ISSN 2316-6045

Revista Jurídica da PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

Volume 16, anual, 2022

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

Centro de Estudos Jurídicos

RPGEAC, Rio Branco, v.16, p.1-217 , dez. 2022

MARCOS ANTÔNIO SANTIAGO MOTTA
Procurador-Geral do Estado do Acre

LEONARDO SILVA CESÁRIO ROSA
Procurador-Geral Adjunto

LUCIANO JOSÉ TRINDADE
Corregedor-Geral da PGE

MAYKO FIGALE MAIA
Procurador-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibidas as reproduções para fins comerciais. A revista está disponível virtualmente no site www.pge.ac.gov.br.

Procuradoria-Geral do Estado do Acre - Centro de Estudos Jurídicos
- **Avenida Getúlio Vargas, 2852, Bosque, Rio Branco, AC, CEP 69900-589.**
Fone: (68) 3901-5100 / 3901-5102.
www.pge.ac.gov.br
cejur.pge@ac.gov.br

16º Volume -Versão *on-line* (2022).

Todos os direitos reservados
A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui viola- ção dos direitos autorais (Lei no 9.610).
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CONSELHO EDITORIAL
Andrey Cezar Windscheid Cruzeiro de Hollanda
Caterine Vasconcelos de Castro
Maria José Maia Nascimento Postigo
Mayko Figale Maia
Naiana Natacha Souza Carvalho Gonçalves
Neyarla de Souza Pereira Barros
Nilo Trindade Braga Santana
Paulo Jorge Silva Santos
Pedro Augusto França de Macêdo
Raquel de Melo Freire Gouveia
Thomaz Carneiro Drumond

EQUIPE DO CEJUR
Juliana Marques de Lima
Sulanira Barroso Carvalho
Ulysses Afonso Marques Gomes

FOTO DA CAPA
Diego Lourenço Gurgel

ARTE DA CAPA
Alana de Mesquita Lopes

EDITORAÇÃO
Juliana Marques de Lima
Mayko Figale Maia

Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Vol. 16., Centro de Estudos Jurídicos/PGE, 2022. Periodicidade Anual.
ISSN: 2316-6045
CDD – 340.05 CDU – 34(05)

APRESENTAÇÃO

Com muita honra a Procuradoria-Geral do Estado do Acre lança seu 16º volume no ano em que essa Instituição Pública alcançou 45 anos!

Essa tradicional revista anual, fruto do incentivo à produção científica dos Procuradores do Estado, aborda temas de grande relevo para a administração pública, decorrentes de modificações legislativas recentes ou implantação de políticas públicas inovadoras.

Além de um espaço eclético do pensamento jurídico, a revista está atenta às maiores novidades do cenário jurídico nacional e sem perder de vista as transformações pelas quais a sociedade vem passando, as quais impactam diretamente o papel do Estado no meio social.

Desse modo, além de constituir um instrumento de propagação do conhecimento científico, a presente revista instiga a compreensão e a reflexão sobre aspectos jurídicos das novas relações sociais visando a construção de soluções jurídicas que sejam úteis e relevantes tanto para a administração pública como para a sociedade.

Registra-se especial agradecimento a todos os articulistas que atenderam ao chamamento público, aos membros do Conselho Editorial, aos integrantes deste Centro de Estudos Jurídicos e ao Procurador-Geral do Estado pelo apoio incessante ao aperfeiçoamento profissional dos membros e servidores da Procuradoria-Geral do Estado do Acre.

Boa leitura!

Mayko Figale Maia
Procurador-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

SUMÁRIO

ARTIGOS

Reflexos da Pandemia no Federalismo Brasileiro à Luz da Jurisprudência do STF
Pedro Augusto França de Macedo 06

Panorama Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal Acerca da Regra Constitucional do Concurso Público Referente à Ascensão Funcional.
Tatiana Tenório Amorim 32

LGPD e a Administração Pública: Alguns Desafios
Thomaz Carneiro Drumomd.....75

A Importância da Independência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados
Mariana Ribeiro Santiago
Paulo Jorge Silva Santos 109

Reflexões Sobre a Observância dos Precedentes Judiciais na Atividade Consultiva da Advocacia Pública
Neyarla Pereira de Souza Barros 146

Tensão Entre o Poder Requisitório e o Sigilo do Prontuário Médico à Luz da Lei de Proteção de Dados Pessoais
Paulo Jorge Silva Santos
Valter Moura do Carmo 173

Processo Administrativo Tributário no Estado do Acre: Breves Comentários à Lei Complementar Estadual n. 413/2022.
Rafael Alves Pinheiro
Thiago Torres Almeida 201

REFLEXOS DA PANDEMIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Pedro Augusto França de Macedo[1]

RESUMO

O presente artigo estuda o federalismo brasileiro e sua comparação ao norte-americano. Aponta-se na jurisprudência do STF forte tendência ao centralismo, privilegiando a União em detrimento dos demais entes federados. Não obstante, o contexto da pandemia sinaliza uma nova visão da Corte Constitucional Brasileira sobre o federalismo, apta a fortalecer a autonomia dos Estados e Municípios.

PALAVRAS-CHAVES: Federalismo; pandemia; distribuição de competências.

1. INTRODUÇÃO

Certo é que a pandemia do novo coronavírus tem impactado diretamente nos mais diversos setores, provocando mudanças estruturais

1 Procurador do Estado do Acre. Professor do curso de Direito do Centro Universitário U:verse. Presidente da Comissão de Produção Científica da OAB/AC. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Especialista em Direito Público, Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2011).

na sociedade. O Direito não passa imune a tais alterações, sofrendo influência da pandemia em todos os seus ramos. No presente artigo, busca-se identificar como o contexto da pandemia interfere na concepção do federalismo brasileiro, provocando novos delineamentos acerca da forma federativa de estado prevista na Constituição da República de 1988.

A metodologia utilizada baseia-se em três pilares. Primeiro, faz-se uma revisão bibliográfica sobre o federalismo, expondo suas principais características e os referenciais que o distinguem de outras formas de estado. Na sequência, o trabalho adota um estudo comparativo entre o federalismo norte-americano e o brasileiro, com vistas a identificar as peculiaridades de cada federação estudada que culminam em distintos graus de autonomia para os entes federados. Por fim, são analisados posicionamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, perpassando pela referência a julgados de viés histórico até decisões recentes proferidas no contexto de pandemia que repercutem no federalismo brasileiro.

O estudo proposto ressalta o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional com competência para dirimir conflitos federativos. Pautando-se em estudos referenciados ao longo do artigo, parte-se do pressuposto de que o STF, diante da apreciação de conflitos de competências constitucionais, manifesta a tendência de se posicionar de forma favorável à União. Desta maneira, o referencial teórico fora construído sob a premissa de que o federalismo brasileiro seria

essencialmente fragilizado, dada a tendência histórica de deferência ao poder central por parte do Supremo.

Não obstante, a hipótese levantada dá-se no sentido de que a pandemia tem provocado uma releitura do federalismo adotado no Brasil, fortalecendo-o por meio da possibilidade jurídica de tomadas de decisões em âmbitos regionais e locais, o que será verificado por meio da análise de decisões do Supremo Tribunal no controle concentrado de constitucionalidade.

2. A FORMA FEDERATIVA DO ESTADO

Numa concepção tradicionalista, as formas de estado são usualmente classificadas como estado unitário ou federal. Na forma unitária, há um poder central, que ocupa a cúpula e o núcleo de todo o poder político. A forma federativa de estado, por sua vez, contempla vários centros autônomos de poder político.

Deve-se esclarecer, de antemão, que a referência ao termo Estado Federal está a indicar uma forma de Estado, e não de governo. Não obstante, não se pode negar a existência de relação entre ambas as opções políticas, haja vista que, ao adotar a forma federativa de estado, a Constituição parte do pressuposto de que, sob um governo comum, diversas regiões autônomas compartilham de um mesmo pano de fundo que estampa objetivos comuns.

O termo federação tem origem etimológica no latim *foedus*, que

significa aliança, pacto. Portanto, a forma federativa de estado pressupõe uma união ou aliança entre vários Estados. Prestes destaca que, no federalismo, em hipótese alguma, a União pode perder a sua soberania. A autora assevera que a forma federativa de estado possibilita a coexistência de coletividades públicas, com existência de diversas esferas políticas dentro de um único Estado, com atribuições constitucionalmente fixadas. A autora conclui que, no federalismo, a repartição de responsabilidades governamentais com fins de assegurar a integridade do Estado nacional frente às inúmeras disputas e desigualdades é vetor norteador[2].

Para que se reste configurada uma federação enquanto forma de organização e distribuição do poder político em função de um território, é preciso que estejam presentes algumas peculiaridades que a distinguem de outras uniões. A primeira dessas peculiaridades diz respeito ao documento formal que dá origem ao Estado Federal. A federação nasce por meio de uma Constituição, o que a diferencia, por exemplo, da confederação, a qual surge por meio de tratado internacional. Por conseguinte, no estado federal inexiste o direito de secessão. Ou seja, uma vez aderido ao pacto, um Estado não possui à sua disposição meios legais para se retirar. Ainda que não presente de forma expressa em algumas Constituições, a indissolubilidade do pacto federativo é medida implícita, pois somente o Estado Federal constitui-se em ente dotado de soberania. Os demais entes,

[2] PRESTES, Lisiê Ferreira. Federalismo e sua aplicabilidade no sistema brasileiro atual. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ao ingressarem numa federação, abrem mão de sua soberania, passando a gozar tão somente de autonomia, que será limitada na medida dos termos pactuados pela Constituição.

Não poderia ser diferente, haja vista que a própria noção de soberania traz como pressuposto uma unidade máxima de poder interno, que exclui outros poderes soberanos dentro de um mesmo território. Acrescente-se também que é necessário para a estruturação do federalismo que a Constituição seja escrita e rígida, dado que pressuposto para o exercício do controle de constitucionalidade.

É salutar recordar que, ao organizar a forma federativa de Estado, a Constituição não o faz de modo a estabelecer hierarquia entre os entes federados. Utiliza-se, pois, da técnica de distribuição de competências, outorgando a cada esfera de poder atribuições previamente determinadas. Desta forma, havendo conflito sobre qual ente pode desenvolver certa atividade ou legislar sobre determinada matéria, há que se buscar na repartição constitucional de competências a solução adequada.

Outrossim, é característica da federação a presença de um poder legislativo bicameral. Tal fato deve-se à necessidade de assegurar aos estados membros a participação política no âmbito federal, a qual se dá por meio do Senado. Tal órgão tem a incumbência de efetuar a representação dos estados, ao passo que a Câmara dos Deputados se compõe de representantes do povo. Por conseguinte, em função da isonomia entre os entes federados, é usual que todos os estados tenham igual número de representantes no Senado, ao passo que o número de

deputados por unidade federada pode variar de acordo com sua população.

Ademais, deve-se ressaltar que a forma federativa de estado pressupõe uma composição plural e o respeito pela Constituição, razão pela qual devem existir princípios básicos a serem observados pelos entes federados, sob pena de sofrer intervenção. Assim, uma vez desobedecidos certos preceitos básicos, o ente poderá ter sua autonomia temporariamente suspensa, em virtude de situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional.

Pelo exposto até o momento, pode-se concluir que a forma federativa de Estado é marcada, sobretudo, pela divisão do poder em função do território. Confira-se:

Como característica inerente à Federação, tem-se a existência de distribuição geográfica do poder político em função do território de um determinado Estado soberano. Ou seja, em detrimento do Estado Unitário, no qual há um único polo central que emana todo o poder político, a federação é marcada pela descentralização política do poder. Há, pois, ao lado do ente soberano, outros entes com capacidade política e administrativa próprias, dotados de autonomia.[3]

Sobre o tema, Bernardo Gonçalves Fernandes destaca que "autonomia é a capacidade de desenvolver atividades dentro de limites previamente circunscritos pelo ente soberano. Assim sendo, autonomia

[3] MACEDO, Pedro. Intervenção federal e sua efetivação nos estados do Rio de Janeiro e Roraima. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Rio Branco, v.14, dez, 2019. P. 135.

nos traduz a ideia de algo limitado e condicionado pelo ente soberano[4].

Ao lado da autonomia, Martins destaca a participação como elemento indissociável do sistema federativo. Veja-se:

A autonomia e a participação são elementos indissociáveis a qualquer sistema federativo. A autonomia tem como função elementar promover a descentralização, ou seja, assegurar a existência de diversos centros decisórios, autorizados a inovar o ordenamento mediante a feitura de leis próprias. A participação, por sua vez, garante a união, baseada na descentralização arrimada no consenso, legitimidade e consciência cooperativa. Sem essas duas premissas, autonomia e participação na vontade federal, desaparecem os critérios firmes de subsistência dos ordenamentos políticos, a congruência federativa dos demais ordenamentos públicos subnacionais, como, por exemplo, os existentes em Estados Unitários, mas com elevado grau de descentralização, como a Espanha, a Itália e a França. Os entes federados precisam querer estar e permanecerem juntos.[5]

Pragmaticamente, a autonomia política perpassa por uma tríplice capacidade, a qual engloba autogoverno, auto legislação e auto-organização, dentro de limites previamente estabelecidos pelo Texto

[4] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Editora Jus Podivm, 2015. p. 738.

[5] MARTINS, Francisco Jório Bezerra. O federalismo brasileiro na interpretação do Supremo Tribunal Federal. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, como requisito para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Fortaleza. 2019. p. 17.

Constitucional. Na sequência, com viés comparativo, passa-se demonstrar os nuances do federalismo norte-americano e brasileiro, evidenciando os distintos graus de autonomia de cada uma das citadas federações para, ao final, identificar como a pandemia pode ensejar uma releitura da federação brasileira.

3. O FEDERALISMO NORTE-AMERIACANO

Em 1776, ocorreu a declaração de independência das trezes colônias britânicas na América. Num primeiro momento, cada uma delas constituiu um novo Estado soberano, que posteriormente celebraram um tratado para formarem uma Confederação. Cada estado preservou sua soberania, liberdade e independência, o que garantia eventual direito de secessão, bastando, para tanto, valer-se do instrumento jurídico de denúncia do tratado.

Verificando a necessidade de fortalecimento entre os laços estabelecidos pela Confederação, em 1787, fora promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América, que inaugurou uma nova forma de estado, o federalismo norte-americano. Tal fato significou a perda de soberania e independência dos Estados, que cederam parte de seu poder para formação da uma nação calcada na forma federativa de Estado.

Constata-se, pois, o federalismo norte-americano tem origem centrípeta, pois resultou da união entre os Estados, o que mostra-se relevante para explicar o fortalecimento das atribuições dos entes

federados em detrimento do poder central. Bernard Schwartz destaca que, no processo de formação da federação americana, a preocupação dominante foi assegurar que o Governo nacional que estava sendo criado não fosse tão poderoso a ponto de tragar os estados dos quais se comporia a nação. Para tanto, o autor destaca que os federalistas o fizeram limitando o governo federal a uma lista específica de poderes enumerados e essenciais ao seu funcionamento, reservando aos Estados os demais poderes, os quais deveriam permanecer inalterados no que não houvessem cedido à Nação.[6]

Discorrendo sobre o processo de formação da federação americana, Dalmo de Abreu Dalari assevera:

O melhor documento para a interpretação autêntica da Constituição norte-americana são os artigos escritos por ALEXANDER HAMILTON, JOHN JAY e JAMES MADISON, reunidos em volume sob o título O Federalista. Esses artigos foram publicados na imprensa de Nova York, todos assinados com o mesmo pseudônimo de Publius, visando a explicar ao povo a nova Constituição e obter o seu apoio para a ratificação que deveria ser feita pelo Estado. Trata-se, na realidade, da mais preciosa fonte para conhecimento das idéias e dos objetivos que inspiraram a formação dos Estados Unidos da América. A base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, não um tratado. Baseando-se a união numa Constituição, todos os assuntos que possam interessar a qualquer dos

[6]Schwartz, Bernard. O Federalismo norte-americano atual. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1984. p.9

componentes da federação devem ser conduzidos de acordo com as normas constitucionais. O tratado é mais limitado, porque só regula os assuntos nele previstos expressamente, além de ser possível sua denúncia por qualquer dos contratantes, o que não acontece com a Constituição.[7]

A opção pela forma federativa mostrou-se relevante enquanto instrumento que favorece a preservação das características locais, sobretudo pela concessão de autonomia a cada unidade federada. Por tal razão, o federalismo fora alocado como a forma de estado mais adequada para a defesa das liberdades em detrimento do estado centralizado. Recorde-se que a liberdade fora alçada ao patamar de paradigma do Direito Moderno[8], o que justifica, em certa medida, a disseminação do federalismo em outras nações após a experiência dos Estados Unidos.

4. O FEDERALISMO BRASILEIRO

O federalismo brasileiro surgiu em 1889 após a proclamação da República. Em que pese a inspiração norte-americana, há que se ressaltar

[7] DALLARI, Dalmo Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92.

[8] Sobre a liberdade como paradigma do Direito Moderno, Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar destacam que "A liberdade, enquanto paradigma do direito moderno, é produto de um conjunto especial de relações políticas que emergiu na Europa. Aquela liberdade, encontrada no ambiente burguês, foi teorizada em forma de liberalismo, num primeiro momento, e como liberalismo democrático, num segundo momento, e também ficou compreendido que aquela liberdade só poderia ser real e permanente caso fosse traduzida em normas jurídicas por intermédio do direito."(CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pósmodernidade. RECHTD/UNISINOS - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011.p. 77).

que o processo de formação da federação brasileira deu-se de forma distinta, haja vista centrípeta. Ou seja, conforme se delimitou acima, no federalismo estadunidense, as 13 ex-colônias formaram em princípio uma confederação e, após a promulgação da Constituição, cederam sua soberania em prol da autonomia política, constituindo-se em estados-membros. No Brasil, por sua vez, o estado unitário da época imperial cede espaço para a distribuição do poder em função do território, ocorrendo um fenômeno de descentralização política em prol da autonomia dos entes federados.

Cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma federação tridimensional, erigindo os Municípios ao patamar de ente político da federação, colocando-os, juridicamente, ao lado de União e Estados membros. Como técnica de repartição de competências, a Constituição de 1988 optou por definir expressamente as atribuições da União e dos Municípios, relegando aos Estados-membros a competência residual. Ou seja, como regra geral, aos Estados são reservadas as competências que não foram expressamente atribuídas aos outros entes. Diz-se tratar-se de uma regra geral pois, eventualmente, a Constituição excepcionalmente elenca aos Estados competência expressa, a exemplo da atribuição em matéria tributária, bem como para exploração de serviço de gás canalizado (art. 25 § 2° CF).

Todavia, tal disposição não exaure o raciocínio, haja vista que Constituição de 1988 utiliza-se de distintas técnicas para delimitar o papel de cada ente na federação brasileira. No art. 23, o texto constitucional

prevê competências materiais comuns, que são atribuídas de forma indistinta às três esferas federativas. No art. 21, por sua vez, são elencadas competências materiais exclusivas da União. Já no que concerne às competências legislativas, o Constituinte de 1988 adotou um sistema misto, valendo-se tanto da técnica de repartição vertical (a qual dita a cada ente sua atribuição), bem como da repartição horizontal de competências, dada a presença de competências legislativas concorrentes (art. 24 da CF).

Diga-se que a existência de atribuições comuns entre União e Estados, chamada de repartição horizontal de competências, dá ensejo à ideia de federalismo cooperativo na Constituição Brasileira. Deve-se ressaltar que, tratando-se de competência legislativa concorrente, cabe à União editar normas gerais, e aos Estados-membros foi dada a tarefa de suplementar as normas gerias federais. Porém, se inexistir lei federal dispondo sobre normas gerais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena.

Os municípios, por sua vez, não constam expressamente como titulares da competência concorrente estabelecida pelo art. 24, mas tem aptidão para suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II CF), o que deve ser efetivado à luz do interesse local, norte que orienta o exercício da competência municipal.

Examinando as técnicas de repartição de competências ditadas pela Constituição, pode-se apontar o princípio da predominância do interesse como vetor interpretativo. À União, cabem as questões predominantemente de interesse geral da nação. Aos Estados, as

competências orbitam em torno do interesse regional, ao passo que aos Municípios cabem as questões de interesse local. O Distrito Federal, por sua vez, acumula competências de cunho estadual e municipal.

Nesse aspecto, insta salientar que, não havendo hierarquia entre os atos normativos dos entes federados, é a distribuição de competências que irá determinar, em caso de conflito legislativo, qual norma deverá ser aplicada. Caso se verifique que um ente tenha ultrapassado os limites constitucionais de sua competência, configura-se um vício formal orgânico, eivando o ato de inconstitucionalidade. Cabe, pois, ao Poder Judiciário dirimir os conflitos federativos. Na sequência, passa-se a analisar a forma como tradicionalmente o STF tem se manifestado sobre a temática, bem como busca-se demonstrar as mudanças no federalismo brasileiro ocorridas no contexto pandêmico.

O federalismo brasileiro surgiu em 1889 após a proclamação da República. Em que pese a inspiração norte-americana, há que se ressaltar que o processo de formação da federação brasileira deu-se de forma distinta, haja vista centrípeta. Ou seja, conforme se delimitou acima, no federalismo estadunidense, as 13 ex-colônias formaram em princípio uma confederação e, após a promulgação da Constituição, cederam sua soberania em prol da autonomia política, constituindo-se em estados-membros. No Brasil, por sua vez, o estado unitário da época imperial cede espaço para a distribuição do poder em função do território, ocorrendo um fenômeno de descentralização política em prol da autonomia dos entes federados.

Cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma federação tridimensional, erigindo os Municípios ao patamar de ente político da federação, colocando-os, juridicamente, ao lado de União e Estados membros. Como técnica de repartição de competências, a Constituição de 1988 optou por definir expressamente as atribuições da União e dos Municípios, relegando aos Estados-membros a competência residual. Ou seja, como regra geral, aos Estados são reservadas as competências que não foram expressamente atribuídas aos outros entes. Diz-se tratar-se de um regra geral pois, eventualmente, a Constituição excepcionalmente elenca aos Estados competência expressa, a exemplo da atribuição em matéria tributária, bem como para exploração de serviço de gás canalizado (art. 25 § 2° CF).

Todavia, tal disposição não exaure o raciocínio, haja vista que Constituição de 1988 utiliza-se de distintas técnicas para delimitar o papel de cada ente na federação brasileira. No art. 23, o texto constitucional prevê competências materiais comuns, que são atribuídas de forma indistinta às três esferas federativas. No art. 21, por sua vez, são elencadas competências materiais exclusivas da União. Já no que concerne às competências legislativas, o Constituinte de 1988 adotou um sistema misto, valendo-se tanto da técnica de repartição vertical (a qual dita a cada ente sua atribuição), bem como da repartição horizontal de competências, dada a presença de competências legislativas concorrentes (art. 24 da CF).

Diga-se que a existência de atribuições comuns entre União e Estados, chamada de repartição horizontal de competências, dá ensejo à

ideia de federalismo cooperativo na Constituição Brasileira. Deve-se ressaltar que, tratando-se de competência legislativa concorrente, cabe à União editar normas gerais, e aos Estados-membros foi dada a tarefa de suplementar as normas gerias federais. Porém, se inexistir lei federal dispondo sobre normas gerais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena.

Os municípios, por sua vez, não constam expressamente como titulares da competência concorrente estabelecida pelo art. 24, mas tem aptidão para suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II CF), o que deve ser efetivado à luz do interesse local, norte que orienta o exercício da competência municipal.

Examinando as técnicas de repartição de competências ditadas pela Constituição, pode-se apontar o princípio da predominância do interesse como vetor interpretativo. À União, cabem as questões predominantemente de interesse geral da nação. Aos Estados, as competências orbitam em torno do interesse regional, ao passo que aos Municípios cabem as questões de interesse local. O Distrito Federal, por sua vez, acumula competências de cunho estadual e municipal.

Nesse aspecto, insta salientar que, não havendo hierarquia entre os atos normativos dos entes federados, é a distribuição de competências que irá determinar, em caso de conflito legislativo, qual norma deverá ser aplicada. Caso se verifique que um ente tenha ultrapassado os limites constitucionais de sua competência, configura-se um vício formal orgânico, eivando o ato de inconstitucionalidade. Cabe, pois, ao Poder

Judiciário dirimir os conflitos federativos. Na sequência, passa-se a analisar a forma como tradicionalmente o STF tem se manifestado sobre a temática, bem como busca-se demonstrar as mudanças no federalismo brasileiro ocorridas no contexto pandêmico.

5. O PAPEL DO STF NO FEDERALISMO BRASILEIRO: ANTES E PÓS-PANDEMIA

No presente tópico, cabe destacar que, na forma federativa de Estado, o Poder Judiciário assume o papel de zelar pela coexistência das ordens jurídicas nacionais e regionais. Para tanto, o faz por meio de alguns mecanismos colocados sob sua competência. Destaque-se, num primeiro prisma, o próprio controle de constitucionalidade das leis, retirando do ordenamento jurídico os atos normativos que sejam incompatíveis com o conteúdo da Constituição Federal, ou que estejam em desacordo com a repartição constitucional de competências.

Tal controle mostra-se vital para existência e funcionamento da forma federativa de Estado. Esta afirmação justifica-se na medida em que, diante da não ocorrência de sobreposição abstrata de lei federal em detrimento de lei estadual ou municipal, a definição dos limites da competência de cada ente carece de interpretação constitucional. Destarte, caberá ao STF decidir a questão no exercício do controle de constitucionalidade.

Recorde-se também da atribuição para dirimir os conflitos entre

os entes federados. Na federação brasileira, o art. 102, I f da Constituição elenca ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. Entende-se, contudo, que não é qualquer lide entre União e Estados que será decidida pelo STF, mas tão somente àquelas em que haja potencial de colocar em risco o pacto federativo[9].

Outrossim, por meio da competência recursal, a análise de questões ligadas à forma federativa de Estado também pode ser objeto de apreciação pelo STF, sobretudo pela via do recurso extraordinário.

Para Alselmo, após a promulgação da Constituição de 1988, ainda não era nítida a definição de parâmetros que seriam adotados em relação à forma federativa de estado, reforçando a ideia de que a força interpretativa do Judiciário pode conduzir a uma versão mais ou menos

[9]Confira-se: EMENTA: AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 102, I, f, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONFLITO QUE NÃO SE REVELA APTO A ABALAR, DE FORMA DIRETA OU SUFICIENTE, O PACTO FEDERATIVO. DESCARACTERIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE. NATUREZA EMINENTEMENTE TÉCNICA DA LIDE. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE 1º GRAU. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência constitucional originária do Supremo Tribunal Federal para a ação prevista no art. 102, I, n, da Constituição Federal, demanda a existência de conflito apto a vulnerar os desígnios do pacto federativo. 2. Não se pode confundir conflito federativo com conflito de entes federados. Nesse sentido: "O conflito federativo qualificado para atrair a competência do STF não se confunde com a mera controvérsia entre entes federativos." (ACO 1.989-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 13/12/2016). 3. In casu, a natureza essencialmente técnica da questão indica a ausência de conflito federativo capaz de ensejar a competência originária desta Corte (art. 102, I, 'f', da CRFB/88). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AG .REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.550 RIO DE JANEIRO)

centralizadora do federalismo[10]. O autor destaca, a título exemplificativo, o julgamento da ADI 279/AL, em 1997, na qual o Supremo adotou posição centralizadora, estabelecendo o caráter compulsório da adoção de regras do processo legislativo federal para os Estados-membros.

Anselmo assevera que a análise da jurisprudência denota que o tratamento dado nos julgamentos que envolvam discussão de competências entre os entes federados indica uma tendência jurisprudencial em favor da União. Ou seja, para o autor, caso haja dúvidas no sentido de qual ente seja o titular de determinada competência, a tendência tem sido o deferimento dessa em favor da União, em detrimento da autonomia dos Estados membros[11].

Neste mesmo sentido, Lunardi destaca que, por ser o STF integrante do Poder Judiciário da União, cuja composição dá-se por ministros indicados pelo Presidente da República após aprovação do Senado, seria intuitivo que haverá uma prevalência dos interesses da União sobre os interesses dos Estados e dos Municípios em caso de conflito federativo. Ainda, com base numa pesquisa empírica que analisou ações direta de inconstitucionalidade no período de junho de 1999 a maio de 2010, o autor constatou que a maioria das ações direta se volta contra

[10] ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro.* Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. P. 162.
[11] ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro.* Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. P. 167.

atos dos Estados, concluindo que o controle de constitucionalidade revela-se útil para o federalismo, sobretudo para os interesses da União.[12]

Ao encontro da ideia dos autores acima referenciados, Martins também aduz que o STF ainda mantém o sentimento centralizador muito arraigado. O autor destaca que, ao invés de enaltecer a capacidade de os entes subnacionais exercerem mais plenamente as suas competências, a corte constitucional brasileira tende a desconsiderar a legislação regional e local para privilegiar a atuação da União[13].

A postura centralizadora manifestada pelo Supremo Tribunal Federal evidenciada nos estudos acima referenciados guarda relação com o próprio processo histórico de formação da federação brasileira. Tal fato ocorre pois, diante do processo de formação por descentralização do poder, a tendência é que sejam mantidas em favor da União uma gama maior de competências. A própria sistemática da competência residual aos Estados-membros evidencia tal predisposição, na medida em que, no Brasil, a Constituição concentrou na União as principais atribuições. Lado outro, o processo histórico centrípeto de formação do federalismo estadunidense, como visto, justifica uma maior deferência aos entes federados em detrimento do poder central.

---

[12] LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e política no STF. Poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo. Saraiva. 2020. p. 40.

[13] MARTINS, Francisco Jório Bezerra. O federalismo brasileiro na interpretação do Supremo Tribunal Federal. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, como requisito para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Fortaleza. 2019. p. 141.

Andrade, Santos e Jesus apontam que, no Brasil, as disposições impostas pelo ente central subordinam todos os Estados-membros, razão pela qual o federalismo brasileiro seria tão somente político-constitucional, ficando restrito ao plano da cidadania e do regime político, sem alterar a estrutura de um Estado unitário, haja vista que cedida apenas uma pequena autonomia constitucional para aos Estados-membros. Apontam os autores que, nos Estados Unidos, a relação entre Estados-membros e poder central é bem menor quando comparada ao federalismo brasileiro, na medida em que cada Estado tem mais autonomia e a participação nas decisões de nível nacional ocorre de forma distinta em função do Federalismo Dual e o laissez-faire. No Brasil, por sua vez, aduzem que resta caracterizado Federalismo de Cooperação, em que os Estados possuem maior tendência de atuação em conjunto para tratamento de decisões a nível federal.[14]

Não obstante, a hipótese levantada no presente estudo acena para uma alteração no posicionamento da corte suprema brasileira no que se refere à forma federativa de estado. Tal mudança tem como causa a pandemia e as medidas de combate ao coronavírus, às quais vem ensejando uma releitura da federação por parte do Supremo.

No julgamento da ADI 6341, o STF manifestou o entendimento no sentido de que as ações tomadas em âmbito federal para o enfrentamento do coronavírus não excluem a competência concorrente,

[14]ANDRADE, Júnio Mendonça de. SANTOS, Karlos Kleiton dos. JESUS, Gustavo Santana de. Formação do federalismo norte-americano e do federalismo brasileiro. Interfaces Científicas – Direito. Aracaju. V.5. N.2. p. 29 – 36. Fev. 2017.

permitindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a adoção de providências normativas e administrativas também voltadas para o combate da pandemia.

Entendeu o STF que o artigo 3º da Lei 13.979/2020 deve ser interpretado de acordo com a Constituição, no sentido de que a União pode editar leis sobre a temática. Contudo, tal competência deve ser exercida de forma a respeitar a autonomia das demais entidades federadas, não sendo defeso a Estados e Municípios legislarem sobre a matéria. Ainda para o Supremo Tribunal Federal, caso fosse assegurado ao presidente da república a exclusividade na atribuição de definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem respeitar a autonomia dos demais entes federados, estaria configurada afronta ao princípio da separação dos poderes.

O STF destacou que as ações legislativas em matéria de medidas de combate à pandemia são de competência concorrente, haja vista que englobadas na ideia de legislação sobre saúde pública (artigo 23, inciso II, da Constituição).

Outrossim, no julgamento da ADI 6343, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, dentro de suas competências e de seus territórios, estados e municípios estão autorizados a adotar medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local (respectivamente) durante o estado de emergência decorrente da pandemia do coronavírus. Entendeu-se que tais medidas restritivas não necessitam de autorização do Ministério da Saúde para serem efetivadas, sendo lícito a estados e municípios decretarem

isolamento, quarentena ou outras providências que entenderem pertinentes para combate ao vírus.

Analisando os julgados acima citados, é possível constatar que o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma dar deferência ao pacto federativo, promovendo fortalecimento das competências de estados e municípios. Sob o prisma da competência comum para zelar pela saúde pública, entendeu-se que todos os entes federados tem competência para adoção de medidas de combate ao conoravírus.

Ocorre que, embora tais entendimentos tenham promovido, ao menos em tese, um fortalecimento do federalismo pátrio, os mesmos trouxeram à tona problemas que demonstram a fragilidade da federação brasileira. Isto porque, em que pese adotar por pano de fundo a proteção da saúde, algumas medidas de combate ao coronavírus tocam outros ramos e atingem outras searas de competência. Por exemplo, ainda que abarquem uma política de fundo de combate à pandemia, leis estaduais ou municipais não devem inovar em matéria relativa a trânsito ou transportes, dada da competência legislativa privativa da União para a matéria em questão (art. 22 XI CF).

Ademais, alguns efeitos práticos da descentralização legislativa acabaram acarretando uma crise de insegurança jurídica. A título exemplificativo, aponte-se a edição do decreto federal 10.344, de 11 de maio de 2020, que incluiu salões de beleza, barbearias e academias como atividades essenciais, possibilitando sua abertura durante o estado excepcional da pandemia. Todavia, alguns estados disciplinaram a matéria

em sentido oposto, ensejando crise de segurança jurídica.[15]

Outro aspecto questionado em razão da descentralização legislativa diz respeito à possibilidade de coexistência de regras distintas para municípios limítrofes, tal qual ocorre nas regiões metropolitanas. O problema consiste no fato de que, por vezes, inexistem limites nítidos entre os municípios vizinhos. Há casos em que o marco divisório pode estar estabelecido pelo mero ato de atravessar uma rua, o que pode ensejar, em tese, a aplicação de regramento diferente para localidades circunvizinhas.

Destaque-se também que, para fins de aplicação do art. 268 do Código Penal (Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa), as normas sanitárias das autoridades competentes completam uma norma penal em branco. Assim, pode ocorrer, em tese, que determinado fato (por exemplo, andar sem máscara) seja enquadrado no tipo penal do art. 268 do Código Penal em determinados municípios, mas seja indiferente penal em outros entes federativos.

Constata-se, desta maneira, que definir os limites da competência de cada ente federado é tarefa árdua. Isto porque, embora tenha o condão de atingir os mais de cinco mil municípios brasileiros de forma diversa, a pandemia é tema de abrangência nacional, que redesenha o federalismo

[15] A título de exemplo, leia-se a matéria disponibilizada pelo Correio Braziliense, a qual determina que a maioria dos governadores decidiu ignorar as medidas do governo federal. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/12/interna_politica,853992/saloes-de-beleza-governadores-ignoram-decreto-de-bolsonaro-para-reabe.shtml

brasileiro. Para além, a questão ganha contornos transnacionais, na medida em que também contém interesse global.

Assim, em que pese a competência comum para zelar pela saúde pública, as medidas de combate ao vírus adotadas por estados e municípios não podem estar dissociadas das medidas adotadas pela União. Se assim não for, corre-se o risco de que sejam intensificados os embates que evidenciam nítida guerra federativa, acabando por ocasionar grande insegurança jurídica.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, há que se considerar que, muitas vezes na forma federativa de estado estarão presentes interesses distintos entre os diversos entes federados. Necessário se faz, por conseguinte, encontrar mecanismo aptos a gerar harmonia capaz de fazer funcionar o complexo sistema jurídico-político federativo.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal é indispensável à consagração da federação, na medida em que tem por atribuição estabelecer a harmonia eventualmente rompida por violação da distribuição constitucional de competências.

Viu-se que, historicamente, os julgamentos da referida Corte espelham uma federação brasileira de matriz conservadora, pois tendem a privilegiar o poder central da União em detrimento das demais unidades federadas. Não obstante, no contexto da pandemia, as ações analisadas

demonstram uma mudança no entendimento do Supremo, que passou a dar maior deferência à autonomia dos Estados e Municípios. Ou seja, confirmou-se a hipótese de que a pandemia tem ocasionado uma releitura do federalismo adotado no Brasil, fortalecendo-o por meio da possibilidade jurídica de tomadas de decisões em âmbitos regionais e locais.

Viu-se, contudo, que as decisões tomadas no contexto pandêmico que reforçaram a autonomia dos entes federados trouxeram, em certa medida, uma crise de segurança jurídica, muito em função do centralismo ainda arraigado na federação brasileira. Destarte, conclui-se pela necessidade de busca por equilíbrio, que perpassa pela não aniquilação de um nível de governo em detrimento de outro. Para tanto, as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser inspiradas numa perspectiva do federalismo como a consagração de diferenças dentro de um projeto nacionalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Júnio Mendonça de. SANTOS, Karlos Kleiton dos. JESUS, Gustavo Santana de. **Formação do federalismo norte-americano e do federalismo brasileiro. Interfaces Científicas** – Direito. Aracaju. V.5. N.2. p. 29 – 36. Fev. 2017.

ANSELMO, José Roberto. **O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pósmodernidade**. RECHTD/UNISINOS - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Editora Jus Podivm, 2015.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e política no STF.** Poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo. Saraiva. 2020.

MACEDO, Pedro. **Intervenção federal e sua efetivação nos estados do Rio de Janeiro e Roraima**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Rio Branco, v.14, dez, 2019.

MARTINS, Francisco Jório Bezerra. **O federalismo brasileiro na interpretação do Supremo Tribunal Federal.** Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, como requisito para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Fortaleza. 2019.

PRESTES, Lisiê Ferreira. **Federalismo e sua aplicabilidade no sistema brasileiro atual. Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Schwartz, Bernard. **O Federalismo norte-americano atual**. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1984.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AG .REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.550 RIO DE JANEIRO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADI 6341. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADI 6343.

PANORAMA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO REFERENTE À ASCENSÃO FUNCIONAL.

Tatiana Tenório de Amorim[16]

RESUMO

A regra constitucional do concurso, reiterada e ampliada pela Constituição Federal de 1988, visa conferir efetividade a esta forma de provimento no serviço público. A Constituição de 1967 conjuntamente com a EC 69 já previam a exigência de concurso para provimento do primeiro cargo público, o que no início da vigência da CF/88 levou a tentativas de interpretações restritivas de que seria necessária aprovação em concurso apenas para o primeiro provimento no serviço público, em que pese a amplitude do texto constitucional de 1988 pela imposição da regra para investidura em todo cargo ou emprego público. Assim, houve uma tentativa de esvaziar o comando constitucional legitimando a ascensão funcional, que consiste em uma das formas de provimento derivado no serviço público, através da qual o servidor é investido em cargo diverso, geralmente dentro da mesma estrutura de carreira e comumente envolvendo transição de cargo de nível médio para nível

[16] Procuradora do Estado do Acre.

superior sem realizar novo concurso. O Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência pela inconstitucionalidade da ascensão funcional sob a égide da CF/88. No entanto, persistem alguns questionamentos se teria havido a modulação dos efeitos da decisão de mérito na ADI 837 para convalidar toda e qualquer ascensão realizada até 1993, o que não ocorreu com esse caráter de generalidade. O STF vem aplicando a convalidação com esse marco temporal a partir da análise de cada caso concreto em observância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica de maneira absolutamente excepcional, o que é comprovado pela existência de diversos precedentes firmados pela inconstitucionalidade de ascensões realizadas antes de 1993 e do posicionamento expresso da Corte de que não foi conferido efeitos *ex nunc* à decisão de mérito na ADI 837. A amplitude do conceito de ascensão funcional foi rediscutida com nova roupagem na Corte constitucional envolvendo a hipótese de cargo cujo provimento inicial exigia formação de nível médio e cuja reestruturação de carreira passou a exigir formação de nível superior, tendo sido promovido o enquadramento dos servidores que até então ocupavam o cargo na nova carreira de nível superior, o que gerou a edição do Tema 697 no sentido de ser inconstitucional o aproveitamento de servidor, aprovado em concurso a exigir formação de nível médio, em cargo que pressuponha escolaridade superior.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Ascensão funcional. STF. Inconstitucionalidade. ADI 837. Modulação. TEMA 697.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar o panorama jurisprudencial da ascensão funcional perante a vigente ordem constitucional. Para tal intuito, abordou-se o posicionamento da doutrina, destrinchando conceitos e esclarecendo divergências. Visando tornar a análise do entendimento pela inconstitucionalidade da ascensão funcional mais clara e enaltecendo a finalidade da Constituição Federal de 1988, promoveu-se um breve histórico da regra constitucional do concurso público na Constituição de 1967, na EC 69 e na Constituição de 1988. Isso porque a redação da EC 69 ao exigir concurso apenas para o primeiro provimento no cargo público, gerou reflexos na interpretação da Constituição Federal de 1988 e uma "relativa flexibilização" da ascensão funcional nos seus primeiros anos de vigência.

Assim, passa-se a conceituação da ascensão funcional como forma de provimento derivado, a exposição da jurisprudência que pacificou sua inconstitucionalidade, inclusive em sede de súmula vinculante, traçando o panorama de evolução no trato do instituto. Em seguida, é promovida a análise se teria havido a modulação dos efeitos da decisão de mérito na ADI 837 para convalidar toda e qualquer ascensão realizada até 1993.

Contextualizando mais profundamente a amplitude da regra do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e quais situações poderiam equivaler a ascensão funcional, é analisado o TEMA

697 do STF, pelo qual foi considerado "inconstitucional o aproveitamento de servidor, aprovado em concurso público a exigir formação de nível médio, em cargo que pressuponha escolaridade superior".

2. REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO. HISTÓRICO CF/67, EC 69, CF/88. ART. 19 DO ADCT.

Para exata compreensão do objeto de estudo deste trabalho, faz-se uma digressão da exigência de concurso público no ordenamento constitucional pátrio. A Constituição de 1967 e a EC 69 já previam a exigência de concurso para provimento do primeiro cargo público. Assim, quem ingressou no primeiro cargo sem concurso público antes da CF/88 já ostentava condição inconstitucional, em que pese a ausência de efetividade da norma. Até então, a exigência de concurso público abrangia apenas cargo, sendo interpretado ser restrito a primeira investidura, e não emprego público.

O artigo 95 da Constituição de 1967 dispunha que "os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer", sendo previsto no seu parágrafo primeiro que "a nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos".

A EC 69[17] estabeleceu no parágrafo primeiro do artigo 97 que "a

[17]"*A Emenda Constitucional nº 1/1969* foi uma alteração feita na Constituição de 1967 pela Junta Governativa provisória de 1969 (Segunda Junta Militar), que assumiu o lugar do então Presidente Arthur da Costa e Silva. Sem embargo de ter sido formalizado como

primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei*”*. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 passou a exigir concurso para todo ingresso no serviço público[18], ou seja, para cargo e emprego público e para todo e qualquer provimento, não sendo mais restrito ao primeiro cargo, à primeira investidura. Assim, a ascensão funcional, que será adiante adequadamente conceituada, passou a ser considerada inconstitucional, o que foi pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No tocante a principiologia que justifica a existência da regra constitucional do concurso público, visando o atendimento do princípio da finalidade pública, da impessoalidade e eficiência, Hely Lopes Meireles[19] tem o concurso público como o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego,

---

emenda, o texto outorgado pela Junta Militar é considerado, pela maior parte da doutrina, uma *Nova Constituição* – ou, para alguns, um simulacro de constituição. Além de alterar o nome do Estado brasileiro para *República Federativa do Brasil*, reproduziu todos os dispositivos da Carta de 1967 e não apenas os que foram alterados, como normalmente acontece com as demais emendas.” (NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 15ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 131).

[18] Ressalva-se as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II CF/88) e as hipóteses restritas de contratação temporária por necessidade excepcional de interesse público (art. 37, IX CF/88).

[19] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30 ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 419.

consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

Diante da realidade fática até então praticada no Brasil, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) buscou uma adequação social com a efetividade da regra do concurso público. O ADCT, que tem natureza jurídica de norma constitucional e pode excepcionar regras constitucionais, estabelece regras de transição entre os ordenamentos jurídicos e, segundo Luís Roberto Barroso[20] tem por finalidade:

auxiliar na transição de uma ordem jurídica para outra, procurando neutralizar os efeitos nocivos desse confronto, no tempo, entre regras de igual hierarquia – Constituição nova *versus* Constituição Velha – e de hierarquia diversa – Constituição nova *versus* ordem ordinária preexistente. Ao fazê-lo, as normas transitórias, por vezes, regulam temporariamente determinada matéria, até que a regra constitucional permanente possa incidir em sua plenitude. Em outras ocasiões, criam ou extinguem determinadas situações jurídicas para que a Constituição já se depare, na sua aplicação regular, com uma nova realidade. Ou, ainda, suspendem, por um prazo acertado, o início da eficácia de uma

[20] BARROSO, Luís Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 3ª Edição. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

determinada norma constitucional. Averbe-se, no entanto, porque fundamental, que todas as normas inscritas na parte ou no apêndice que a Constituição dedica às disposições transitórias são formalmente constitucionais. Vale dizer: desfrutam, independentemente de seu conteúdo, da supremacia jurídica de tais normas, sendo aplicáveis com o grau de eficácia que esta posição hierárquica lhes confere.

Assim, através do art. 19 do ADCT, a CF/88 conferiu estabilidade excepcional aos servidores que estivessem trabalhando há mais de cinco anos no serviço público quando da promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988. No entanto, não converteu o vínculo desses servidores em efetivo automaticamente. Então, ainda que beneficiários da estabilidade excepcional, os servidores admitidos sem concurso sob a égide da Constituição de 67/69 seguem no serviço público, porém sem ocupar cargo efetivo. Pelo que, o enquadramento desses servidores como efetivos representa ofensa direta ao sistema constitucional inaugurado pela Constituição de 1988, havendo diferença doutrinária conceitual entre estabilidade e efetividade e efeitos práticos diversos na jurisprudência do STF. A estabilidade está relacionada ao serviço público e não ao cargo.

Ressalve-se que o art. 19 ADCT não se aplica ao empregado público. Tal entendimento está relacionado ao histórico da Constituição de 1967 e EC 69, que não exigiam concurso para emprego público, mas apenas para investidura em cargo. Prescindindo, portanto, de norma de transição para o empregado público, cuja exigência de provimento por

concurso público foi inagurada em 1988. A regra do concurso na CF/88 é aplicada para o provimento de cargo e emprego público. De modo que, a inconstitucionalidade da ascensão funcional também se aplica ao emprego público.

A partir da contextualização do histórico constitucional da exigência de concurso público no Brasil e da disposição de transição à regra referente, passa-se a pormenorizar o instituto da ascensão funcional e a jurisprudência correlata, especialmente no que toca a eventual existência de uma "disposição de transição jurisprudencial" de tolerância e a amplitude do conceito de ascensão funcional, questões jurídicas que consistem no objeto de análise proposto, visto a imensidão de juriprudência e de temas específicos no que toca à regra do concurso público.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA ASCENSÃO NO CARGO PÚBLICO ENQUANTO FORMA DE PROVIMENTO DERIVADO.

A ascensão funcional consiste em uma das formas de provimento derivado no serviço público, através da qual o servidor é investido em cargo diverso, geralmente dentro da mesma estrutura de carreira. Assim, passa a ocupar cargo com atribuições e requisitos de qualificação para investidura díspares. Normalmente, parte-se de cargo com atribuições mais simples, de nível médio, quando há, com concurso menos rígido, para cargo de nível superior, com padrão remuneratório mais elevado e

atribuições de maior grau de complexidade.

José dos Santos Carvalho Filho[21], observa que a ascensão foi excluída da Lei nº 8.112/90 e não é admitida ausente a aprovação em concurso público, dispondo "que ascensão (ou acesso) é a forma de progressão pela qual o servidor sai de seu cargo situado na classe mais elevada de uma carreira para cargo da classe inicial de carreira diversa ou de carreira tida com complementar da anterior".

Conceituando o instituto, Rafael Carvalho Rezende[22] igualmente afirma que na ascensão funcional, também denominada de transposição, "o servidor deixa o cargo de classe mais elevada de uma carreira para ingressar em cargo de classe inicial de carreira diversa (ex.: inspetor da polícia é elevado ao cargo de delegado de polícia)", e destaca ser forma de provimento derivado inconstitucional.

Em relação a ascensão funcional como forma de provimento derivado no cargo público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[23] registra o posicionamento da então Consultoria Geral da República de que:

> "com a promulgação da Constituição de 1988, foi banida do ordenamentos jurídico brasileiro, como forma de investidura em cargo público, a ascensão funcional". No corpo do parecer, da lavra do Consultor José Márcio Monsão Mollo, está dito que "estão abolidas as formas de investidura que representam ingresso em carreira diferente daquela para a

[21] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 564.
[22] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Método, 2020, p. 694.
[23] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 526.

> qual o servidor ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, inerentes ao sistema de provimentos em carreira, ao contrário do que acontece com a promoção, sem a qual não há carreira, mas, sim sucessão de cargos ascendentes" (Parecer n. CS-56, de 16.9.92, aprovado pelo Consultor Geral da República, conforme publicaso no DOU de 24.09.92, p. 13.386-89).

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firmada no sentido de que após 1988 as ascensões e transformações de cargos são inconstitucionais, nos termos da Súmula Vinculante nº 43: "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

Na ADI 231, publicada no Diário de Justiça em 13 de novembro de 1992, já havia sido destacado que as formas de ingresso em carreira diversa para a qual o servidor prestou concurso estão banidas pela Constituição, não havendo como mascarar a ascensão como se promoção fosse visto inexistir promoção de uma carreira inferior para outra carreira superior, afim ou principal:

Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para

o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a "promoção". Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela CF/1988 a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. O inciso II do art. 37 da CF/1988 também não permite o "aproveitamento", uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo.(ADI 231, Rel. Min. Moreira Alves, P, j. 5-8-1992, DJ de 13/11/1992.)

No julgamento da ADI 837, cuja análise será adiante retomada, foi sedimentado e reafirmado o entendimento do STF pela inconstitucionalidade da ascensão funcional após a CF/88. Delimitou-se a distinção de promoção e ascensão como forma de provimento derivado e a inadmissão de "concurso" interno. A promoção foi considerada como provimento derivado dentro da mesma carreira, já a passagem de uma carreira para outra com a saída da primeira para ingresso em segunda carreira só poderia decorrer de concurso público, com concorrência aberta a qualquer brasileiro que atendesse os requisitos previsto em lei para

ingresso, sem a possibilidade de se instituir concursos internos, com concorrência restrita e de aferição de mérito num universo limitado, beneficiando apenas alguns, o que não permitiria aferição de mérito de fato, verdadeiro objetivo moralizante da Constituição:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade. - Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder. - No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97. - Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos. (ADI nº 837. Rel. Ministro Moreira Alves, DJE de 25/06/1999)

Nos debates gerais no STF, em julgados diversos, é destacado que a ascensão implica a investidura em cargo público de classe superior e distinto do anteriormente ocupado, sem a correspondente aprovação em concurso público, o que é incompatível com a atual ordem constitucional, sendo citado constantemente como precedentes o julgamento da ADI 231 e 837. O Recurso Extraordinário nº 1183394 detalha o histórico do trato do instituto até culminar na edição da súmula vinculante 43:

INVESTIDURA EM EMPREGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. INSTITUTO DO "ACESSO". HIPÓTESE DE PROVIMENTO DERIVADO DE CARGO PÚBLICO. FORMA DE PROVIMENTO INCOMPATÍVEL COM A ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL. SÚMULA VINCULANTE 43 DO STF. JULGADOS DO STF. (...) **Conforme entendimento pacificado no STF, o acesso (ou ascensão) é forma de provimento derivado incompatível com a CF/88, uma vez que implica a investidura em cargo público** de classe superior diverso daquele anteriormente ocupado sem prévia aprovação em concurso público. Nesse sentido, a Súmula Vinculante 43 do STF: É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. (eDOC 39, p. 4, 9-10) Nesse contexto, vale ressaltar que esta Corte, por meio de julgamento da ADI 837, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 25.6.1999, reafirmou o entendimento exarado na ADI 231, no sentido de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. (...) Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97. - Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos." (grifo nosso) Confira-se, também, excerto do mesmo julgado, no qual o Relator, Min. Moreira Alves, faz referência aos fundamentos adotados na ADI 231, também de sua relatoria: "Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do qual sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. Nem

se pretenda mascarar a ascensão como forma de provimento que se enquadraria no gênero promoção, pois não há promoção de uma carreira inferior para outra carreira superior, correlata, afim ou principal. Promoção e é esse o seu conceito jurídico que foi adotado pela Constituição toda vez que a ele se refere, explicitando-o é provimento derivado dentro da mesma carreira. Passagem de uma carreira para outra é salda daquela para ingresso nesta. Só pode decorrer de concurso público de provas ou de provas e títulos, aberto à concorrência de qualquer brasileiro que atenda aos requisitos estabelecidos em lei para esse ingresso (artigo 37, I), sem a possibilidade de se privilegiar alguns com concursos internos, de concorrência restrita e de aferição de mérito num universo limitado, deixando aos demais brasileiros uma parte das vagas para uma concorrência sem essa restrição, e que, aí, sim, permite aferição do mérito, como, moralizadoramente, o quer a atual Constituição." (fl. 71-72) Nesse mesmo sentido, e no que interessa, o julgado na ADI 336, Rel. Min. Eros Grau, DJe 17.9.2010, quando do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 46 da Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de Sergipe, o qual previa a realização de concurso público interno. Eis o excerto constante do mencionado precedente: "Trata-se de preceito manifestamente inconstitucional, que permite a realização de concurso interno, em afronta ao disposto no inciso II do artigo 37 da CB/88, tanto em sua redação original como naquela resultante da EC 19/98, de sorte a privilegiar servidores não beneficiados pelo artigo 19 do ADCT. " (fl. 17) As decisões acima mencionadas, por terem sido tomadas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, assumem eficácia erga omnes e possuem efeito vinculante. Além disso, ressalta-se que o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do STF no que concerne à existência de violação ao art. 37, II, da Constituição Federal. (...) (ARE 1183394 / PR, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJE de 06/02/2019) (grifo nosso)

Assim, não se pode garantir ingresso em cargo público diverso sem a realização de concurso específico. A jurisprudência é pacífica de que o ingresso, em cargo e emprego público sem concurso na vigência da Constituição Federal de 1988 é inconstitucional, ante a clara exigência

> desde a redação original do texto do art. 37, II da CF/88 de realização de concurso público: "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Assim, não se pode garantir ingresso em cargo público diverso sem a realização de concurso específico. A jurisprudência é pacífica de que o ingresso, em cargo e emprego público sem concurso na vigência da Constituição Federal de 1988 é inconstitucional, ante a clara exigência desde a redação original do texto do art. 37, II da CF/88 de realização de concurso público: "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

4. INOCORRÊNCIA DE CONVALIDAÇÃO DE ASCENSÕES REALIZADAS ENTRE 1988 E 1993.

É importante registrar desde já que, no tocante à modulação do julgamento da ADI 837, há recentes decisões do STF ratificando entendimento de tribunais locais no sentido de que ascensões realizadas após 1988 são inconstitucionais, ainda que efetivadas antes de 1993. Na ADI 837, com decisão de mérito publicada no dia 25 de junho de 1999, foi julgada a inconstitucionalidade por violação a regra do concurso público de diversos dispositivos legais, inclusive da Lei 8.112/90, que

faziam referência a provimento de cargo por acesso, ascensão, aproveitamento.

No anterior julgamento da medida cautelar na ADI 837 já havia sido suspensa, com efeito *ex nunc*, a eficácia desses textos legais que continham as expressões acesso e ascensão e tentavam legitimar essa forma de provimento derivado no serviço público. A liminar foi publicada no Diário de Justiça de 11 de fevereiro de 1993. Diante da suspensão dos dispositivos legais com efeito *ex nunc*, portanto apenas a partir da tomada da decisão, foi considerado que os servidores que obtiveram ascensão antes de março de 1993 não seriam atingidos pela concessão da medida. Isso porque, naquele momento limiar, não houve pronunciamento sobre a situação dos servidores que ascenderam em momento anterior à concessão da cautelar. Tal circunstância levou a suscitação de teses que até hoje repercutem nos tribunais de que, mesmo após o julgamento de mérito da ADI 837, os servidores que ascenderam irregularmente até fevereiro de 1993 teriam tido seus vínculos convalidados como se tivesse havido modulação temporal da decisão de mérito.

Ressalte-se que, antes mesmo do julgamento da medida cautelar na ADI 837 em 1993, já havia precedentes da Corte pela inconstitucionalidade das formas de ingresso em carreiras diversas para a qual foi prestado concurso, a exemplo do julgamento da ADI 231, de modo que a medida cautelar na ADI 837 não inaugurou uma inovadora interpretação jurídica. Ademais, os efeitos da concessão da medida cautelar são como regra *ex nunc*, exceto se o tribunal entender que deva

conferir efeitos *ex tunc* (art. 11, § 1º Lei nº 9.868/99: "A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa").

Como antedito, a discussão aqui sintetizada foi suscitada no STF sendo considerada que a modulação dos efeitos da decisão de mérito em sede de ação direta de inconstitucionalidade não pode ser presumida, que a decisão de mérito substitui a decisão proferida em cautelar e que o pronunciamento de mérito da ADI 837, por não ter delimitado os seus efeitos temporais, tem aplicação retroativa. Assim, o marco temporal para a nulidade das ascensões funcionais seria a promulgação da Constituição Federal de 1988, não existindo amparo para convalidação irrestrita de todas as ascensões realizadas até fevereiro de 1993. A eficácia temporal da decisão de mérito é *ex tunc* e eventual modulação exige decisão expressa enaltecendo as razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social aptas a justificarem a medida, além do julgamento por dois terços dos membros do Supremo[24], o que não ocorreu na espécie, afastando o argumento de modulação também sob o aspecto da inobservância do quórum impositivo. A declaração de

[24] "Para a *modulação temporal* dos efeitos da decisão devem ser observados dois requisitos: razões de *segurança jurídica* ou de *interesse social* a justificar o afastamento do princípio da nulidade; e quórum de dois terços dos membros do Tribunal (Lei 9.868/1999, art. 27). Quando a declaração de inconstitucionalidade não faz expressa referência ao momento, os efeitos temporais são presumidamente retroativos. Proclamado o resultado final, se tem por concluído e encerrado o julgamento, tornando-se inviável sua reabertura para fins de modulação, ressalvada a oposição de embargos declaratórios." (NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 15ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 244/245).

inconstitucionalidade envolve apenas maioria absoluta, nos termos da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processamento da ADI perante o STF:

> Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. (...)
> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No julgamento da Reclamação Constitucional nº 8222/MG, foi pormenorizadamente esclarecida a discussão jurídica em torno de eventual modulação da ADI 837, afastando-a expressamente:

> *RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL*. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. ADI-MC Nº 837-4/DF. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE O ATO RECLAMADO E O ACÓRDÃO PARADIGMA. PROVIMENTO DERIVADO. **INCONSTITUCIONALIDADE. CRFB/88, ART. 37, II. EFEITOS EX NUNC. INSUBSISTÊNCIA DO ACÓRDÃO PARADIGMA. SUPERVENIÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DE MÉRITO NA ADI Nº 837-4/DF. AUSÊNCIA DE MODULAÇÃO TEMPORAL. EFEITOS EX TUNC (RETROATIVOS). NULIDADE DOS ATOS DE ASCENSÃO FUNCIONAL *POR* CONSUBSTANCIAREM MODALIDADE DE PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS** PÚBLICOS. *RECLAMAÇÃO* A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. A transposição, transformação ou ascensão funcional, de servidores públicos uma categoria para outra, porquanto consubstanciam modalidades de provimento derivado, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, não se coadunam com a nova

ordem constitucional (CRFB/88, art. 37, II). (...) 4. **In casu, a) o ato reclamado, diversamente do que propugnado pelos reclamantes, não se distanciou dos balizamentos fixados *por* esta Suprema Corte, quando do julgamento de mérito na ADI nº 837-4/DF. b) Ao revés, consta expressamente da ementa do julgado que "a partir da nova ordem constitucional instaurada em 1988, não existe mais provimento de cargo público de forma derivada, mediante transposição, transformação ou ascensão funcional de uma categoria a outra, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 37, II, CF/88). Declaração pelo STF de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 8.112/90 que disciplinavam a matéria, no bojo da ADIN nº 837-4/DF, tem efeito vinculante e eficácia ex tunc, anulando todos os atos neles amparados".** (...)

Em seu parecer, o **Ministério Público Federal** opinou pela improcedência do pedido da *reclamação*. Eis a ementa do pronunciamento ministerial: "*Reclamação*. Provimento derivado de cargos públicos mediante transposição, transformação ou ascensão funcional de uma categoria para outra. Inconstitucionalidade conforme conclui-se da decisão de mérito proferida na ADI nº 837-4. **No silêncio da deliberação do Pleno dessa Corte, quando à modulação de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade vale a regra geral no sentido da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada, consoante explicitada na lei nº 9.868/99. Parecer pela improcedência da *reclamação*".** (...)

No caso sub examine, todavia, não existe tal similitude, uma vez que o ato hostilizado não desafiou a autoridade do acórdão paradigma (i.e., decisão cautelar na ADI nº 837-4/DF), mas, ao revés, aplicou a racionalidade daquele pronunciamento, no sentido de que a Constituição de 1988 veda qualquer espécie de provimento derivado no acesso aos cargos públicos, para equacionar a controvérsia. (...) Além disso, verifico que o acórdão paradigma, tido *por* violado, sequer subsiste**. Com efeito, na sessão plenária de 27.08.1998, o Tribunal procedeu ao julgamento de mérito da ADI nº 837-4/DF. Naquela assentada, o Plenário, nos termos do voto do relator Min. Moreira Alves, ratificou os termos da cautelar, declarando a inconstitucionalidade de diversos**

preceitos concernentes à ascensão funcional de servidores públicos (art. 8º, inciso III; e das expressões 'ascensão e acesso' do art. 10, § único, 'ou ascensão' e 'ou ascender' do art. 13, § 4º, 'ou ascensão' e 'ou ascender' do art. 17, e do inciso IV do art. 33, todos da Lei nº 8.112/90), *por* consubstanciar forma de provimento de derivado, prática vedada pelo art. 37, II, da Carta de 1988. A única ressalva que se extrai do julgamento se refere ao pedido de inconstitucionalidade das normas relativas aos servidores do Poder Judiciário, em que foi reconhecida a sua prejudicialidade ante a superveniente edição do Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário. Eis a ementa do julgado:

"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade. - Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder. - No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97. - Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos." (ADI 837, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 25-06-1999 PP-00002 EMENT VOL-01956-01 PP-00040)

A despeito de ter ratificado o entendimento da cautelar, reputando dissonantes com o novel ordenamento constitucional os atos de provimento derivado, a Corte, quando do julgamento de mérito da ADI nº 837-4/DF, não procedeu à modulação dos efeitos da decisão, razão *por* que se presume a adoção de seus efeitos ordinários, i.e., eficácia ex tunc, retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Eis a consequência

> inelutável desse raciocínio: além de não mais subsistir o acórdão apontado como paradigma, o que per se já implicaria a prejudicialidade da *reclamação*, também não se revela possível cogitar da produção de seus efeitos ex nunc, ínsitos ao provimento cautelar nos processos objetivos. De fato, o pronunciamento de mérito na ADI nº 837-4/DF, exatamente porque não delimitou os seus efeitos temporais, reclama a sua aplicação retroativa, estimando como incompatíveis com a nova ordem constitucional quaisquer atos normativos que prevejam a ascensão funcional ou outra modalidade de provimento derivado, e declarando, consectariamente, a nulidade dos atos administrativos nele embasados. **No caso vertente, o ato reclamado, diversamente do que propugnado pelos reclamantes, não se distanciou dos balizamentos fixados *por* esta Suprema Corte, quando do julgamento de mérito na ADI nº 837-4/DF. Ao revés, consta expressamente da ementa do julgado que "a partir da nova ordem constitucional instaurada em 1988, não existe mais provimento de cargo público de forma derivada, mediante transposição, transformação ou ascensão funcional de uma categoria a outra, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 37, II, CF/88). Declaração pelo STF de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 8.112/90 que disciplinavam a matéria, no bojo da ADIN nº 837-4/DF, tem efeito vinculante e eficácia ex tunc, anulando todos os atos neles amparados". Ou seja: a Corte Regional, obtemperando-se à orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, anulou todos os atos de provimento de cargo público ancorados em disposições flagrantemente inconstitucionais, que estabeleciam a transposição, transformação ou ascensão funcional de uma categoria a outra, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos**.(...)(Rcl 8222 / MG, Rel. Min. Luiz Fux. DJE de 25/10/2013) (grifo nosso)

Em decisão proferida na AR 1958, o Supremo reiterou o entendimento de que não há direito adquirido à ascensão realizada após o advento da Constituição Federal de 1988, ainda que antes de 1993.

Primeiro vejamos a ementa, que cita inclusive diversos precedentes da Corte com igual posição:

> Agravo regimental em ação rescisória. Erro de fato e violação literal de dispositivo legal. Inexistência. Utilização da via rescisória como sucedâneo de recurso. Ministério Público como custos legis e parte. Legalidade. Ascensão funcional posterior ao advento da Constituição Federal de 1988. Inconstitucionalidade. Agravo regimental não provido. 1. O erro quanto à existência, nos autos da ação matriz, de elementos comprobatórios do prequestionamento no recurso extraordinário é matéria a ser objetada pelos meios recursais disponíveis na ação originária, não sendo apto a justificar a utilização da via rescisória, cujas hipóteses de cabimento são restritíssimas, sob pena de conversão desse meio autônomo de impugnação em sucedâneo recursal. 2. Não configura ilegalidade a atuação do Ministério Público, por um lado, como fiscal da lei, expressando-se dentro da independência de suas funções (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.625/93), e, por outro lado, como réu da ação rescisória. 3. **Inexiste violação de literal dispositivo de lei na decisão em que não se reconhece direito adquirido a ascensão realizada após o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que é pacífico na Corte o entendimento de que é inconstitucional a forma de provimento derivado de cargos ou empregos públicos por ascensão. Precedentes: ADI nº 368/ES, ADI nº 231/RJ e ADI nº 837/DF, Rel. Min. Moreira Alves; ADI nº 3.582/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI nº 3.030/AP, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI nº 1.345/ES, Rel. Min. Ellen Gracie; RE nº 602.264/DF-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 31/5/13).** 4. Agravo regimental não provido. (AR 1958, Rel. Min. Dias Tofolli. DJE de 30/05/2014) (grifo nosso)

Para exata compreensão da controvérsia é importante a leitura de trecho do voto do ministro relator Dias Toffoli pelo qual restou consignado que a decisão da ADI 837 foi proferida em sede de controle de constitucionalidade abstrato, que, em regra, diante de sua força

declaratória, apenas reconhece o vício à Constituição da norma ofensora desde a sua origem. Destaca que embora nos autos da ADI 837 tenha sido concedido efeitos prospectivos à decisão cautelar, o julgamento definitivo substituiu a decisão de mérito, conferindo efeito retroativo, já que não houve a modulação dos efeitos do julgamento:

> **a decisão rescindenda fundou-se em precedente vinculante desta Corte (ADI 837) proferido na seara do controle de constitucionalidade abstrato, o qual, em regra, dado o seu caráter declaratório, apenas reconhece o vício inquinado à norma ofensora da Constituição, desde o seu nascedouro, momento a partir do qual, como regra, origina seus efeitos. Desse modo, embora, naqueles autos, tenham sido atribuídos efeitos prospectivos à decisão que deferiu a medida cautelar, com o julgamento definitivo, esse substituiu o anterior, de forma a conferir à decisão efeito retroativo, uma vez que não houve a modulação de efeitos no julgamento da ADI nº 837/DF**. (...)
> Esse é o entendimento geral desta Corte. A regra é o concurso público, isonômico e universal. **Os julgados pela primazia da segurança jurídica sobre a regra do concurso público são pontuais, sempre analisados a partir das excepcionalidades dos casos concretos, não podendo, desse modo, as fundamentações ali constantes ser dilatadas para toda e qualquer circunstância.** Nesse contexto de excepcionalidade – ao contrário do quanto afirmado pelos ora recorrentes – o julgamento do RE nº 602.264/DF-AgR (citado na decisão agravada) consagra a regra geral da exigência do concurso público e rememora expressamente que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a promoção do servidor por ascensão funcional constitui forma de provimento derivado incompatível com a determinação prevista no art. 37, II, da Constituição . No mesmo acórdão, foram citados diversos precedentes desta Corte nesse sentido (ADI nº 368/ES, ADI nº 231/RJ e ADI nº 837/DF, Rel. Min. Moreira Alves; ADI nº 3.582/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence ; ADI nº 3.030/AP, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI nº 1.345/ES,

> Rel. Min. Ellen Gracie). A excepcionalidade na adoção de entendimento diverso também foi destacada na fundamentação do julgado citado. Ressalto o seguinte trecho: "(...) em algumas oportunidades e sempre atuando com parcimônia, apesar de declarar a inconstitucionalidade em abstrato de certo diploma legal, tem mantido hígidas, em observância aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, as situações jurídicas concretas constituídas sob a égide da norma inconstitucional" (grifei).
> **É evidente, desse modo, que a fundamentação exposta no RE nº 602.264 apenas reforça o grau máximo de excepcionalidade que a Corte utiliza para a adoção de entendimento diverso daquele que consagra a supremacia da regra do concurso público.** (...) **A regra, desse modo, é o concurso público, isonômico e universal. A meu sentir, a hipótese fática da ação não se mostra apta a excepcionar aquele imperativo constitucional. Estando, portanto, a decisão questionada na esteira da ampla jurisprudência da Corte, não há como concluir pela existência de violação à literalidade dos dispositivos constitucionais e legais apontados pelos autores.** Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão em que, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, se negou seguimento à ação rescisória. (grifo nosso)

No julgamento do RE nº 602.264, o STF foi expresso em afirmar ser "inviável a invocação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé no caso em que se pretende o reconhecimento de uma nova posição jurídica incompatível com a Constituição e não a preservação de uma situação concreta sedimentada" no que toca à ascensão funcional:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. ASCENSÃO FUNCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ. INAPLICABILIDADE AO CASO. PLEITO QUE REVELA A PRETENSÃO DE CONSTITUIR NOVA SITUAÇÃO JURÍDICA E NÃO A PRESERVAÇÃO DE

> UMA POSIÇÃO CONSOLIDADA. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a promoção do servidor por ascensão funcional constitui forma de provimento derivado incompatível com a determinação prevista no art. 37, II, da Constituição de que os cargos públicos devem ser providos por concurso. II – Inviável a invocação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé no caso em que se pretende o reconhecimento de uma nova posição jurídica incompatível com a Constituição e não a preservação de uma situação concreta sedimentada. III – Agravo regimental improvido.' (RE nº 602.264/DF-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 31/5/13).

Com essas citações se quer esclarecer que a jurisprudência do STF não entende que toda e qualquer ascensão realizada até 1993 possa ser indistintamente convalidada. Pelo contrário. Esse entendimento vem sendo aplicado a partir da análise de cada caso concreto em observância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica de maneira absolutamente excepcional, o que é comprovado pela existência de diversos precedentes firmados pela inconstitucionalidade de ascensões realizadas antes de 1993 e do posicionamento expresso da Corte de que não foi conferido efeitos *ex nunc* à decisão de mérito na ADI 837. Enaltece a Corte Constitucional que os julgados priorizando a segurança jurídica diante da regra do concurso público são pontuais, não havendo amparo para que sua fundamentação seja estendida a toda e qualquer circunstância, pois sempre analisados a partir das excepcionalidades dos casos concretos.

5. AMPLITUDE DA EXIGÊNCIA DA REGRA DO CONCURSO PÚBLICO E DO CONCEITO DE ASCENSÃO FUNCIONAL

No tocante a amplitude da incidência da regra do concurso público e do conceito de ascensão funcional na jurisprudência do STF, é importante registrar a existência de vedação de equiparação de carreiras com mesma atribuição, mas com mudança dos requisitos para investidura de nível médio para nível superior – com a consequente ampliação das exigências técnicas e nível de dificuldade dos concursos de provimento – e idêntico padrão remuneratório a quem ingressou no cargo como nível médio ou superior.

A discussão da inconstitucionalidade da ascensão clássica anteriormente exposta – qual seja, o servidor que ascende para cargo nitidamente e facilmente vislumbrável como carreira diversa, exemplo do policial que vira delegado, do assistente fiscal que vira auditor fiscal, do assessor jurídico que vira defensor público, comumente envolvendo carreiras tidas como meio e fim – e sua ocorrência está praticamente superada na praxe administrativa. Ocorre que, com a realidade fática de reestruturação de diversas carreiras no funcionalismo público, cujo provimento anterior exigia menor qualificação, na busca legítima pela eficiência do serviço, surge uma discussão em torno de uma especificação na conceituação de ascensão funcional entre cargos com atribuições praticamente idênticas ou até com total identidade, mas com requisitos de qualificação diversos e que ocasiona, em regra, uma profunda melhoria de carreira em relação à anterior que exigia apenas nível médio de formação.

Para facilitar a compreensão da questão jurídica que foi debatida no Supremo, passemos a exemplos ilustrativos. Carreira policial cujo

requisito de ingresso era nível médio tem uma reestruturação, normalmente acompanhada de aumento remuneratório, e passa a exigir nível superior. Assim, tem-se duas situações distintas, policiais com formação de nível médio e de nível superior. Seria possível enquadrar os policiais que prestaram concurso de nível médio, com outro padrão de carreira e de exigência de seleção, na nova carreira de nível superior? Poderia ser criada uma ficção jurídica de que possuem nível superior? Ou até promover o enquadramento na carreira de nível superior após conclusão póstuma de curso superior? Outro exemplo comum são os servidores dos Tribunais. Carreira de assistente jurídico que se exigia nível médio passa por reestruturação legal com a exigência de diploma normativo de nível superior. Poderia ser estendida aos então ocupantes dos cargos de assistente jurídico de nível médio a mesma remuneração dos futuros concursados com a exigência de formação de nível superior? O STF pacificou esses questionamentos no julgamento do Tema 697.

Impõe-se registar desde já que a Constituição Federal, no artigo 39, §1, I, enuncia que a fixação dos padrões de vencimento e demais componentes do sistema remuneratório deve observar a natureza, grau de responsabilidade e complexidade dos cargos componentes de cada carreira:

> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADIN nº 2.135-4)

> § 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

Por sua vez, nos termos do artigo 37, II da CF/ 88, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público a ser realizado de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego:

> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

O comando constitucional contido nos dispositivos acima citados é expresso em enunciar que a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira orientarão o nível de exigência do concurso público, bem como a fixação dos padrões de vencimentos.

Nas discussões no RE 740008/RR, *leading case* do Tema 697, os votos dos Ministros envolveram discussões no sentido da existência da ascensão funcional na hipótese de percepção de remuneração equivalente e equiparação entre o cargo de oficial de justiça de nível médio e de oficial de justiça de nível superior, cuja exigência de nível superior foi instituída por reestruturação legal.

O voto do Ministro Edson Fachin evidenciou que a jurisprudência do STF "rechaça a possibilidade de ingresso a cargos públicos por meio distinto que o do concurso público", mas concluiu inexistir ascensão funcional na espécie, pois o regime criado seria provisório:

> Conforme consignou a d. Procuradoria-Geral da República em parecer colacionado aos autos, a lei em exame, ao estabelecer regime de transição consistente em criação de carreira com requisitos de acesso mais rigorosos e na extinção paulatina dos cargos da antiga carreira, determinou equivalência remuneratória, não havendo inconstitucionalidade a observar. Não se trata de ascensão funcional, pois o regime criado é provisório, até que os atuais ocupantes se desvinculem do quadro do TJRO.

Em igual sentido, o voto do Ministro Roberto Barroso:

> De acordo com a petição inicial, o art. 35 da Lei Complementar Estadual nº 142/2008, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 175/2011, ao equiparar os vencimentos, teria, na prática, viabilizado o provimento dos Oficiais de Justiça/ nível médio em cargos de Oficial de Justiça/ nível superior, distintos daqueles para os quais foram aprovados em concurso público.
>
> 11. Entendo, contudo, que a hipótese não constitui transposição ou ascensão funcional. Isso porque os servidores investidos em cargos de Oficial de Justiça/ nível médio foram aprovados em concurso público, de modo que seu ingresso no serviço público em caráter efetivo não se reveste, a princípio, de qualquer vício. Além disso, a legislação impugnada não transpõe esses servidores para cargos distintos daqueles em que originalmente investidos, já que permanecerão coexistindo duas carreiras: a de Oficial de Justiça/ nível médio e a de Oficial de Justiça/ nível superior. Trata-se de um regime provisório, que se exaurirá assim que todos os cargos de Oficial de Justiça/ nível médio vagarem. Não se aplica, portanto, a Súmula nº 685/STF, nos termos da qual "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia

> aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

No entanto, o voto dos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso foram vencidos, sendo consignado no julgamento do tema 697 de repercussão geral do STF, com trânsito em julgado do RE 740008/RR em 22/11/2021, ser inconstitucional o aproveitamento de servidor, aprovado em concurso público a exigir formação de nível médio, em cargo que pressuponha escolaridade superior, ficando as instâncias inferiores afetadas à aplicação da tese consolidada no Tribunal Superior.

O STF no RE 740008/RR, ressaltou ser inconstitucional, ao aumentar a exigência de escolaridade do cargo de nível médio para superior, assegurar isonomia remuneratória aos ocupantes do cargo que haviam feito concurso para o cargo de nível médio. O *leading case* trata de lei estadual que exigia no primeiro momento escolaridade de nível médio para o cargo de oficial de justiça, mas passou a exigir em outro momento escolaridade de nível superior estabelecendo equiparação salarial entre os oficiais de nível médio, proveniente da carreira de extinção, e os de nível superior. O Supremo entendeu que o enquadramento de servidor público ocupante de cargo, cujo requisito de investidura era a formação no ensino médio, em outro, relativamente ao qual é exigido a formação em curso superior, constitui burla à exigência constitucional de concurso público, bem como ao disposto no art. 39, § 1º, II, da Constituição Federal, ao se fixar idêntica remuneração. Analisemos a tese firmada:

CONCURSO PÚBLICO – AFASTAMENTO – INADEQUAÇÃO. Surge inconstitucional o aproveitamento de servidor público ocupante de cargo em extinção, cujo requisito de investidura foi o nível médio, em outro, relativamente ao qual exigido curso superior.

Após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao recurso extraordinário e fixavam a seguinte tese de repercussão geral (tema 697): "É inconstitucional o aproveitamento de servidor, aprovado em concurso público a exigir formação de nível médio, em cargo que pressuponha escolaridade superior"; e do voto do Ministro Edson Fachin, que dava provimento ao extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Falou, pelo interessado Sindicato dos Oficiais de Justiça do Estado de Roraima - SINDOJERR, o Dr. Saul Tourinho Leal. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020. Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 697 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Foi fixada a seguinte tese: "É inconstitucional o aproveitamento de servidor, aprovado em concurso público a exigir formação de nível médio, em cargo que pressuponha escolaridade superior". Nesta assentada o Ministro Gilmar Mendes reajustou seu voto para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin. Plenário, Sessão Virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020.

Tema 697 - Constitucionalidade de lei que, ao aumentar a exigência de escolaridade em cargo público, para o exercício das mesmas funções, determina a gradual transformação de cargos de nível médio em cargos de nível superior e assegura isonomia remuneratória aos ocupantes dos cargos em extinção, sem a realização de concurso público.

Tese

É inconstitucional o aproveitamento de servidor, aprovado em concurso público a exigir formação de nível médio, em cargo que pressuponha escolaridade superior. (RE 740008 / RR – RORAIMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 21/12/2020. Publicação: 14/04/2021. Órgão julgador: Tribunal Pleno)

Para maiores esclarecimentos, é importante a transcrição de trechos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, em que resta claro, especialmente, a impossibilidade de equiparação remuneratória entre os servidores que prestaram concurso enquanto a exigência de provimento do cargo era de nível médio e os que prestaram concurso quando a exigência era de nível superior, restando consignado que os servidores "que ingressaram no cargo ante certame a exigir apenas o ensino médio, não o superior, foram deslocados à nova carreira". Ademais, é consignado o precedente anterior da ADI nº 4.303 com idêntico entendimento do tema 697 no sentido de que enquadrar servidores "que prestaram concurso, fazendo frente apenas à exigência de nível médio, nas escalas próprias de vencimentos do nível superior é driblar a exigência do concurso público; é burlar o concurso público; é olvidar o instituto do quadro, em extinção":

> Extrai-se das premissas fáticas do acórdão atacado por meio deste extraordinário que, mediante o artigo 35 da Lei Complementar nº 142/2008 do Estado de Roraima, houve transformação na estrutura do cargo de Oficial de Justiça. Então, colou-se ao concurso de acesso a necessidade de o candidato possuir nível superior, implicando novo patamar remuneratório. Pois bem, aqueles que ingressaram no cargo ante certame a exigir apenas o ensino médio, não o superior, foram deslocados à nova carreira.
> Tenho como inconstitucional esse acesso. Cidadãos que se prontificaram a fazer nova prova para o cargo tiveram de atender o requisito alusivo à escolaridade, ou seja, apresentar título a revelar concluído nível superior. Aqueles que já estavam no exercício da atividade passaram ao novo sistema, mesmo havendo ingressado levando em conta exigência do ensino médio.
> Cumpre reiterar o que assentei quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.303:

Presidente, os colegas que acompanharam a relatora sustentaram os respectivos votos, com exceção dos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Com maior razão devo fazê-lo, porque vou divergir de Sua Excelência. (...)

Presidente, não desconheço que houve uma modificação legislativa, no Estado, quanto ao nível exigido para ingresso, para a ocupação dos cargos de auxiliar técnico – é sintomático, a nomenclatura sinaliza muita coisa – e assistentes de administração judiciária.

Quando os servidores – que passaram, pela lei nova, a ter direito ao enquadramento – prestaram o concurso público, prestaram mediante a exigência de escolaridade diversa: o nível estritamente médio. Posteriormente, modificou-se essa exigência quanto à mão de obra a ser arregimentada, mão de obra a ser alcançada mediante concurso público, para exigir-se o nível superior.

Enquadrar aqueles servidores, que prestaram concurso, fazendo frente apenas à exigência de nível médio, nas escalas próprias de vencimentos do nível superior é driblar a exigência do concurso público; é burlar o concurso público; é olvidar o instituto do quadro, em extinção, de servidores.

Tem-se, na Carta Federal, além da exigência do concurso, preceito que versa a fixação dos padrões de vencimentos. Refiro-me ao inciso II do § 1º do artigo 39, a versar que: "Art. 39 [...] § 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I - [...] II - os requisitos para a investidura;"

Indaga-se: os requisitos impostos, quando do concurso público, quando da investidura, direcionavam ao nível superior? A resposta é desenganadamente negativa. Mas, em passe de mágica, modifica-se a exigência alusiva ao concurso quanto aos futuros servidores e se estende àqueles que prestaram concurso, sem a exigibilidade do nível superior, os padrões desse mesmo nível.

Descabe perquirir se houve modificação de nomenclatura, quanto aos cargos, se houve modificação das atribuições. O que se percebe, perdoem-me os colegas que se convenceram do contrário, é a burla não só ao concurso público, como também a transgressão à norma imperativa – a obrigar os estados – do inciso III do § 1º do artigo 39.

Peço vênia, Presidente, para julgar procedente o pedido. Fico a imaginar situação concreta em que, no âmbito dos servidores do Supremo, se passe, por diploma normativo, a

> exigir, quanto aos Técnicos Judiciários, o nível superior, estendendo-se aos concursados – aos então ocupantes dos cargos –, por lei, a remuneração desse mesmo nível superior. O que é isso, Presidente? Para mim, é drible ao que querido pela lei das leis – a Constituição Federal.
> Peço vênia para divergir e julgar procedente o pedido formulado na inicial, ressaltando, mesmo que não tenha sido articulada a transgressão ao inciso III do § 1º do artigo 39, a causa de pedir no processo objetivo é aberta.
> Desprovejo o recurso extraordinário. Fixo a tese: "É inconstitucional o aproveitamento de servidor, aprovado em concurso público a exigir formação de nível médio, em cargo que pressuponha escolaridade superior."

Quanto à impossibilidade de equiparação salarial entre os cargos de nível médio e superior, o Ministro Alexandre de Moraes consignou no RE 740008/RR que a circunstância das atribuições do novo cargo serem idênticas às do cargo em extinção não seria razão suficiente para afastar a inconstitucionalidade da norma, porque "o vício constitucional a afastar a equiparação salarial entre os cargos não decorre da diferença de qualificação do servidor público, mas sim da inexistência de aprovação prévia em concurso para cargo efetivo de nível superior":

> Por tais razões, todas as características referentes ao cargo, inclusive o grau de escolaridade correspondente e a respectiva remuneração, devem ser amplamente divulgadas antes do certame, por força do princípio constitucional da publicidade, a fim de possibilitar a participação do maior número possível de interessados.
> Nesse contexto, o fato de que as atribuições do novo cargo são idênticas às do cargo em extinção não é razão suficiente para afastar a inconstitucionalidade da norma impugnada, visto que o vício constitucional a afastar a equiparação salarial entre os cargos não decorre da diferença de qualificação do servidor público, mas sim da inexistência de aprovação prévia em concurso para cargo efetivo de nível superior.

> Não procede, portanto, o argumento de que a equiparação salarial entre os cargos de nível médio e de nível superior destina-se a garantir a isonomia entre os servidores de ambos os cargos, dada a identidade de atribuições, uma vez que o postulado do concurso público visa a resguardar justamente o princípio da isonomia, o qual deve abranger não apenas os servidores ocupantes dos cargos sob análise, mas sim todos os possíveis interessados na investidura no serviço público para o cargo emergente (Oficial de Justiça de Nível Superior), sejam eles servidores do cargo em extinção ou não.

A conclusão a ser extraída da Constituição é de que havendo alteração substancial de requisitos de ingresso e grau de escolaridade dos cargos, tais vagas devem ser providas por concurso de provimento originário por estar-se diante de carreira diversa, ainda que as atribuições se assemelhem ou sejam as mesmas.

Não encontra respaldo constitucional que os ocupantes de cargo de nível médio passem a ocupar cargo que exige formação superior – numa verdadeira ficção de que ostentam qualificação a qual não possuem ou que prestaram concurso com requisitos específicos que não foram exigidos – sob pena de concessão de benefícios indevidos apenas pelo fato de já serem servidores públicos. Aqui é importante destacar que não importa se os servidores que prestaram concurso para cargo de nível médio concluíram curso superior. Isso porque a graduação em curso superior não tem o condão de modificar a natureza do concurso prestado para nível médio, não influenciando no nível de exigência e qualificação que foram avaliados.

Compreensão em sentido contrário deve ser interpretada como uma ascensão irregular vedada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme enunciado na Súmula Vinculante nº 43: “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

No entendimento mais amplo de ser inconstitucional a interpretação de disposições legais que viabilizem a promoção a cargo de nível superior a servidores que ingressaram por concurso público para cargo de nível médio e a consequente impossibilidade de equiparação remuneratória, a ADI 6355, com trânsito em julgado em 17/06/2021:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSIÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR N. 107/2008 DE PERNAMBUCO. AUDITOR FISCAL DO TESOURO ESTADUAL. SERVIDORES PÚBLICOS INVESTIDOS EM CARGOS DE NÍVEL MÉDIO. **REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA, COM POSSIBILIDADE DE PROMOÇÃO A CARGO DE NÍVEL SUPERIOR E DE ATRIBUIÇÕES DIVERSAS. ASCENSÃO FUNCIONAL DISSIMULADA.** OFENSA AO INC. II DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA VINCULANTE N. 43. MODULAÇÃO DE EFEITOS. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (ADI 6355. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 31/05/2021). (grifo nosso)

Esta conclusão pode ser extraída também da ADI 3199, julgada em 20 de abril de 2020, em que foi fixada a tese de julgamento de que a “equiparação de carreira de nível médio a outra de nível superior constitui ascensão funcional, vedada pelo art. 37, II, da CF/88”:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIFICAÇÃO DE CARREIRAS. PROVIMENTO DERIVADO. SÚMULA VINCULANTE Nº 43. INCONSTITUCIONALIDADE.
> 1. A Lei Complementar nº 98/2001, do Estado de Mato Grosso, unificou as carreiras de "Agente Arrecadador de Tributos Estaduais" e de "Agente de Fiscalização e Arrecadação de Tributos Estaduais" em carreira única denominada "Agente de Tributos Estaduais", reunindo cargos com atribuições e requisitos de ingresso distintos em uma mesma carreira.
> 2. Hipótese de provimento derivado que viola a regra do concurso público para acesso a cargo efetivo (art. 37, II, CF/88 e Súmula Vinculante nº 43).
> 3. O art. 10 da referida lei, que atribui aos Agentes de Tributos Estaduais competências para constituição do crédito tributário viola o disposto nos arts. 37, II e XXII, da CF/88.
> 4. A lei em exame vigorou por mais de 18 (dezoito) anos, com presunção formal de constitucionalidade. Nesse contexto, atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade promoveria ônus excessivo e indesejável aos servidores admitidos com fundamento nas normas impugnadas.
> 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente, com modulação de efeitos temporais a partir da publicação do acórdão.
> **6. Tese de julgamento: "A equiparação de carreira de nível médio a outra de nível superior constitui ascensão funcional, vedada pelo art. 37, II, da CF/88".** (grifo nosso)

Diante do exposto, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal considerou haver ascensão funcional, portanto sem respaldo constitucional, em hipóteses que os ocupantes de cargo de nível médio passem a ocupar cargo que exige formação superior, ainda que com mesmas atribuições, concluindo-se pela impossibilidade de equiparação de carreira, incluindo salarial, entre servidores que prestaram concurso de nível médio com os que prestaram concurso de nível superior.

6. CONCLUSÃO

Nos termos analisados, inexiste amparo jurídico em modificar a situação funcional de empregado público ou ocupante de cargo público, conferindo-lhe ascensão em outro cargo ou emprego, sob a égide da Constituição Federal de 1988, ainda que antes de 1993. Não se pode garantir ingresso em cargo público diverso sem ter realizado concurso específico e individualizado para aquele cargo, ante a clara exigência desde a redação original do texto do art. 37, II da CF/88 de realização de concurso público de concorrência aberta e universal para cada cargo a ser provido.

A inconstitucionalidade da ascensão funcional é pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tendo gerado a edição da Súmula Vinculante nº 43. A modalidade clássica de ascensão funcional, que normalmente envolve o ingresso em outro cargo de atribuições e hierarquias distintas sem concurso específico, parece ter sido relativamente superada na praxe administrativa, remanescendo discussões quanto a convalidação das ascensões efetivadas até 1993, o que se demonstrou não encontrar guarida jurisprudencial, visto não ter havido modulação temporal do julgamento de mérito da ADI 837. Não cabe presunção de modulação, devendo esta ser expressa, respeitando quórum específico e justificação em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. A decisão de mérito em ADI tem efeito declaratório e retroativo e o julgamento de mérito na ADI 837 substituiu a decisão

proferida na anterior decisão cautelar.

A atualidade do tema exsurge da reestruturação de carreiras cujo requisito de ingresso envolvia formação de nível médio e que passou a ser de nível superior. O STF entendeu, na edição do tema 697, que o enquadramento de servidor público ocupante de cargo, cujo requisito de investidura era a formação no ensino médio, em outro, relativamente ao qual passou a ser exigido a formação em curso superior, constitui burla à exigência constitucional de concurso público, bem como ao disposto no art. 39, § 1º, II, da Constituição Federal ao se fixar idêntica remuneração, configurando a nova modalidade administrativa de ascensão funcional questionada nos tribunais e cuja inconstitucionalidade foi pacificada.

É verdade que a Administração Pública, respaldada pelo princípio da eficiência, bem como pelo artigo 48, X da CF/88, está autorizada à criação, transformação e extinção de cargos públicos, podendo reorganizar sua estrutura funcional. No entanto, ainda que envolvam mesmas atribuições, não é possível a transformação de cargos públicos de nível médio, sem maiores exigências de qualificação especial, para grau de escolaridade superior, com exigência diferenciada de provimento, realizando o enquadramento do servidor que prestou concurso de nível médio na carreira de nível superior, ou seja, sem a criação de quadro em extinção. A tendência de concursos de nível superior é serem mais complexos e com uma série de exigências em comparação com o concurso público anteriormente prestado pelos servidores de nível médio, que seriam indevidamente favorecidos pela transformação

irrestrita. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público a ser realizado de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

Como visto, o ocupante de cargo originariamente de nível médio, com requisitos menos rigorosos de ingresso e seleção, não pode ser enquadrado em cargo de provimento efetivo de nível superior com novos requisitos de ingresso sem submissão a novo concurso público. O que a jurisprudência veda é tratar essas situações jurídicas distintas como se fossem uma só, englobar as duas carreiras com especificidades próprias como carreira única. A solução jurídica para essa situação consiste na carreira de nível médio figurar como carreira em extinção, devendo haver previsão legislativa pormenorizada regulamentando as especificidades da carreira em extinção e seus patamares remuneratórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3ª Edição. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 18ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Método, 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Promulgada em 15 de março de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 17 de agosto de 2022.

Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 17 de agosto de 2022.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de agosto de 2022.

Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 22 de agosto de 2022.

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 6355. Relatora: Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, Brasília, 31 de maio de 2021. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 09 de junho de 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756083692. Acesso em 18 de agosto de 2022.

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 3199. Relator: Ministra Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Brasília, 20 de abril de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 12 de maio de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752620303.Acesso em 18 de agosto de 2022.

Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: RE nº 740008. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília, 21 de dezembro de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 14 de abril de 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755566022.Acesso em 18 de agosto de 2022.

Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário com Agravo: ARE nº 1.183.394. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília, 01 de fevereiro de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 06 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339443392&ext=.pdf.Acesso em 18 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 231. Relator: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília, 05 de agosto de 1992. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 13 de novembro de 1992. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266259. Acesso em 18 de agosto de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 837. Relator: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília, 27 de agosto de 1998. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 25 de junho de 1999. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266558. Acesso em 18 de agosto de 2022.

Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI- MC nº 837. Relator: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília, 11 de fevereiro de 1993. Diário da Justiça. Brasília, 17 de fevereiro de 1993. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346636. Acesso em 20 de agosto de 2022.

Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Ação Rescisória: AR nº 1958. Relator: Ministro Dias Tofoli, Tribunal Pleno, Brasília, 10 de abril de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 30 de maio de 2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=597814.Acesso em 18 de agosto de 2022.

Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 602264. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, Brasília, 07 de maio de 2013. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 31 de maio de 2013. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3891693.Acesso em 18 de agosto de 2022.

Supremo Tribunal Federal, Reclamação Constitucional: RCL 8222. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de outubro de 2013. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 25 de outubro de 2013. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=179525388&ext=.pdf.Acesso em 20 de agosto de 2022.

LGPD E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ALGUNS DESAFIOS

Thomaz Carneiro Drumond[25]

RESUMO

O artigo traça breve histórico sobre a legislação da proteção de dados pessoais no mundo e demonstra como a assimilação da necessidade da proteção de dados passa, primeiro, por uma mudança cultural na percepção da privacidade. Revela também alguns institutos próprios da proteção de dados e principais desafios que são e ainda serão enfrentados na implantação da LGPD no setor público.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados, LGPD, desafios, setor público. Cultura de privacidade.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos na sociedade hiperconectada, com uma circulação inimaginável de dados pessoais. Hoje, a informação é o elemento principal para desenvolvimento social e econômico, razão pela qual são utilizados

25. Procurador do Estado do Acre. Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial. Graduado pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Pós-graduado em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Advogado Sócio de Drumond Leitão Torres Advogados.

termos como “sociedade da informação” e “economia da informação” para qualificar o momento coletivo em que vivemos.

Os países europeus já se preocupam com a proteção de dados pessoais há décadas, sendo a lei de Hesse, na Alemanha, de 1970, a primeira legislação para a proteção de dados pessoais. O Brasil lançou luzes específicas ao tema somente por volta dos anos 2010, culminando os estudos na promulgação da Lei n. 13.709/2018, com vigência a partir 2020, que tem como objetivo dispor sobre o tratamento de dados pessoais por pessoas naturais ou por pessoas jurídicas de direito público ou privado, além de pretender proteger os direitos fundamentais de privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural.

Embora tenha havido relevante evolução doutrinária e jurisprudencial, passados quase dois anos desde o início da vigência muito ainda há de ser feito para que a população brasileira compreenda a necessidade de uma virada cultural para a efetiva proteção de dados, inclusive nas questões mais comezinhas.

É urgente, também, que o Poder Público assimile a necessidade de proteção de dados e que estimule de uma nova forma de tratar os dados pessoais. E, quando se diz Poder Público, devemos nos lembrar que a administração pública é uma ficção formada por pessoas naturais, em cargos e funções públicas, sendo estes agentes os protagonistas dessa mudança cultural, especialmente porque também possuem a missão de proteger dados pessoais dos cidadãos, de forma proativa. Afinal, é o Estado, lato sensu, quem detém um dos maiores – senão o maior – banco

de dados pessoais dos cidadão que residem no Brasil, catalogados em órgãos públicos e delegatários, literalmente, desde o nascimento até a morte dos destinatários da norma: a pessoa natural.

Lado outro, não se pode ignorar que estes mesmos agente públicos têm o dever de atuar com a maior transparência e publicidade possíveis. Então, surgem diariamente aparentes e verdadeiros conflitos que geram insegurança sobre como conferir proteção aos dados, ao tempo em que a publicidade também merece prestígio.

A implantação das regras e princípios da LGPD ao setor público já é um desafio porque se trata da "imposição" de uma nova cultura aos milhões de servidores públicos, investimento na conformidade por milhares de órgãos públicos, com reformulação de sistemas, processos e procedimentos, novas contratações com a natural burocracia e revisão dos próprios contratos. Some-se a isso o necessário cuidado com dados sensíveis como as informações de saúde e demais dados pessoais tratados pela Administração.

Justamente por tais motivos é que os desafios de se atender aos ditames da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais elevam-se sobremaneira ao pensamos na sua aplicação ao Poder Público.

2. BREVE HISTÓRICO

O estudo da proteção de dados pessoais revela conceitos e institutos que lhe são próprios ou assumem maior relevância, a exemplo de

termos como *autodeterminação informativa* ou *assimetria informacional*. O estudo das origens e fontes materiais da proteção de dados no mundo é crucial para melhor entendimento das peculiaridades do tema, servirá de suporte para assimilação dos conceitos, e será útil à compreensão da necessidade de um choque de cultura para que a lei de proteção de dados pessoais não se torne uma mera "folha de papel".

Há duas fontes legislativas principais a serem destacadas: as origens europeia e americana da legislação de proteção de dados. Foi na Alemanha a primeira legislação local de proteção de dados (Lei de Hesse, de 1970), ocorrendo somente em 1977 a edição de uma lei federal sobre o tema, a *Bundesdatenchutzgesetz*. Em 1973, a Suécia editou o *Data Legen 289* (Datalog). Nos Estados Unidos, surgiu o *Privacy Act* (Lei da Privacidade) em 1974. Estas lei são conhecidas como integrantes da primeira geração das normas protetivas de dados conforme detalha a doutrina[26]. Danilo Doneda[27] contextualiza o momento de criação destas leis:

> Estas leis propunham-se a regular um cenário no qual centros de tratamento de dados, de grande porte, concentrariam a coleta e a gestão dos dados pessoais. O núcleo destas leis era a concessão de autorizações para a criação destes bancos de dados e do seu controle a posteriori por órgãos públicos. Estas leis também enfatizavam o controle do uso de informações pessoais pelo Estado e pelas suas estruturas administrativas, que eram o destinatário principal (se não os únicos) destas normas. Esta primeira geração de leis segue aproximadamente

[26] DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, ebook, p. 158.
[27] Ibid., p. 158.

> até a *Bundesdatenschutzgesetz*, a lei federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais, de 1977.

Posteriormente, uma segunda geração de leis surgiu, a exemplo da *Informatique et Libertés*, em 1978, na França, que deixou de focar nos bancos de dados informatizados e na tecnologia e passou a lançar luzes na privacidade e proteção de dados como uma liberdade negativa. Percebeu-se que o uso e o fluxo de informações pessoais se tornaram requisitos para o exercício de liberdades junto ao Estado e junto aos particulares, ou seja, o trânsitos dos dados pessoais se tornou indispensável para a mera convivência em sociedade[28].

Uma terceira geração também é considerada, a partir da legislação criada nos anos 1980 com foco evolução da proteção do cidadão e sua liberdade de fornecimento ou não de dados, momento em que se iniciam as discussões sobre a *liberdade de uso dos dados* a partir da autodeterminação informativa.

Nesse momento, o pioneirismo alemão na proteção de dados é mais uma vez revelado pelo famoso julgamento da Lei do Censo (*Volkszählungsurteil*), em 15.12.1983, pelo Tribunal Constitucional Alemão, diante de um contexto de abundante coleta de dados, conforme as lições de Rony Vainzof[29]:

---

[28] Ibid., p. 168.

[29] VAINZOF, Rony, Capítulo I – Disposições Preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 30.

> Referida decisão foi paradigmática, inclusive internacionalmente, pois estabeleceu um marco mundial da proteção de dados pessoais, consagrando o conceito, ora fundamento da LGPD, da **autodeterminação informativa**, conforme trecho extraído do julgado germânico: "aquele que, com segurança suficiente, não pode vislumbrar quais informações pessoais a si relacionadas existem em áreas determinadas de seu meio social, e aquele que não pode estimar em certa medida qual o conhecimento que um possível interlocutor tenha da sua pessoa, pode ter sua liberdade consideravelmente tolhida.

Mais recentemente, foi promulgado o Regulamento 2016/679 (*General Data Protection Regulation - GDPR*), ou Regulamento Geral de Proteção de Dados, em tradução livre, um importantíssimo instrumento que demonstra a evolução do tema na União Europeia, trazendo maior segurança jurídica às interpretações sobre a temática. Trouxe à lume a tutela da privacidade do cidadão em cenário mundial, penalidades, além de prever hipóteses legais para tratamento lícito dos dados pessoais.[30]

Inspirada na GDPR, o Brasil publicou em agosto de 2018 a Lei n. 13.709/2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Na verdade, as discussões sobre a criação de uma lei protetiva no país teve início por volta de 2010, e houve aceleração do debate e votação da legislação por várias razões, dentre elas a necessidade de criação da lei como requisito para transferência internacional de dados pessoais[31], e a

---

[30] TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Lei geral de proteção de dados pessoais: comentada artigo por artigo. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p 22-23.
[31] Ibid., p. 28.

exigência para que o Brasil pudesse atender a um dos requisitos da tutela desses dados para pleitear ingresso na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)[32], entidade da qual o Brasil há anos tenta ser membro.

3. CULTURA, FUNDAMENTOS E PRINCIPIOLOGIA

3.1 Proteção de dados no Brasil: mais do que um dever legal, uma questão cultural

A doutrina já defendia que o direito à proteção de dados pessoais seria direito fundamental inserido dentre os direitos da personalidade, extraídos do direito à privacidade, liberdade de consciência e à honra, expressos na Constituição Federal no art. 5º, VI e X[33]. Em 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a autonomia dos direitos à proteção de dados e à autodeterminação informativa no histórico julgamento da ADI 6393, de Relatoria da ministra Rosa Weber. Em fevereiro de 2020, a Emenda Constitucional 115/2022 inseriu o inciso LXXIX no art. 5º, dispondo que "*é*

[32] POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. **Ingresso do Brasil na OCDE e padrões em matéria digital**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-07/polido-ingresso-brasil-ocde-padroes-conformidade>. Acesso em: 3 jun. 2022.

[33] MARTINS, Ricardo Marcondes. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e direito administrativo: questões polêmicas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. LGPD & administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 18.

assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais".

Porém, muito além das normas jurídicas, é necessário que o cidadão perceba que os nossos dados, *e das demais pessoas à nossa volta*, merecem um comportamento ativo de proteção. Segundo o art. 5º, I, da LGPD, dado pessoal é a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Tudo que identifica uma pessoa, ou possa, de alguma forma até mesmo indireta, identificá-la. Além do nome ou número de documento de identidade ou CPF, abrange quaisquer outras informações como e-mail, números de registros em quaisquer outros órgãos, informações sobre saúde e doenças, vida sexual, genética, biometria etc.

Há uma aparente sensação de banalização dos dados, os quais são entregues a terceiros sem quaisquer critério ou sendo crítico de qual será seu uso, provavelmente porque já seriam públicos.

Andriei Gutierrez[34] é preciso em suas lições sobre o tema:

> E aqui identifico dois grandes desafios. O primeiro diz respeito a uma mudança cultural, de maior conscientização sobre a importância da privacidade e dos riscos associados à manutenção de comportamentos não preventivos. Caso o leitor tenha se identificado aqui, sim, refiro-me à maneira como damos nossos dados, fazemos cadastros em lojas e farmácias, aceitamos que coletem e tratem nossas informações sem ao menos perguntar qual a finalidade e se tantos dados são necessários para tal. A maneira como interagimos nas redes sociais etc. O titular do dado é e deve ser o primeiro pilar de proteção à privacidade. Campanhas

[34] GUTIERREZ, Andriei, Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 438.

> públicas, de comunicação e iniciativas de educação com a população sobre o tema são, sem dúvidas, um campo necessário de atuação. A Autoridade teria um papel fundamental de órgão ativo de promoção de iniciativas e parcerias com entidades da sociedade civil e do setor privado nessa área.

Dissertando sobre o poder público, o autor complementa sobre a necessidade de mudança cultural também neste setor[35]:

> Outro grande desafio diz respeito à mudança de cultura corporativa e organizacional. Não é difícil identificar que há pouquíssimo grau de preocupação ou cuidado com segurança e governança da informação nas organizações brasileiras – e incluo aqui também o Poder Público. A mudança dessa cultura corporativa deve ser um aspecto primordial para a futura ANPD. Diferentemente de países europeus que têm suas leis de proteção de dados pessoais que remontam décadas, nossas organizações ainda precisam ser educadas, reorganizadas e treinadas para trabalhar sob novos critérios. Caso contrário, teremos uma lei inócua e sem eficácia ou uma autoridade extremamente punitiva e, assim, prejudicial ao desenvolvimento das tão necessárias inovações baseadas em dados que o País necessita e que os consumidores almejam.

É fundamental a implantação de uma cultura de privacidade. Assim como ocorre nas implantações de programas de *compliance*, não bastam apenas adequações formais para que a corporação possa dizer que se adequou à legislação. É por isso que se percebe que a efetividade de um programa de conformidade depende do comprometimento da alta administração (*tone at the top*), um envolvimento e exemplo dos cargos mais altos daquela empresa ou instituição.

[35] Ibid., p. 439.

O mesmo se aplica à assimilação da LGDP. Não bastam cartazes na parede indicando textos legais ou orientações setorizadas sobre a indispensabilidade de cumprimento das normas de proteção de dados. Mais do que isso, é imprescindível o amadurecimento e compreensão da necessidade de uma atuação ativa na proteção dos dados nos cargos que tratem de dados pessoais, desde a mais alta instância nos órgãos públicos. Como será explicitado mais à frente, este novo comportamento perpassa por cuidados simples como o desligamento de monitores quando o servidor sair de uma sala para evitar a exibição dados pessoais próprios ou de terceiros na tela. Ou, ainda, fechar autos de processos administrativos físicos e guarda-los na gaveta, quando possuir dados pessoais sensíveis[36] – os quais merecem maior proteção ainda – como os relacionados à saúde, evitando que terceiros tenham acesso em proativa proteção dos dados pessoais dos cidadãos.

Este é, sem dúvida, o primeiro desafio a ser vencido.

3.2. Autodeterminação Informativa e o Livre desenvolvimento da Pessoa Natural.

A autodeterminação informativa é um princípio expresso na no art. 2º, II da LGPD, e pode ser conceituado como o poder do indivíduo em saber, com precisão, como e quais seus dados pessoais estão sendo utilizados e

[36] Art. 5º da LGPD:
(...) 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;

com quais finalidades e, diante de tais informações, poder decidir sobre fornecê-los, interromper seu fornecimento, solicitar a interrupção do uso dos dados, ou até mesmo solicitar exclusão completa. Historicamente, embora já se tivesse notícia de sua conceituação no direito norte-americano[37], foi no paradigmático Julgamento do Censo pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1983 que houve seu destaque e reconhecimento de sua autonomia.

Trata-se de um direito da personalidade que compreende a liberdade de o indivíduo em ter controle sobre suas informações pessoais e a possibilidade de uma tomada decisão sobre o destino dos dados. Assim como outras liberdades, a liberdade deste controle de seus dados deve ser "*entendida como possibilidade de definir o próprio destino – é o atributo essencial da condição humana, que nos une e iguala numa empreitada coletiva*"[38].

O livre desenvolvimento da pessoa natural tem estrita relação com a autodeterminação informativa, na medida em que o ser humano deve ter o controle de seus dados e de sua exposição, inclusive de sua filosofia de vida, questões políticas e sexualidade, em uma tutela da dignidade humana. Dessa forma, torna-se possível "a construção da individualidade e o livre

[37] DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, ebook, p. 160.
[38] BINENMOJM, Gustavo. Liberdade igual: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p 14.

desenvolvimento da personalidade sem a pressão de mecanismos de controle social."[39]

Nas palavras de Bruno Bioni[40]:

> A LGPD internaliza tal orientação constitucional. As suas disposições preliminares enunciam que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como objetivo proteger os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade (art. 1º), repetindo-os como um dos seus fundamentos ao lado do desenvolvimento econômico-tecnológico e da inovação (art. 2º). A LGPD estabelece, portanto, uma dialética normativa de conciliação entre todos esses elementos.
> O principal vetor para alcançar tal objetivo é franquear ao cidadão controle sobre seus dados pessoais. Essa estratégia vai além do consentimento do titular dos dados, pelo qual ele autorizaria o seu uso. Tão importante quanto esse elemento volitivo é assegurar que o fluxo informacional atenda às suas legítimas expectativas e, sobretudo, não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Estes são dois dos principais fundamentos elencados no art. 2º da LGPD, a partir dos quais se originam uma miríade de direitos ao cidadão, especialmente destacados nos artigos 17 e 18 da lei.

3.3. Identificação do Setor Público

O art. 1º da LGPD dispõe acerca de sua aplicação para tratamento de dados por pessoa jurídica de direito público ou privado. O parágrafo

[39] DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, ebook, p. 96.
[40] BIONI, Bruno Ricardo. ***Proteção de dados pessoais***: a ***função*** e os ***limites*** do ***consentimento***. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 109-110

único do art. 1º transparece de início a aplicação ao setor público ao dispor que "*as normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*."

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

Assim consta do parágrafo único do mesmo artigo:

> Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:
> I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;
> II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Devemos rememorar que as referidas pessoas jurídicas, a depender da atividade exercida, poderão se enquadrar em regime de prestação de serviço público ou em atividade concorrencial nos termos do art. 173 da Constituição Federal, razão pela qual estas poderão, eventualmente, ter o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, conforme relembra Angela Mario Rosso[41]:

---

[41] **ROSSO, Angela Maria. LGPD e setor público: aspectos gerais e desafios - Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/300585/lgpd-e-setor-publico--aspectos-gerais-e-desafios>. Acesso em: 3 jun. 2022.

> Fazemos aqui um importante ressalva ao enquadramento de algumas entidades referidas no inciso II, Parágrafo Único da LAI, pois, estas, devido a sua natureza jurídica deverão transitar entre os capítulos II e IV da LGPD a depender da atividade que desempenham ao tratar os dados. Em outras palavras, a finalidade a que está vinculado determinado tratamento dos dados pessoais - se em regime de mercado, concorrencial, ou se para a consecução de políticas públicas - é que determinará se o ente deve atender aos requisitos exigidos para o setor privado ou para o setor público previstos na LGPD. Esta é a prescrição do art. 24 da LGPD ao determinar que empresas públicas e sociedades de economia mista por estarem sob a égide de um regime especial (ou misto) deverão se adequar a depender do caso concreto: se atuarem de acordo com os requisitos do art. 173, CF4 - explorando atividade econômica - devem atuar em conformidade com Capítulo II da LGPD; já nos casos em que a finalidade do tratamento for a persecução do interesse público deverão atender o Capítulo IV.

As hipóteses autorizativas de tratamento de dados constam no art. 7º da LGPD. No caso do setor público, o inciso III prevê que o tratamento de dados pela administração pública somente será lícito se tiver como objetivo o tratamento e uso compartilhado de dados **necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres**. Trata-se de requisito umbilicalmente ligado aos 2 (dois) outros previstos no art. 23 da mesma lei, atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público" e "com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público".[42]

3.4. Relação assimétrica entre poder público e cidadão

[42] Ibid.

O enorme acervo de dados pessoais detidos pelo pela administração pública, aliado a seu poder de império para realizar as políticas públicas, revela uma relação assimétrica de poder que o Estado detém sobre o cidadão, que merece ter sua vulnerabilidade reconhecida. É natural que o Poder Público contenha em seu acervo um enorme banco de dados sobre os cidadãos colhidos desde o nascimento e até mesmo após o óbito, como informações sobre saúde, educação, gastos, informações colhidas em *wi-fi* público ou até mesmo geolocalização em aplicativos de celular.

Essa relação assimétrica mereceu especial cuidado da LGPD quando dispôs especificamente sobre o Poder Público na LGPD, a fim de tentar *reequilibrar* a relação e arrefecer a voracidade da coleta de dados com normas específicas.

4. ALGUNS DESAFIOS

Sem pretensão de esgotar o tema, neste ponto serão abordadas algumas situações desafiadoras para adoção ou implantação pelo Poder Público, especialmente em razão da quantidade de dados envolvidos, do elevado número de pessoas e de diferentes contextos, além das peculiaridades existentes em razão da necessidade de adoção respeito de outras obrigações legais.

4.1. O Encarregado no Setor

Um dos mais importantes personagens e protagonistas na aplicação e conformidade com a LGPD é o Encarregado (ou Data Protection Officer – DPO), conceituado no art. 5º, VIII, da lei, como "pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)", podendo ser pessoa natural ou jurídica.

Originalmente, a redação previa a exigência de o encarregado ser "pessoa natural, indicada pelo controlador", tendo sido o texto legal modificado "pessoa indicada pelo controlador" (MP 869 de 2018) e, mais recentemente, consolidando o dispositivo em "pessoa indicada pelo controlador e operador" (Lei n. 13.853 de 2019).Tal mudança permitiu que o Encarregado fosse pessoa natural ou jurídica. Todavia, a atribuição da função de encarregado de dados à pessoa jurídica deve ser analisada com bastante prudência em razão das peculiaridades do tema quanto ao setor público, o que não é objeto deste estudo.

Muito mais do que mero canal de comunicação entre o controlador e a ANPD, o art. 41, § 2º, da LEI prevê que o Encarregado tem funções como (i) aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências, (ii) receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências, (iii) orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em

relação à proteção de dados pessoais, e (iv) executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

Embora o setor privado já tenha logrado êxito em estabelecer alguns padrões e formas de implantação da figura do Encarregado, inclusive com a comum contratação de empresas especializadas, não há como realizar mera cópia desse sistema no poder público. Se as dificuldades do setor privado são tamanhas, muito maiores são as do Poder Público em razão de todo o contexto apresentado até aqui.

Como bem apontado por Rodrigo Dias de Pinho Gomes e Rafael A. F. Zanatta43, a administração pública não pode simplesmente terceirizar tal serviço ou paralisar suas atividades para adequar-se à LGPD, ampliando a dificuldade:

Há ainda um desafio adicional na jornada de adequação à LGPD: todas as tarefas acima elencadas devem ser coordenadas em pleno funcionamento e operação das atividades desenvolvidas pelo agente de tratamento, algo que o jargão popular denomina "trocar o pneu com o carro andando". Ora, não se espera que uma organização, pública ou privada, simplesmente interrompa as suas atividades para se dedicar exclusivamente ao projeto de adequação.

[43] GOMES, Rodrigo Dias de Pinho; ZANATTA, Rafael A. F. **Notas sobre o encarregado de dados no setor público - Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/348961/notas-sobre-o-encarregado-de-dados-no-setor-publico>. Acesso em: 2 jun. 2022.

Nesse contexto, o primeiro entrave é identificar, no setor público, quem poderá ser o encarregado de dados. E mais, se será apenas um por cada ente político, ou um para a administração direta e outro para cada pessoa jurídica da administração indireta. Há, ainda, dúvidas sobre a composição singular ou colegiada.

No artigo precitado44, Rodrigo Dias de Pinho Gomes e Rafael A. F. Zanatta apontam exemplos no país que refletem a heterogeneidade das soluções adotadas. Segundo os autores, o Ministério Público do Estado de São Paulo nomeou seu Ouvidor como encarregado, conforme Resolução 1.299/2021. Por outro lado, revelam que alguns órgãos adotaram estruturas colegiadas, como a Defensoria Pública do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, há notícia em seu site45 indicando que a função de Encarregado será também realizada por órgão colegiado, composto por 5 magistrados entre juízes e desembargadores. O Tribunal de Contas de União também atribuiu tal função para a Ouvidoria em sua PORTARIA-TCU Nº 142, de 25 de setembro de 202046. No site47 da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina também consta uma

---

[44] Ibid.

[45] **Portarias instituem órgão Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais do PJ de São Paulo e sua composição**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=10946>. Acesso em: 5 jun. 2022.

[46]https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E74BB416D0174D538FD934282&inline=1

[47] **Encarregado pelo tratamento de dados pessoais – PGE – Procuradoria Geral do Estado**. Disponível em: <https://www.pge.sc.gov.br/dpo/>. Acesso em: 5 jun. 2022.

procuradora do Estado exercendo a função de Encarregada, de forma singular.

Como bem rememora Fabrício da Mota Alves[48], fato é que a indicação de um Encarregado é condição inafastável para o tratamento de dados conforme se verifica da leitura do caput do art. 23 e do inciso III, cumulado com o art. 41 da LGPD:

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

III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei; e

> (...)
> Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

O autor aponta outras importantes questões desafiadoras[49] ao Poder Público ao indicar quem assumir a função de encarregado como:

---

[48] ALVES, Fabrício da Mota. Estruturação do cargo de DPO em entes públicos. In: BLUM, Renato Opice; VAINZOF, Rony; MORAES, Henrique Fabretti (Coords.). *Data Protection Officer (Encarregado)*: teoria e prática de acordo com a LGPD e o GDPR. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 528

[49] Ibid., p. 532-540.

(i) requisitos e habilidades recomendáveis para o exercício da função, como conhecimentos da legislação protetiva de dados, boa comunicação e relacionamento interpessoal;

(ii) Necessidade ou não de o encarregado ser escolhido dentre servidores em desempenho de cargos com estabilidade, diante da necessidade de certa independência, o que dificultaria o exercício por servidores demissíveis ad nutum;

(iii) Possíveis conflitos de interesse;

(iv) Indicação de um mesmo DPO para vários órgãos públicos

(v) Dedicação exclusiva;

(vi) Atribuições, limites administrativos e desvio de função

Certamente, embora seja possível prever os inúmeros desafios da implantação e operacionalização desta função, somente na prática será perceberemos qual o melhor modelo a ser adotado em cada ente.

4.2 Tela Limpa/Mesa Limpa

Uma conduta diretamente ligada à assimilação da cultura de privacidade é a adoção da chamada política tela limpa e mesa lima. Essa política, baseada na ISO 27001, constitui a adoção de boas práticas de segurança para proteger informações pessoais que transitam fisicamente por mesas ou digitalmente por telas de computador ou outro recurso tecnológico.

Aplicando-se à proteção de dados pessoais, a ideia é que nenhuma informação que seja considerada dado pessoal pode ter sua manipulação descuidada a ponto de que terceiros, que não atuem no tratamento, tenham acesso indevido àqueles dados. Ou seja, são boas práticas para que ativamente haja um controle dos dados tratados, em simples condutas para que, por exemplo, uma saída rápida da área de trabalho agente público não permita o acesso indevido a dados pessoais.

No setor público, é fácil vislumbrar exemplos. No cotidiano de quem trabalha com saúde, é rotineiro que haja computadores em área internas ou de acesso ao público com telas expostas e de fácil visualização. O mesmo pode ocorrer com documentos de prontuário ou fichas de atendimento, que acidentalmente podem ficar expostas a terceiros. Em caso de breve saída do servidor do posto de trabalho, eleva-se sobremaneira o risco de aqueles dados pessoais ficarem desprotegidos.

A política de mesa limpa e tela limpa preceitua condutas proativas de proteção de dados pessoais para minimizar riscos de vazamentos de dados, especialmente os sensíveis. Existem algumas condutas simples que devem ser adotadas, tais como: não deixar à mostra monitores ao manipular dados pessoais; não deixar crachás à mesa; guardar documentos e processos físicos em gavetas com trancas, sem deixa-los na mesa; uso de senhas em computadores para bloqueio de tela ao sair do posto de trabalho; não deixar senhas em anotações na mesa ou no monitor (ou em adesivos *post it*); restrição de impressões e às exportações de bancos de dados; evitar o uso de papel e rascunhos que contenham dados pessoais, devendo ser

descartados de imediato; descarte de informações tomadas e prestadas em reuniões e que possam acarretar risco de vazamento; ao sair por curtos períodos ou ao final do expediente, guardar todos os papeis que possam acarretar riscos de exposições de dados pessoais, desligando a tela e o computador, se for o caso.

Muitos servidores podem encarar as condutas como desnecessárias ou exageradas. Todavia, com treinamentos e assimilação de uma cultura de privacidade, tais rotinas terão implantação de forma natural e menos desafiadora.

4.3. O Estado como Contratante. O estado Como Prestador de Serviços. Dados Escolares e Benefícios Sociais, dentre outros.

Com o exposto até o momento, se torna mais fácil perceber que a administração pública em sua voraz coleta de dados, necessários para exercer seu mister e políticas pública, encontra inúmeros desafios na busca pela conformidade com a lei de proteção de dados pessoais. Em cunhos práticos, podemos antever a necessidade de o Estado, enquanto contratante, readequar os contratos em licitações, editais, o método de armazenamento desses dados etc.

Da mesma forma, no cotidiano da prestação de serviços inúmeros dados transitam pelas mãos de servidores públicos, devendo ser redobrada a atenção quando se tratarem de dados sensíveis. O mesmo tratamento de dados pode ocorrer nos casos de transferência de dados pessoais sob tutela

da Administração Pública para empresas privadas nos casos de execução descentralizada da atividade pública, conforme art. 26, § 1º, I e V, da LGPD. Disso se extrai que o particular que contrata com o ente público para prestar serviços sujeita-se aos ditames da LGPD independentemente da precariedade ou do tipo de vínculo assumido[50].

Para além, uma imensidão de dados encontram-se catalogados nos bancos de dados que controlam dados escolares e de benefícios sociais à população, ou até mesmo os dados tutelados pelo Sistema Único de Saúde, notavelmente sensíveis e que precisam ter cuidado especial.

4.4 LGPD vs. Lei de Acesso à informação

Um dos maiores desafios é a compatibilização entre as restrições impostas pela LGPD e o dever de transparência e publicidade no setor público. Em outras palavras, vemos que há aparente conflito entre a intimidade e a publicidade, embate que não é novo no direito brasileiro.

Sem maiores digressões sobre o tema, que merece um trabalho próprio para seu adequado desenvolvimento, é preciso defender a compatibilidade das normas em razão de atuarem em campos complementares.

[50] SCHRAMM, Fernanda Santos. *A responsabilidade dos terceiros contratados pela administração pública pelo manuseio de dados pessoais.* In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. LGPD & administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 796.

De um lado, a Lei de Acesso à Informação (LAI - Lei n. 12.527 de 2011) dispõe em seu art. 3º os procedimentos nela previstos "*destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública*", indicando em seus incisos as diretrizes as seguintes diretrizes a serem seguidas como a (i) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, e a (ii) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações.

Por outro lado, o art. 2º da LGPD trouxe como fundamentos no art. 2º o respeito à privacidade, inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

Logo se percebe que a LGPD parece restringir os limites da Lei de Acesso à Informação, expondo a lei protetiva em seu art. 23 que o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público deverá ser realizado para **o atendimento de sua finalidade pública**, **na persecução do interesse público**, **com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público**, desde que sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos.

Nas palavras de Fernando Augusto Martins Canhadas, seriam estes os requisitos para que as pessoas de direito publico estejam autorizadas a

tratar os dados pessoais sem desatender à Lei de Acesso à informação, "*sempre levando em consideração a finalidade pública e a persecução do interesse público envoltos no contexto de transparência administrativa*"[51].

Ou seja, a publicidade deve ser a regra, *limitada* apenas em casos em que o fornecimento os dados pessoais não sejam indispensáveis para se atingir a finalidade da transparência. Isso não quer dizer que haja uma restrição total à publicidade em casos em que existam dados pessoais restritos, mas apenas a adequação à "quantidade" de informação fornecida, ou métodos de sua apresentação.

A partir do estudo de julgamentos no Supremo Tribunal Federal de casos que tratavam acerca divulgação das remunerações dos servidores públicos, o Fernando Canhadas aperfeiçoou, a partir do método de sopesamento de Robert Alexy, 3 passos para se avaliar conflitos entre a LAI e a LGPD, a partir do caso prático dos vencimentos dos servidores em que se apura a existência de colisão entre princípios:

> 1º Passo: A verificação da adequação da medida protetiva da transparência em face da LGPD; a partir de uma mera relação de nexo, verificar-se-á se a medida atende a finalidade de publicizar as despesas públicas.
>
> 2º Passo: A verificação da necessidade da medida de divulgação de vencimentos; havendo mais de uma medida a ser tomada para a transparência, deve-se optar pela mais

[51] CANHADAS, Fernando Augusto Martins. *A Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados: a transparência proibida*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. LGPD & administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 429.

> eficiente e menos restritiva de direitos fundamentais. Sendo a única, deve ser a escolhida.
>
> 3º Passo: A verificação proporcionalidade em sentido estrito na divulgação dos vencimentos: a transparência proibida; verificação se a vantagem da medida adotada (eficácia) supera a desvantagem sofrida pelos demais direitos (restrição).

Embora o citado autor[52] defenda o acerto das decisões à época, reflete que:

> fosse a mesma questão reapresentada ao Poder Judiciário agora, já sob a égide da LGPD, provavelmente teríamos um resultado diferente. Não no sentido de se afastar a obrigatoriedade de divulgação de vencimentos, mas no sentido de se impor medida mitigatória da restrição à intimidade, qual seja, **a determinação para que não se mencione o nome do funcionário público atrelado á informação de valores recebidos**.

Há várias outras situações em que a compatibilidade de publicidade é obtida sem violar direitos individuais. A título de exemplo, é possível se obter a partir da LAI as informações de quantos alunos em tal escola possuem determinada idade, ou estão matriculados e repetiram de ano. Todavia, a informação precisa de seus nomes e demais dados de identificação parecem violar a lei protetiva de dados na medida em que ultrapassam a necessidade, salvo se for medida justificada para alguma medida individual ou alguma política prevista nos termos do art. 23 da LGPD.

[52] Ibid., p. 441.

Lado outro, nada impede que, com base na própria LGPD, em tutela de seus próprios direitos, os pais dos mesmos alunos obtenham informações pessoais sobre seus dados, notas, e demais informações pessoais. São situações complementares, com interesses e tutelas diferentes.

Na área da saúde parece haver a mesma situação. O sigilo aos prontuários e a vedação de acesso às informações sensíveis por terceiros não são afastados pela LAI, mas com base nesta lei podem ser requeridas informações para fins estatísticos ou outra questão autorizada, a fim de eventual controle social, e sem que haja a individualização ou que aquela informação identifique ou torne identificável a pessoa titular dos dados, afastando-se a violação a dados pessoais sensíveis, por exemplo.

Atingir este meio termo talvez seja o maior desafio neste conflito.

4.5 Privacy by Design e Privacy by Default

O termo *Privacy by Desing* (PbD), também chamado de Privacidade na Concepção, é expressão cunhada pela canadense Ann Cavoukian a partir da percepção de que o aumento desenfreado da coleta de dados não seria contido por simples edição de leis, sendo indispensável estimular que as empresas e instituições criassem produtos e condutas focados na privacidade desde sua concepção.[53] Em outras palavras, a

[53] JIMENE, Camila do Vale. *Capítulo VII, Da Segurança e das Boas Práticas*. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 362.

privacidade deve ser o ponto de partida da concepção de qualquer produto ou serviço.

Aliado ao conceito de *Privacy by Design* também surge a ideia do *Privacy by Default*, partindo-se o princípio de que o maior nível de restrição de coleta de dados deve ser padrão e automático em todos os projetos desenvolvidos. Sobre o tema, os ensinamentos de Cíntia Rosa Pereira Lima e Bruno Ricardo Bioni[54]:

> Nesse caso em específico, considera-se que o próprio produto ou serviço deve ser arquitetado de forma condizente a proteger as informações pessoais de seus usuários. Vale dizer que a *privacy by default* é, apenas, um dos diversos tipos de abordagem propiciadas pelo *privacy by design*, a qual consiste como, a própria terminologia induz, em considerar a privacidade como um elemento condutor na fase de projeção e desenvolvimento de produtos e serviços. Anonimização das informações pessoais, sistemas de notificação em torno de bases de dados, auditorias e muitas outras práticas são exemplos de como a tecnologia em sua fase de concepção pode ser coerente com a proteção da privacidade dos usuários. […]. Especificamente, por meio de uma tradução literal do termo default, as aplicações deveriam ter um padrão que, automaticamente, implementaria tal proteção.

Foi inspirada nesta ideia que Ann Cavoukian publicou em 2009 o artigo "*Privacy by Design: The 7 Foundational Principles –*

[54] LIMA, Cíntia Rosa Pereira. BIONI, Bruno Ricardo. *A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a partir da human computes interaction e da privacy by default*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Pereira de (Coord.). Direito & Internet III: Marco Civil da Internet: Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015. t. I. p. 277-278.

Implementation and Mapping of Fair Information Practices"[55], contendo 7 princípios fundantes do *Privacy by Design*, em tradução livre:

> 1. Proativo, e não reativo; preventivo, e não corretivo;
> 2. Privacidade como padrão;
> 3. Privacidade incorporada ao design;
> 4. Funcionalidade total
> 5. Segurança de ponta a ponta e proteção durante todo o ciclo de vida dos dados
> 6. Visibilidade e transparência
> 7. Respeito pela privacidade do usuário

Diante desse quadro, percebe-se que a Administração Pública precisa se reinventar, realizar novos métodos, processos, procedimentos e reformulação de sistemas, além de focar na privacidade quando realizar a produção ou contratação de novos *softwares* de computador para realizar seu propósito.

4.6. Base Legada

As bases legadas constituem os bancos de dados existentes e constituídos antes da edição da Lei Geral de Proteção de Dados e, por tal motivo, estão potencialmente em desacordo com a legislação protetiva.

O fato de o art. 5º, X, da LGPD conceituar tratamento como "*tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso,*

[55] CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design. The 7 Foundational Principles*. Disponível em: [https://iab.org/wp-content/IAB-uploads/2011/03/fred_carter.pdf]. Acesso em: 04.06.2022.

reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração", faz com que a lei protetiva tenha incidência inclusive sobre os bancos de dados antigos, o que é um enorme desafio para o poder público a eventual correção de todo esse arquivo do passado.

Pensando nisso, a LGPD trata no art. 63 que "*a autoridade nacional estabelecerá normas sobre a* ***adequação progressiva de bancos de dados constituídos até a data de entrada em vigor desta Lei****, consideradas a complexidade das operações de tratamento e a natureza dos dados*."

Ou seja, sendo detentor de um dos maiores banco de dados do país, controlando informações dos cidadãos há décadas, e de alguns, quiçá, há séculos, não há dúvidas emerge enorme desafio para tratar tais dados de forma protetiva, de modo a readequar seus bancos de dados antigos.

4.7. Implantação em pequenos municípios.

Embora o art. 55-J, XVIII, da LGPD, preveja procedimentos simplificados e diferenciados para as microempresas e empresas de pequeno porte e, também, para as startups ou empresas inovadoras, mediante normatização da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), não há tal previsão expressa para municípios de pequeno porte.

Os pequenos municípios, por terem em regra os menores orçamentos e não deterem em seus quadros profissionais qualificados de

tecnologia de informação, são os que possuem maiores dificuldade na busca pela conformidade pela LGPD.

Em razão das peculiaridades da implantação da norma junto ao Poder Público, conforme artigos 23 e seguintes, não seria simples a mera a aplicação análoga de preceitos simplificados e diferenciados das microempresas e as de pequeno porte, dificultando uma cópia de procedimentos ou simples adaptação do privado para o público.

Talvez, seja este um dos maiores desafios para que o país tenha sucesso na aplicação da LGPD nos mais capilarizados municípios.

5. CONCLUSÃO

Sem a pretensão de esgotar o tema, este artigo pretendeu trazer um breve esboço histórico das leis de proteção de dados no mundo, suas origens e a forma como a assimilação de uma cultura de privacidade é fundamental para que a legislação protetiva tenha eficácia e sucesso, trazendo um equilíbrio em uma sociedade em que a assimetria e voracidade de coleta de dados é tamanha, especialmente pelo Poder Público.

Pretendeu-se trazer alguns dos conceitos fundamentais do tema, como a Autodeterminação informativa e o livre desenvolvimento da pessoa natural, que são protagonistas e informam todos os demais princípios e fundamentos da LGDP.

Por fim, foram traçados alguns dos desafios que têm sido enfrentados pelo setor público no país, a fim de lançar luzes ao debate e

demonstrar que a implantação da LGPD na administração pública é bastante peculiar, não sendo suficiente que se usem modelos próprios do setor privado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fabrício da Mota. **Estruturação do cargo de DPO em entes públicos.** In: BLUM, Renato Opice; VAINZOF, Rony; MORAES, Henrique Fabretti (Coords.). Data Protection Officer (Encarregado): teoria e prática de acordo com a LGPD e o GDPR. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 523-544.

BINENMOJM, Gustavo. Liberdade igual: **o que é e por que importa**. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CANHADAS, Fernando Augusto Martins. **A Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados: a transparência proibida**. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. LGPD & administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 425-442.

DRUMOND, Thomaz Carneiro**. A exigência do compliance e programa de integridade - Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341840/a-exigencia-do-compliance-e-programa-de-integridade>.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

GOMES, Rodrigo Dias de Pinho; ZANATTA, Rafael A. F. **Notas sobre o encarregado de dados no setor público - Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/348961/notas-sobre-o-encarregado-de-dados-no-setor-publico>. Acesso em: 2 jun. 2022.

GUTIERREZ, Andriei, **Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade**. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 438.

JIMENE, Camila do Vale. **Capítulo VII, Da Segurança e das Boas Práticas**. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira. BIONI, Bruno Ricardo. **A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a partir da human computes interaction e da privacy by default**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Pereira de (Coord.). Direito & Internet III: Marco Civil da Internet: Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2015. t. I.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e direito administrativo: questões polêmicas**. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. LGPD & administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 17-31.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. **Ingresso do Brasil na OCDE e padrões em matéria digital**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-07/polido-ingresso-brasil-ocde-padroes-conformidade>. Acesso em: 3 jun. 2022.

Portarias instituem órgão Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais do PJ de São Paulo e sua composição. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=10946>. Acesso em: 5 jun. 2022.

ROSSO, Angela Maria. LGPD e setor público: aspectos gerais e desafios - Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/300585/lgpd-e-setor-publico--aspectos-gerais-e-desafios>. Acesso em: 3 jun. 2022.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **A responsabilidade dos terceiros contratados pela administração pública pelo manuseio de dados pessoais.** In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. LGPD & administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 789-803.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca**. Lei geral de proteção de dados pessoais: comentada artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

VAINZOF, Rony, **Capítulo I – Disposições Preliminares. In: MALDONADO**, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 202. p. 21-184.

A IMPORTÂNCIA DA INDEPENDÊNCIA DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Mariana Ribeiro Santiago[56]

Paulo Jorge Silva Santos[57]

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar a importância de se conceder independência e autonomia à Autoridade de Proteção de Dados Pessoais, instituição que se constitui com base para a eficácia e efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, através de sua transformação em autarquia especial federal. Para este fim, é apresentado, primeiramente, um desenho do atual contexto por que passa a sociedade e, consequentemente, a economia mundial, os quais ganharam os noveis conceito de sociedade em rede e economia da informação. Procede-se a uma análise do que venha ser

Big Data, com o intuito de sedimentar o caminho para se entender o contexto em que nasceu as leis de proteção aos dados pessoais em todo o

[56] Doutora em direito pela PUC-SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Editora-chefe da Revista *Argumentum*. Advogada.

[57] Procurador do Estado do Acre. Mestre em direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Doutorando em direito pela Universidade de Brasília – UNB. Professor do Instituto Federal do Acre. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP.

mundo, principalmente na Europa, berço das primeiras discussões e diplomas jurídicos com o objetivo de trazer proteção jurídica a privacidade no atual contexto da sociedade e economia da informação. Percorre-se a evolução dos normativos de proteção da privacidade e dados pessoais, os quais foram delineados em quatro gerações. Explica-se conceito, a função, a importância e as posterior ineficácia do papel do consentimento como instrumento único de proteção de tais direitos. Traça-se o contexto, o momento e o motivo pelo qual foi concebida a ideia de se estruturar os normativos de proteção de dados com uma instituição base de regulamentação, fiscalização e proteção integrada e efetiva desses direitos, fato que deu origem às autoridades de proteção de dados. Por fim, busca-se demonstrar a importância de dotar tais entidades de um mínimo de independência e autonomia, imperativo para que essas instituições alcancem a finalidade para a qual foram criadas. Explica a atual situação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira, órgão pertencente à estrutura da Administração Direta Federal e defende-se a sua transformação em autarquia especial federal.

PALAVRAS-CHAVE: Economia da informação; Big Data; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Independência.

1. INTRODUÇÃO.

O progresso exponencial vivido pela humanidade, ocorrido principalmente na segunda metade do século XX, trouxe, a reboque,

grandes desafios para a ciência jurídica. Estar-se referindo ao processo de disrupção causado pelas tecnologias da informação, que transformou substancialmente todas as bases da sociedade mundial. Na seara da economia, houve a transição de uma economia pautada na produção em massa de produtos e serviço para produção de informação, a qual tem como insumo principal a coleta, análise e tratamento de dados dos indivíduos em sociedade.

Bancos, empresas de seguros, planos de saúde, mercadores em geral e até o próprio Poder Público se pautam nos resultados advindos do processamento de informação para direcionarem suas ações. Chega-se a um processo em que a informação tratada gera mais informação, com uma carga valorativa maior. Bancos conseguem avaliar melhor para quem podem oferecer seus créditos, bem como o grau de risco envolvido. Empresas de seguros conseguem ter maior previsibilidade em suas ações e atuações, não obstante operarem com contratos aleatório e de risco, aumentando exponencialmente seus lucros. Planos de saúde conseguem adequar suas ações de acordo com o a clientela, direcionando e alterando os preços com base na informação gerada sobre os dados coletados de seu público. Tudo isso se constitui o atual cenário denominado big data.

Mas como fica o respeito ao ser humano, a sua privacidade e a sua intimidade? A preocupação é válida apesar de parecer superficial. Diante desse novo paradigma e de suas decorrências entra em cena o Direito, que através de seus mecanismos irá tentar encontrar o equilíbrio entre a sana irrefreável dessa nova economia que se sustenta na absorção

de dados pessoais e o direito da privacidade do titular de tais dados.

Desde o final da década de 70 a ciência jurídica tenta encontrar a melhor forma de atingir a finalidade aqui descrita. Diante de todo esforço, a última geração de leis de proteção de dados pessoais inovou a prever uma autoridade central com o a atribuição de regulamentar, fiscalizar e proteger de forma integrada e efetiva o direito de privacidade das pessoas. Para o exercício dessa função, independência e autonomia se traduzem como imperativos fundamentais para atingir essa finalidade. A Europa, berço de tais regulamento, entendeu e materializou por primeiro tais premissas.

O Brasil, seguindo a mesma trilha dos países Europeus, promulga a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD e se insere em um contexto mundial de vanguarda a respeito da proteção à privacidade. Não obstante, peca em não conceder autonomia e indecência a sua Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, fato que pode colocar em xeque a total efetividade da própria LGPD. E é exatamente o objetivo deste artigo: demonstra a importância do Brasil conceder independência e autonomia para ANPD prevista na LGPD, através de sua transformação em autarquia especial pertencente à Administração Pública Indireta Federal.

2. SOCIEDADE EM REDE E A TRANSFORMAÇÃO DA ECONOMIA MUNDIAL

A história da humanidade é marcada por diversos fatos e acontecimentos que vão moldando o desenvolvimento do homem. Alguns, todavia, em virtude de seu grande impacto causado nesse cenário de contínuo desenvolvimento, acabam por se destacar e se diferenciar dos demais fatos históricos.

A abrangência e impacto na vida do homem são de significativa densidade a ponto de causa um disrupção em sua evolução. Por disrupção entenda-se a interrupção do curso normal de um processo3. Entender o que se trata um processo de disrupção é o primeiro passo para compreender o vocábulo revolução usado pela maioria dos pesquisadores para se referir aos grandes acontecimentos da história humana que ocasionaram um salto singular, incomum e profundamente impactante no processo evolutivo do homem.

Revolução agrícola, primeira e segunda revolução industrial são exemplos de acontecimentos que causaram essa disrupção na estrutura da sociedade. A partir do momento em que o homem passou a dominar as técnicas agrícolas, deixou de ser nômade e passou a conviver com seu par, formado um núcleo social. A partir da interação social, houve a aglomeração de pessoas no mesmo espaço territorial, dando início às cidades. Não mais tardar, o acúmulo de produtos agrícolas diferenciados daria início à troca de produtos, dando origem ao comércio.

Assim como a revolução agrícola deu início a uma série de fatos sociais e históricos disruptivos, a primeira e segunda revolução industrial desempenharam o mesmo papel de destaque, mudando

totalmente o modo de ser do ser humano.

Atualmente, nossa sociedade está absorvendo as consequências da última grande revolução por que passou a humanidade: a revolução das tecnologias da informação. Conforme assinala Castells4, "o surgimento de um novo paradigma tecnológico, organizado com base na tecnologia de informação começa a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado". Esta revolução, tal como as outras que a antecederam, desencadeou um processo de disrupção em nossa sociedade, estabelecendo um novo paradigma ou um padrão de descontinuidade.

De acordo com Castells, este novo paradigma pode ser assim descrito:

> Meu ponto de partida, e não estou sozinho nesta conjetura, é que no final do século XX vivemos um desses raros intervalos na história. Um intervalo cuja característica é a transformação de nossa "cultura material" pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação[5].
> O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso[6].

Nas palavras de Christopher Freeman, apud Castells[58]:

> Um paradigma econômico e tecnológico é um agrupamento de inovações técnicas, organizacionais e administrativas inter-relacionadas cujas vantagens devem ser descobertas não apenas em uma nova gama de produtos e sistemas, mas também e sobretudo na dinâmica da estrutura dos custos relativos de todos os possíveis insumos

[58] CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede, volume I. 8. edição. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

> para a produção. Em cada novo paradigma, um insumo específico ou conjunto de insumos pode ser descrito como o "fator-chave" desse paradigma caracterizado pela queda dos custos relativos e pela disponibilidade universal. A mudança contemporânea deparadigma pode ser vista como uma transferência de uma tecnologia baseada principalmente em insumos baratos de energia para uma outra que se baseia predominantemente em insumos baratos de informação derivados do avanço da tecnologia em microeletrônica e telecomunicações.

A disrupção ou padrão de descontinuidade pode ser entendido como a característica de penetrabilidade desta revolução em todos os domínios da atividade humana. O cerne da transformação que se vivencia atualmente são as tecnologias da informação, processamento e comunicação. Dessa forma, o que caracteriza a revolução em referência não é acumulação de conhecimentos e informação, mas a aplicação destes para a produção de mais conhecimentos e de dispositivos de processamento e comunicação da informação, desenhando um ciclo em que ocorre a realimentação cumulativa da inovação ao seu uso.

Esse padrão de descontinuidade é que vem causando uma série de mudanças econômicas, sociais e culturais. Dentre as principais transformações que ensejaram esse novo paradigma, deve-se destacar a que ocorreu na área da economia, qual seja, a migração para uma economia centrada na informação8. Isso é facilmente perceptível com a ascensão de serviços financeiros, software e ciência; na atribuição de valor aos produtos por meio de marcas, em nítida manipulação de símbolos, na produção cultural, com a indústria de filmes e música e, principalmente, na manipulação de dados, notadamente os pessoais, como insumo

propulsor dessa nova engrenagem econômica[59]

A terminologia usada por Castells para denominar esse fenômeno é “sociedade em rede”. De acordo com este sociólogo:

> A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes[60]

Informacional, global e em rede são as características fundamentais e diferenciadas que molduram essa nova economia e enfatizam a sua interligação. Informacional porque a competitividade e produtividade dependem basicamente da capacidade de gerar, processar e aplicar eficientemente a informação baseada em conhecimentos. Global porque as principais atividades produtivas, seus substratos, a circulação e o consequente consumo estão dispostos em escala mundial. Em re[61]de porque a produtividade é gerada e a competitividade é feita em uma rede de interação global entre os setores empresariais.

Os avanços no setor da tecnologia da informação transformaram radicalmente o modo de viver do ser humano. Se antes, para ter acesso a

---

[59] BENKLER, Yochai. The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 15. Disponível em: <http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf> Acesso em dezembro de 2018.

[60] Ibidem, p. 13.

[61] circulação e o consequente consumo estão dispostos em escala mundial. Em rede porque a produtividade é gerada e a competitividade é feita em uma rede de interação global entre os setores empresariais

conhecimento, precisava-se ir a uma biblioteca, tendo-se que se contentar com seu limitado acervo, hoje isso é facilmente feito da própria casa, onde a pessoa, através da internet, consegue, de forma simples, acessar as mais variadas e profundas pesquisas científicas e produções literárias. O modo de se fazer entretenimento mudou. Houve uma democratização do acesso à mídia. Antes, esse acesso estava sob o monopólio das grandes empresas de mídia televisiva; hoje, qualquer pessoa pode postar um vídeo no youtube e, da noite para o dia, virar uma celebridade. Investir nas bolsas de valores mobiliários não era uma realidade palpável para outras classes afora a alta sociedade, que sequer conseguiam ser atendidas por uma corretora de valores, a qual focava suas atenções para o grande investidor. Os bons professores ou as boas universidades só poderiam ser alcanças por aqueles nasciam e se criavam nos grandes centros, tendo a oportunidade, financeira ou social, de conseguir adentrar a esses grandes centros do conhecimento; hoje, a internet possibilita o ensino à distância, democratizando a educação de ponta.

Esses são poucos exemplos de uma gama de transformações vivenciadas pela sociedade desde o começo da segunda metade do Século XX. Essa nova realidade levou à criação do conceito de onipresença ou ubiquidade dos meios informáticos.

Com o alvorecer da Revolução Industrial, inaugurou-se um modelo econômico de produção em massa, com fornecimento a baixo custo de grandes quantidades de serviços e de produtos, quase sempre padronizados. Na atual sociedade em rede, o modelo econômico assumiu

uma nova roupagem, mais flexível, dando ensejo a uma produção customizada e marketing individualizado. Nessa nova conjuntura, commodities como o ferro, petróleo, madeira, ouro, gás natural, dentre outros, vão perdendo espaço e atratividade para a informação, a qual se constitui como novo insumo dessa economia alicerçada na capacidade de prospectar, obter, tratar, gerenciar e lapidar dados.

3. BIG DATA

Atualmente, a assertiva que está em constante evidência é a que afirma que os dados são o novo petróleo ou o combustível que impulsiona a economia do Século XXI[62]

Para se referir a esse cenário, utiliza-se muito o termo big data. Dessa forma, necessário compreender o seu significado. De acordo com Rodrigo Gomes[63]

O professor Viktor Mayer-Schonberger da Universidade Oxford conceitua o termo como:

> Big data refers to things one can do at a large scale that cannot be done at a smaller one, to extract new insights or create new forms of value, in ways that change markets, organizations, the relationship between citizens and

[62] TOONDERS, Joris. Data is the new oil of the digital economy. Disponível em: https://www.wired.com/insights/2014/07/data-new-oil-digital-economy/. Acesso em: dezembro de 2018.

[63] GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. Desafios à privacidade: Big Data, consentimento, legítimos interesses e novas formas de legitimar o tratamento de dados pessoais. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Rodrigo-Gomes.doc-B.pdf>. Acesso em janeiro de 2019.

> governments, and more[64]

O Article 29 Working Party[65], criada pela Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu como uma organização de caráter consultivo e independente conceitua big data como:

> Big data refers to the exponential growth both in the availability and in the automated use of information: it refers to gigantic digital datasets held by corporations, governments and other large organizations, which are then extensively analyzed (hence the name: analytics) using computer algorithms. Big data can be used to identify more general trends and correlations but it can also be processed in order to directly affect individuals[66].

Já conforme o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro – ITS[67] Big Data é:

---

[64] MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. big data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think. New York. Houghton Mifflin Harcourt, 2013. P. 6. Apud GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. Desafios à privacidade: Big Data, consentimento, legítimos interesses e novas formas de legitimar o tratamento de dados pessoais.Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Rodrigo-Gomes.doc-B.pdf>. Acesso em janeiro de 2019

[65] The Article 29 Data Protection Working Party was set up under the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. It has advisory status and acts independently". Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm>

[66] Tradução livre: "Big data se refere ao crescimento exponencial tanto na disponibilidade quanto no uso automatizado de informação: refere-se a conjuntos de dados digitais gigantescos detidos por empresas, governos e outras organizações de grande porte, que são amplamente analisados (daí o nome: analytics) usando algoritmos de computador. Big data pode ser usado para identificar tendências mais gerais e correlações, mas também pode ser processado, de modo a afetar diretamente os indivíduos."

[67] ITS, Big data no projeto Sul Global. Relatório sobre estudos de caso. Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em:<http://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big -

> conjunto de dados cuja existência só é possível em consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível nos últimos anos, graças à onipresença de aparelhos e sensores na vida cotidiana e do número crescente de pessoas conectadas a tais tecnologias por meio de redes digitais e também de sensores[68]

Em síntese, o significado do termo big data transcendeu seu real sentido para, atualmente, se referir a um verdadeiro fenômeno cultural e tecnológico21. Neste sentido, no intuito de delimitar seu conceito para os fins propostos neste trabalho, é possível entender que o vocábulo big data como o processo de coleta e análise de uma enorme quantidade de dados, de forma automatizada por algoritmos, com o objetivo de extrair informação útil, ou seja, aquela que possa trazer um resultado prático ou outros benefícios para seu detentor ou usuário

Em síntese, o significado do termo big data transcendeu seu real sentido para, atualmente, se referir a um verdadeiro fenômeno cultural e tecnológico[69]. Neste sentido, no intuito de delimitar seu conceito para os fins propostos neste trabalho, é possível entender que o vocábulo big data como o processo de coleta e análise de uma enorme quantidade de dados,

---

Data_PT-BR_v2.pdf>. Acesso em: dezembro de 2018.

[68] Big data no projeto Sul Global. Relatório sobre estudos de caso. Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < http://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf>. Acesso em: dezembro de 2018.

[69] BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. Critical questions for big data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon. “We define big data1 as a cultural, technological, and scholarly phenomenon”. Information, Communication & Society. Vol. 15, Issue 5. 2012. p. 663. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2012.678878>. Acesso em janeiro de 2019.

de forma automatizada por algoritmos, com o objetivo de extrair informação útil, ou seja, aquela que possa trazer um resultado prático ou outros benefícios para seu detentor ou usuário.

Mas a função extraída do big data não se encerra somente em coletar e analisar. Há, conforme aponta Laura Schertel Mendes[70], uma "utilização secundária dos dados", que consiste na combinação ou cruzamento de dados, resultando em informações derivadas, que acabam adquirindo um novo valor. Sendo assim, essa geração de valor não se resume a apenas armazenar e analisar um volume maciço de dados, mas, além disso, extrair da combinação, cruzamento, enfim, do tratamento desses dados, outras novas informações com muito mais valor agregado.

Para se entender o que está sendo afirmado, tem-se como exemplo a utilização secundária das informações extraídas da análise de mais de 350 milhões de tweets pela Organização das Nações Unidas, com o objetivo de ajudar o Poder Público a combater a fome em locais mais carentes[71]

---

[70] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33

[71] "When correlations between social media conversations on food-related topics and official inflation data started to emerge, Jakarta's Global Pulse analysts were able to flag the likely local impacts of the crisis and deploy resources accordingly. In 2014, Global Pulse implemented over 25 joint data innovation projects worldwide. Implementation involved the analysis of over 350 million tweets". EVANS, Bryce. Using Big Data to Achieve Food Security. In BUNNIK, Anno. CAWLEY, Anthony. MULQUEEN, Michael. ZWITTER, Andrej. Big Data Challenges: Society, Security, Innovation and Ethics. Palgrave Macmillan, 2016. p. 129. Apude. GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. Desafios à privacidade: Big Data, consentimento, legítimos interesses e novas formas de legitimar o tratamento de dados pessoais. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Rodrigo-Gomes.doc-B.pdf>. Acesso em janeiro de 2019.

Outro exemplo é a coleta de dados pessoais relacionados à área da saúde. Existem muitos aplicativos no mercado que se propõem a monitorar para seus usuários hábitos de dieta, batimentos cardíacos, distâncias percorridas, calorias queimadas, quantidade de passos, entre outros. Em um primeiro momento, há uma coleta de dados que baseia o usuário da sua tomada de decisões. Já com a utilização secundária desses dados podem se extrair e gerar informações que serão por demais úteis e valiosos para empresas de seguro e planos de saúde, as quais terão um indicador preciso para pautarem suas decisões, ou para profissionais da saúde, os quais terão substratos para tomar decisões de mercados, tal como direcionamento de um serviço para determinados públicos-alvo específicos[72]

Assim, é possível verificar a importância adquirida pelo big data na atual conjuntura econômica-social, possibilitando-se ter uma noção do valor gerado pela coleta, acumulação e processamento de dados, os quais geram mais informações que agregam enorme valor para quem delas irá se utilizar. Todavia, esse novo insumo econômico não poderia passar ao largo do Direito, tendo em vista que a sua origem, em sua maior parte, advém do ser humano.

4. DIPLOMAS LEGAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

[72] Exemplo encontrado no Privacy by Design in Big Data. ENISA. P. 13. Disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/publications/big- data-protection>. Acesso em: janeiro de 2019.

A preocupação, em âmbito mundial, com a proteção de dados não é recente. Mayer-Schönberger ensina uma perspectiva histórico-evolutiva para entender como se deu a evolução dos diplomas legais voltados à proteção de dados, explicando em quatro diferentes gerações de leis[73].

A preocupação com a regulamentação se iniciou na década de 70, como resposta ao processamento de dados nas empresas privadas e Administração Pública centralizado em grandes bancos de dados nacionais. A forma de regulamentação se pautava na concessão de autorizações para a criação desses bancos de dados, bem como o controle destes pelo Estado[74]. Tem como exemplos de marco regulatório as leis do Estado alemão de Hesse de 1970, a Lei de Dados da Suécia de 1973, além do Privacy Act norte-americano de 1974[75].

A segunda geração de leis começou a surgir no final da década de 70. O primeiro marco dessa geração foi a Bundesdatenschutzgesetz, a lei federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais, de 1977, seguida pela Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais, intitulada Informatique et Libertées[76]. Tais regulamentos inovaram por criar um sistema jurídico que fornecia instrumentos legais

[73] MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. Technology and privacy: the new landscape. Cambridge: The Mit Press, 2001. Apud. MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p.32.
[74] DONEDA, Danilo. A Proteção Dos Dados Pessoais Como Um Direito Fundamental. Espaço Jurídico. Joaçaba. V. 12, n. 2, p. 91-108. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4555153.pdf > Acesso em: janeiro de 2019.
[75] Ibid. p. 94.
[76] Ibid. p. 97

posto à disposição do cidadão para identificar o uso indevido de seus dados pessoais e, em caso positivo, demandar a tutela correspondente.

Na década de 80 surgiu a terceira geração de leis que, basicamente, continuou focada em dar meios ao cidadão para identificar e combater o mau uso de seus dados, inovando apenas em dar um maior grau de efetividade a esse sistema.

A quarta e última geração, ao verificar que apenas tutelar o indivíduo de meios jurídicos para agir não era suficiente – o que será exposto mais à frente -, buscou regulamentar a questão dos dados pessoais de forma integral e sistêmica, retirando a base de atuação legal do enfoque apenas individual. Dentre esses marcos regulatórios de quarta geração, pode-se destacar as Diretivas europeias em matérias de proteção de dados, principalmente as Diretiva 95/46/CE, Diretiva 2002/58/CE, que deram origem ao recente Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - GDPR de 2018[77] bem como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD brasileira, Lei nº 13.709/2018.

Especificamente no Brasil, antes da Lei nº 13.709/2018, o regramento a respeito da proteção de dados começou a surgir no final da década de 80, com a própria Constituição Federal que protegeu, de forma bastante abstrata, o direito à privacidade no artigo 5º, inciso X. Não

[77] A GDPR é a versão atualizada da Diretiva 95/46/CE. Ou seja, a GDPR revogou a Diretiva 95/46/CE. Tornou-se necessário elaborar uma nova versão porque, na época da elaboração da anterior, empresas com negócios baseados na Internet (como, por exemplo, o Facebook) não tinham o tamanho que possuem hoje em dia. Como consequência, a lei de 1995 não aborda a dinâmica atual dos dados na rede, como armazenamento, compartilhamento e risco de vazamento.

obstante, tal dispositivo estabelece a norma base de proteção à privacidade.

Segundo Laura Mendes, o artigo 5º, X da Constituição faz com que seja:

> [...] possível extrair uma tutela ampla da personalidade e da vida privada do cidadão, nas mais diversas situações em que ele se encontra. Não faria sentindo excluir exatamente as situações em que a sua vida privada está sujeita a uma maior violação, como é o caso do processamento de dados pessoais. Afinal, muitas vezes, o tratamento de dados configura, hoje, uma ameaça muito mais grave à intimidade e à vida privada do homem médio do que os perigos "tradicionais", [...]. Assim, não há dúvidas de que a Constituição Federal protege o homem médio desses riscos, que raramente ocorrem na vida real, não haveria sentido em negar-lhe a proteção constitucional perante os bancos de dados, que constituem um risco constante e diário para todos os cidadãos[78].

Em matéria infraconstitucional, o primeiro diploma a regulamentar especificamente a questão dos dados pessoais foi o Código de Defesa do Consumidor,ao disciplinar, em seu artigo 43, banco de dados e cadastros de consumidores. Ao após, foi promulgada a Lei do Cadastro Positivo, Lei n. 12.414/2011, que veio a disciplinar a formação de banco de dados sob um conjunto de dados relativos às operações financeiras e de adimplemento para fins de concessão de crédito. Pouco tempo depois o ordenamento jurídico brasileiro foi inovado com a Lei n. 12.964/2014, o Marco Civil da Internet - MCI, que inaugurou uma normativa específica para os direitos e garantias do cidadão nas relações

[78] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e a defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 171.

travadas na Internet. O direito à privacidade foi tido como um dos pilares do MCI, ao lado da neutralidade de rede e da liberdade de expressão[79]. Por fim, em 2018 houve a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, trazendo todo um sistema de normas com o escopo de regulamentar especificamente todos os conflitos de interesses que venham a existir a respeito da questão em apreço.

A Lei n. 13.709/18 é estruturada, mormente, com base no livre consentimento, tal como os outros regulamentos mundiais que tratam da mesma matéria. Contudo, por ser fruto da quarta geração de leis de proteção de dados, a LGPD também se utiliza de outros mecanismos de proteção. Esta temática será abordada em capítulo próprio.

Não obstante o grande avanço experimentado pelo ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da LGPD, algumas intercorrências que aconteceram durante o processo legislativo de sua criação deram origem a alguns pontos fracos no sistema legal de proteção do cidadão e de seus dados pessoais. Trata-se do veto presidencial aos artigos 55 a 59, os quais tratavam da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade.

5. DO SISTEMA DE DADOS PESSOAIS

Conforme explicado anteriormente, a respeito da evolução dos

[79] BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados Pessoais: a função e os Limites do Consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

normativos que se propuseram a regulamentar e proteger a coleta e uso de dados pessoais nessa novel economia global que retira da informação a sua mola propulsora de desenvolvimento, tais sistemas de proteção tiveram como alicerce de sua estrutura de funcionamento, a partir da segunda geração de leis, o consentimento.

Essa transição é bem explicada por Bruno Ricardo Bioni:

> Com isso, percebe-se que seria inviável a estratégia regulatória anterior em que incumbia ao Estado licenciar a criação e o funcionamento de todos os bancos de dados. A segunda geração de leis transfere para o próprio titular dos dados a responsabilidade de protegê-los. Se antes o fluxo das informações pessoais deveria ser autorizado pelo Estado, agora cabe ao próprio cidadão tal ingerência que, por meio do consentimento, estabelece as suas escolhas no tocante à coleta, uso e compartilhamento dos seus dados pessoais. Destaca-se, nesse sentido, o referencial teórico de Alan Westin que compreendia a privacidade como a "reivindicação dos indivíduos, grupos e instituições de determinar, por eles mesmos, quando, como e em qual extensão suas informações pessoais seriam comunicadas aos outros". Dá-se ênfase à autonomia do indivíduo em controlar o fluxo de suas informações pessoais[80].

Dessa forma, verifica-se que o consentimento é o mecanismo jurídico que possibilita o controle do titular sobre seus dados pessoais. Pelo exercício desse direito, o titular pode exercer o controle sobre a possibilidade de se coletar, analisar, tratar, compartilhar seus dados pessoais, determinando um maior ou menor nível de fluxo e proteção. Nos dizeres de Laura Schertel Mendes

[80] BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados Pessoais: a função e os Limites do Consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

> Para que o indivíduo possa exercer o seu papel de autodeterminação informativa, faz-se necessário um instituto jurídico por meio do qual se expresse a sua vontade de autorizar ou não o processamento de dados pessoais: o consentimento. Este é o mecanismo que o direito dispõe para fazer valer a autonomia privada do cidadão[81].

O artigo 5, inciso XII da LGPD conceitua o consentimento como "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada".

Entretanto, apenas o consentimento, de per si, não traz a efetividade de proteção de dados pessoais almejada pelos normativos que têm esse objetivo. E os motivos defendidos neste artigo serão abordados a seguir.

O primeiro e mais enfático se trata do grau de indispensabilidade que alguns serviços de aplicativos ou software adquiriram no atual contexto da sociedade em rede. Stefano Rodotà já criticava o consentimento como única forma de proteção de dados pessoais, asseverando que o acesso a determinado bem ou serviço, no atual momento da sociedade, somente seria possível com o fornecimento de dados pessoais, relevando a ineficácia do consentimento em razão da assimetria de poder entre o fornecedor do bem ou serviço e o usuário, que não teria outra escolha senão consentir[82].

---

[81] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

[82] RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 76.

Pense-se, por exemplo, na situação de um indivíduo que não tem uma conta no Instragram, Facebook, Twitter, Linkedin, Whatsapp entre outros aplicativos. Essa pessoa, apesar de fisicamente inserida no seio de uma sociedade, está destinada a uma segregação tecnológica informacional. Atualmente, os serviços desses aplicativos se tornaram indispensáveis para o bom relacionamento social, para a própria inserção do indivíduo em sociedade.

Esses serviços, em sua maioria, não exigem uma contraprestação pecuniária. E é precisão atenção nesse detalhe. Não se estar a dizer que se tratam de serviços gratuitos. Seria inimaginável que em uma sociedade capitalista fosse possível oferecer serviços tecnológicos avançados sem custos e sem alguma espécie de contraprestação. Em verdade, a contraprestação imediata dada pelo usuário do aplicativo são seus dados pessoais. Trata-se do zero-price *advertisement business*[83]. E enfatize-se que é a própria pessoa quem fornece seus dados, pois é ela mesma quem procura o aplicativo, disponibiliza seus dados pessoais e autoriza o tratamento destes tudo em troca de poder fazer parte de uma sociedade informacional estrutura em rede. Ao fazer isso, a pessoa diminui os custos que seriam gastos na coleta dos dados pessoais, tendo em vista que é o próprio indivíduo que assume esse trabalho de alimentação do sistema

[83] BIONI, Bruno. Xeque-mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil, p. 28. Disponível em; http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf. Acesso em fevereiro de 2019.

com dados pessoais. Esses, por sua vez, após coletados, armazenados e analisados acabam sofrendo um processo de tratamento onde o resultado é a agregação de mais valor através das novas informações extraídas desse tratamento, conforme explicado no capítulo a respeito do big data.

Esse cenário já havia sido identificado à época da segunda geração de leis de proteção de dados pessoais, conforme explica Danilo Doneda:

> Estas leis[84] apresentavam igualmente seus problemas, o que motivou uma subsequente mudança de paradigma: percebeu-se que o fornecimento de dados pessoais pelos cidadãos tinha se tornado um requisito indispensável para a sua efetiva participação na vida social.
> O que era exceção veio a se tornar regra. Tanto o Estado quanto os entes privados utilizavam intensamente o fluxo de informações pessoais para seu funcionamento, e a interrupção ou mesmo o questionamento deste fluxo pelo cidadão implica muito frequentemente a sua exclusão de algum aspecto da vida social. [...] A autodeterminação informativa era, porém, o privilégio de uma minoria que decidia enfrentar os custos econômicos e sociais do exercício dessas prerrogativas.

Foi quando começou os questionamentos a respeito da eficácia do consentimento como única ferramenta de proteção de dados pessoais em um sistema jurídico. Como poderia uma pessoa simplesmente escolher não fornecer seus dados se tal decisão acarretasse um prejuízo maior que a própria manipulação de seus dados pessoais por outra entidade? Esse fenômeno é muito similar ao que ocorre com a patologia da sociedade de consumo37. Mariana Ribeiro Santiago e Livia Gaigher B. Campelo

[84] Segunda geração de leis de proteção de dados pessoais.

conseguem explicar essa patologia em poucas palavras:

> Nesse sentido, a expressão "sociedade de consumidores" verbaliza mais do que a postura dos seus membros de gastar tempo e esforços visando ampliar seus prazeres, refletindo a percepção de que a política de vida dos indivíduos tende a ser remodelada com base nos meios e objetos de consumo, segundo as linhas da síndrome consumista (BAUMAN, 2007, p. 109).
> "Necessitando" consumir para definir o seu papel na sociedade, para alcançar o padrão pregado pela cultura de consumo, os indivíduos se lançam em aquisições impensadas, consequência de uma avaliação deturpada das suas possibilidades e má administração das suas finanças, o que já produz efeitos na economia do país e na questão da sustentabilidade.

Em síntese, o consumidor tem a (pseudo) liberdade de optar entre consumir um determinado bem ou serviço, todavia, na fase atual da sociedade de consumidores, o consumismo deixou de ser uma opção e se transformou em um fenômeno social indispensável para o ser humano se sentir inserido dentro de um contexto social. Nesse cenário, garantir a liberdade para o indivíduo não resolve o problema social. O mesmo pode-se dizer a respeito do consentimento no âmbito da proteção de dados pessoais.

Outro motivo da ineficácia do consentimento como único mecanismo de proteção dos dados pessoais são as filigranas envolvidas no processo de manifestação do consentimento. De acordo com Solove, há diversos obstáculos para um consentimento eficaz, tais como o fato de que as pessoas não leem as políticas de privacidade. Quando leem, muitas vezes não as entendem. Quando conseguem entender, muitas das vezes

não lhe são oferecidas escolhas em que possam personalizar como será o uso de seus dados pessoais[85]

A quarta geração de leis de proteção a dados pessoais, ciente da ineficácia do consentimento como único mecanismo de proteção da privacidade, buscou equacionar essa deficiência através de proposições normativas que retiram da esfera de liberdade do indivíduo a escolha sobre o tratamento de certos tipos de dados, como por exemplo os dados pessoais sensíveis.

> Quanto ao consentimento, este não foi simplesmente deixado de lado, mas sofreu algumas mudanças, permanecendo, ainda, no centro da estrutura regulatória das leis de proteção da privacidade. Bruno Ricardo Bioni consegue bem sintetizar o novo patamar assumido pelo consentimento:
> Ao mesmo tempo, contudo, esse progresso geracional não eliminou o protagonismo do consentimento. A sua centralidade permaneceu sendo o traço marcante da abordagem regulatória. Tanto é verdade que, em meio a esse processo evolutivo, o consentimento passou a ser adjetivado, como devendo ser livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico, tal como ocorreu no direito comunitário europeu. Essa distribuição de qualificadores acaba, portanto, por desenhar um movimento refratário em torno do papel de destaque do consentimento quase como sendo sinônimo de autodeterminação informacional[86].

[85] SOLOVE, DJ. Privacy self-management and the consent dilemma. Harvard Law Review 126: 1880– 1903. Disponível em: < https://harvardlawreview.org/2013/05/introduction-privacy-self-management- and-the-consent-dilemma/> Acesso em fevereiro de 2019.

[86] BIONI, Bruno. Xeque-mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil, p. 28. Disponível em; http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf. Acesso em fevereiro de 2019.

Entre as mudanças advindas com a quarta geração de leis de proteção de dados pessoais, a mais importante foi ideia a respeito de criação de autoridades independentes para a aplicação dos referidos regulamentos. Sobre a importância dessas autoridades e sua necessária independência, será abordada em tópico próprio, a seguir.

6. DA IMPORTÂNCIDA DA INDEPENDÊNCIA DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - ANPD

Conforme já abordado neste artigo, em agosto de 2018 foi promulgada a Lei n. 13.709/18, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. Todavia, referida Lei sofreu mudança no final do processo legislativo. Na fase de sanção do projeto de lei que iria dar origem à LGPD, o Presidente da República vetou os artigos 55 a 594[87], que travam justamente da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, tratam de sua composição e atribuições administrativas.

A razão do veto se resumiu na assertiva de que "Os dispositivos incorrem em inconstitucionalidade do processo legislativo, por afronta ao artigo 61, § 1º, II, 'e', cumulado com o artigo 37, XIX da Constituição."42 Em apertada síntese, após a aprovação do PLC nº 53/2018 pelo Congresso Nacional e o seu encaminhamento para a sanção presidencial, foi expostos

[87]Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-

questionamentos sobre a constitucionalidade da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia especial, por meio de emenda parlamentar, já que, no projeto originário encaminhado pelo Poder Executivo, as atribuições ora conferidas à ANPD seriam exercidas por órgão da Administração direta.

Em 27 de dezembro de 2018, foi editada a Medida Provisória n. 869/18, a qual alterou "a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências[88]".

Todavia, houve uma grande diferença nessa recriação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Diferente do que havia sido previsto no projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, quando detinha natureza jurídica de autarquia especial, na disposição contida na Medida Provisória 869/18, a ANPD passou a deter natureza jurídica de órgão da Administração Pública Direta Federal, ou seja, está subordinada à Presidência da República.

Apesar de parecer um detalhe simples, essa mudança gera o risco de se retroceder em toda construção científica histórica da estrutura jurídica de proteção à privacidade dos dados pessoais. Por este motivo que não foi despicienda a explicação neste artigo a respeito da evolução dos normativos de proteção à privacidade. Foi comprovado que o consentimento, mola propulsora dessa estrutura jurídica, acabou se

88

relevando ineficaz se usado isoladamente dentro do contexto jurídico da proteção de dados pessoais. Verificou-se que na transição para uma quarta geração de leis de proteção dos dados pessoais, uma das maiores contribuições científicas foi a conclusão

Em 27 de dezembro de 2018, foi editada a Medida Provisória n. 869/18, a qual alterou "a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências[89]".

Todavia, houve uma grande diferença nessa recriação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Diferente do que havia sido previsto no projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, quando detinha natureza jurídica de autarquia especial, na disposição contida na Medida Provisória 869/18, a ANPD passou a deter natureza jurídica de órgão da Administração Pública Direta Federal, ou seja, está subordinada à Presidência da República.

Apesar de parecer um detalhe simples, essa mudança gera o risco de se retroceder em toda construção científica histórica da estrutura jurídica de proteção à privacidade dos dados pessoais. Por este motivo que não foi despicienda a explicação neste artigo a respeito da evolução dos normativos de proteção à privacidade. Foi comprovado que o consentimento, mola propulsora dessa estrutura jurídica, acabou se relevando ineficaz se usado isoladamente dentro do contexto jurídico da

[89] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em fevereiro de 2019.

proteção de dados pessoais. Verificou-se que na transição para uma quarta geração de leis de proteção dos dados pessoais, uma das maiores contribuições científicas foi a conclusão que haveria de ser criada uma autoridade de proteção desses direitos, com o principal objetivo de regulamentar a aplicação da lei e equacionar a assimetria de poder fático existentes entre as entidades que colhem e tratam os dados e os titulares destes.

Tudo que foi exposto mostra a relevância da ANPD, mas a importância da sua independência reside no fato de que o próprio Estado é um dos que coleta, analisa e trata dados de seus cidadãos. E tal como qualquer iniciativa estatal, deve-se moldar aos princípios expostos na Constituição e na LGPD, bem como se submeter a mecanismos de fiscalização e controle. Dessa forma, se o próprio Estado deve-se submeter à fiscalização da ANPD, esta deve se encontrar em posição que lhe permita atuar sem intervenções indevidas, ou seja, precisa de um mínimo de independência e autonomia.

A título de ilustração, um dos primeiros casos emblemáticos em torno de conflito de interesses sobre a temática em questão surgiu na Alemanha, através de decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1982, no julgamento da "Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho". Essa decisão marcou a transição para a terceira geração de leis de proteção de dados. Nesse julgamento histórico, o Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade parcial da Lei de Recenseamento, tendo como fundamento central a existência de um

direito à autodeterminação informativa, protegendo amplamente o controle que deveria o titular de dados ter sobre o fluxo de informações da sociedade.

A importância de uma ANPD independente influência nas relações travadas pelo Estado Brasileiro e outros países que possuem legislações semelhantes sobre a temática em questão. A título de exemplo, garantir independência à ANPD é um dos requisitos para que a LGPD brasileira seja reconhecida como adequada ao modelo de tratamento de dados pessoais estabelecidos na Europa por meio do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – GDPR. Isso implica na facilitação de fluxos internacionais de dados entre os diferentes sistemas jurídicos adotados por países distintos, principalmente os situados na Europa, visto que estão sujeitos ao GDPR. A esse respeito, veja-se o que dispõe o artigo 36, 2, (b) do GDPR45[90]:

Transferências com base numa decisão de adequação

1. Pode ser realizada uma transferência de dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional se a Comissão tiver decidido que o país terceiro, um território ou um ou mais setores específicos desse país terceiro, ou a organização internacional em causa, assegura um nível de proteção adequado. Esta transferência não exige

[90] EUROPEAN Union. DIRECTIVE (EU) 2016/680 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL. Official Journal of the European Union, 27 April 2016. Disponível em: <https://eur- lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN>.Acesso em fevereiro de 2019.

autorização específica.

2. Ao avaliar a adequação do nível de proteção, a Comissão tem nomeadamente em conta os seguintes elementos:

> [...]
> b) A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controle independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros[91];

A independência da Autoridade Nacional de Proteção na Europa é tão importante que no velho continente referida independência é considerada, desde o ano 2000, um direito fundamental, consoante previsto no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia47. Ainda, desde a aprovação da Diretiva 95/46/CE já existia a obrigação para os Estados-membros da União Europeia estabelecerem

[91]Article 36
Transfers on the basis of an adequacy decision
1. Member States shall provide that a transfer of personal data to a third country or an international organisation may take place where the Commission has decided that the third country, a territory or one or more specified sectors within that third country, or the international organisation in question ensures an adequate level of protection. Such a transfer shall not require any specific authorisation.
2. When assessing the adequacy of the level of protection, the Commission shall, in particular, take account of the following elements:
[...]
b) the existence and effective functioning of one or more independent supervisory authorities in the third country or to which an international organisation is subject, with responsibility for ensuring and enforcing compliance with data protection rules, including adequate enforcement powers, for assisting and advising data subjects in exercising their rights and for cooperation with the supervisory authorities of the Member States;

autoridades de proteção de dados que teriam a função de fiscalizar a aplicação das disposições da referida Diretiva no seu território.

No caso da LGPD, a autoridade se constitui como o esqueleto de todo o sistema normativo. Para se ter uma noção, as referências à Autoridade Nacional aparecem na Lei. n. 13.709/18 mais de 50 vezes. Não há como negar a importância dessa instituição no sistema normativo de proteção de dados pessoais, bem como a preocupação a respeito de sua necessária independência, para uma melhor aplicação, fiscalização e proteção do direito à privacidade.

No contexto da estrutura administrativa brasileira, a instituição jurídica que melhor se adequaria às necessidades exigidas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados seria a autarquia federal especial, que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello[92]

> refere-se ao instituto jurídico correspondente a uma determinada técnica de administração pública: a técnica de administrar interesses públicos através de demiurgos, pessoas jurídicas auxiliares daadministração central (...); estar-se-á diante do fenômeno das autarquias sempre que o Estado lançar mão da técnica de criar pessoas para perseguir mencionados interesses, seja para prestação de serviços, seja para polícia de certas atividades, desde que, ao criá-las, não as coloque expressamente sob o regime jurídico das relações privadas.

Hely Lopes Meirelles[93] afirma, por sua vez, que:

[92]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza e Regime Jurídico das Autarquias. Ed. Revista dos Tribunais, 1ª ed., São Paulo, 1968, pp. 5 e 6.
[93] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Ed. Malheiros, 18ª ed., São Paulo, 1993, p. 315

> Autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

Por fim, salienta Luís Roberto Barroso[94]:

Tais autarquias, porém, são dotadas de um conjunto de privilégios específicos que a lei lhes outorgou, tendo em vista a consecução de seus fins, pelo que são consideradas autarquias de regime especial. A pedra de toque desse regime especial das agências reguladoras é sua independência em relação ao Poder Público. No desempenho de suas atribuições, as agências precisam ver preservado seu espaço de legítima discricionariedade, imune a injunções de qualquer natureza, sob pena de falharem em sua missão.

Portanto, não há como negar a importância de se garantir independência à Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira através da reformulação de sua estrutura organizativa base, ou seja, através de sua transformação em uma autarquia especial, instituição de direito público pertencente à Administração Indireta. Ao assim se proceder, colocar-se-á o Brasil em um cenário de destaque no que diz respeito à proteção de dados pessoais, ao lado dos países que fazem parte da União Europeia.

---

[94] BARROSO, Luís Roberto. Apontamento sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). Agências reguladoras. Atlas, 1ª ed., São Paulo, 2002, p. 121.

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que a partir da segunda metade do Século XX, toda a sociedade mundial, incluindo-se, desta forma, o setor da economia, sofreram mudanças profundas em sua base de estruturação. Mudou-se desde o modo de ser do cidadão, sua forma de interagir em sociedade até os insumos mais usados no processo econômico mundial. Deu-se início a uma economia lastreada na informação como insumo principal para o crescimento e desenvolvimento, fato que acabou sendo nominado de economia da informação.

Esse processo de disrupção penetrou em todos os âmbitos da sociedade, dando início a um cenário cultural e social denominado big data, paradigma sustentado na coleta, análise, cruzamento, processamento e tratamento de dados, como objetivo principal de gerar cada vez mais valor com as novas informações obtidas através do tratamento de tais dados.

A partir da absorção dos efeitos colaterais advindos do big data, principalmente a respeito dos limites de sua atuação à luz do direito à privacidade e autodeterminação informacional, o Direito começou a agir, dando início a um processo progressivo de criação de leis, que foram divididos em quatro gerações, com o intuito de proteger a privacidade da pessoa humana.

O fato em comum das gerações de leis é a estrutura normativa pautada no consentimento como forma de proteção do direito à

privacidade e consequente uso de dados pessoais por outras entidades ou órgãos. Todavia, na transição para a quarta geração de leis, verificou-se que o consentimento, isoladamente, não poderia ser o único escudo contra o abuso no tratamento de dados pessoais. Foi a partir dessa geração de leis que foi inaugurada a necessidade de se ter uma autoridade central com atribuições de regulamentar e fiscalizar o tratamento de dados pessoais. A experiência, principalmente na Europa, vanguarda na proteção da privacidade na sociedade da informação, demonstrou que tais autoridades devem ter um mínimo de independência e a autonomia para alcançarem suas finalidades.

No Brasil, apesar do projeto de lei nº 53/2018 prevê em seu bojo a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD com estrutura de autarquia especial, na última fase no processo legislativo foi vetado os artigos que cuidavam de sua criação, estruturação, composição e atribuições, sob o fundamento de vício formal, uma vez que a iniciativa não partiu do Poder Executivo. Poucos meses depois foi editada a Medida Provisória n. 869/18, que criou a ANPD com natureza jurídica de órgão da Administração Pública Direta Federal, ou seja, está subordinada à Presidência da República.

Conclui-se que tal movimento legislativo põe em xeque a total eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, visto que sua independência e autonomia perante o próprio Estado é um imperativo para que se possa alcançar a excelência no que diz respeito à proteção da privacidade relativo aos dados pessoais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. Forense. Edição do Kindle.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10180.htm> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Lei 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Demonstrativos Fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. – 11ª ed. – Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Subsecretaria de Contabilidade Pública, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2020.

Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. Portaria nº 634, de 19 de novembro de 2013. Disponível em <https://servicos2.sjc.sp.gov.br/media/544209/portaria_stn_634_2013_processo_convergencia.pdf> Acesso em 14 de junho de 2021.

Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) – 8ª Edição / Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. – 8ª ed. – Brasília: Secretaria do Tesouro

Nacional, Subsecretaria de Contabilidade Pública, Coordenação-Geral de Normas de Contabilidade Aplicadas à Federação, 2021.

Brasil. Secretaria do Tesouro Nacional. Portaria nº 377, de 8 de julho de 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-377-de-8-de-julho-de-2020-265866823> Acesso em 14 de junho de 2021. Brasil. Senado Federal. Projeto de Decreto Legislativo n° 218, de 2019.

Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948546&ts=1567527518418&disposition=inline > Acesso em 14 de junho de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Edição do Kindle. p. 540.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 29ª. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9ª. ed. revista, atualizada e ampliada. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

REFLEXÕES SOBRE A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA

Neyarla Pereira de Souza Barros[95]

RESUMO: O precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Quando o raciocínio hermenêutico de determinada decisão judicial pode ser utilizado como modelo para outros casos semelhantes, tem-se um precedente jurisdicional. O Código de Processo Civil de 2015 consolidou no âmbito normativo infraconstitucional uma tendência de valorização dos precedentes jurisprudenciais que já vinha sendo sinalizada na jurisprudência dos Tribunais Superiores a partir da aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law* no mundo contemporâneo. O presente estudo analisa seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: (i) vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficacizante; e (vi) de revisão da sentença. A partir da referida análise, investiga-se a juridicidade da internalização de

95 Procuradora do Estado do Acre. Procuradora-Chefe da Procuradoria de Pessoal.

precedentes judiciais não vinculantes na atividade de consultoria jurídica da Advocacia Pública, tendo-se como norte a ampliação da densidade normativa dos princípios da *Legalidade*, *Isonomia* e *Segurança Jurídica*.

PALAVRAS-CHAVE: PRECEDENTE JUDICIAL. EFICÁCIA JURÍDICA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSULTORIA JURÍDICA. ADVOCACIA PÚBLICA.

INTRODUÇÃO

A análise dos precedentes judiciais é atividade inerente às funções da Advocacia Pública. Com a evolução e aperfeiçoamento do sistema de precedentes no direito brasileiro, que tem conferido maior peso e relevância a determinadas decisões judiciais – algumas, inclusive, de observância obrigatória por Juízos e Tribunais –, a abrangência e aplicabilidade dos precedentes tem ultrapassado a órbita do contencioso judicial e ganhado cada vez mais relevância nas atividades do consultivo administrativo.

A partir dessa perspectiva, indaga-se quanto a eventual sujeição da atividade administrativa – orientada pela Advocacia Pública – aos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores (decisões em controle concentrado e difuso de constitucionalidade, temas de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos), mesmo quando estes não projetem eficácia jurídica vinculante para a Administração Pública.

Esta é a reflexão a que se propõe o presente estudo.

2. PRECEDENTE JUDICIAL

A decisão judicial pressupõe a análise pelo magistrado de todo o conjunto normativo (constitucional, legal e principiológico) incidente na controvérsia posta e, resulta, ao fim, numa solução única e particularizada para determinado caso concreto. A própria composição dos elementos essenciais da sentença evidencia essa lógica metodológica, na medida em que a fundamentação antecede o dispositivo[96].

É na fundamentação que se desenvolve a tese jurídica que motiva a decisão judicial, a *ratio decidendi* – ou para os norte-americanos, a *holding* –, enquanto o dispositivo consolida a efetiva solução particularizada do litígio.

Nesse contexto, é fundamental ter a clara percepção de que a atividade decisória do magistrado constrói duas normas jurídicas: uma de caráter individual, que resolve o caso concreto e que tem aptidão para gerar coisa julgada; outra de caráter geral, resultante das teses analisadas e da argumentação jurídica, que embora não faça coisa julgada,

[96] Código de Processo Civil
Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

fundamenta a *ratio decidendi*. Destas, o precedente é, precisamente, a *ratio decidendi* contida na norma jurídica de caráter geral.

No conceito proposto por DIDIER[97] *"o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos"*. Assim, quando o raciocínio hermenêutico de determinada decisão judicial pode ser utilizado como modelo para outros casos semelhantes, tem-se um precedente jurisdicional.

Quanto à identificação do precedente, note-se que nem todo argumento ou tese jurídica veiculada na decisão corresponde integralmente à *ratio decidendi* (ou *holding*). A *ratio decidendi* – ou o precedente propriamente dito – deve ser entendida como a opção interpretativa que tenha aptidão para ser universalizada.

Pela pertinência, convém colacionar o magistério de José Miguel Garcia Medina[98]**:**

> A jurisprudência, como se disse, é formada por julgados. Cada um desses julgados, isolados, são decisões que resolvem casos. Algumas dessas decisões podem se destacar, por tratar do assunto de modo peculiar, mais aprofundado e contundente, e por ter sido a primeira, ou a mais expressiva entre as primeiras decisões que abordaram o tema. Quando um julgado assume tal relevância, sendo como tal reconhecido em decisões posteriores, diz-se que tal decisão é um precedente.

[97] DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspivm, 2015, p. 441.
[98] MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, p. 1.200.

Também não integra o precedente a manifestação jurídica acessória que não tenha influência relevante e substancial para a decisão. Assim, argumentos expostos *obter dicta* se convolam em juízo normativo acessório, opinião jurídica adicional, mas dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. Embora não sirva como precedente, o argumento *obter dictum* não é irrelevante, podendo sinalizar uma futura orientação do Juízo ou Tribunal.

No que diz com aplicabilidade do precedente para casos futuros, este se constitui numa norma jurídica do tipo *regra* e, portanto, aplicável por subsunção.

É que os princípios outrora incidentes na controvérsia já foram objeto de valoração em momento anterior à formação do precedente, de sorte que a solução jurídica materializada na *ratio decidendi* resulta num comando normativo mais direto e objetivamente aferível, próprio das regras, fato este que, inclusive, confere maior adesão e vinculatividade ao precedente.

Antes de aprofundar a análise da eficácia jurídica do precedente – objeto central da presente reflexão – convém examinar o atual panorama normativo do sistema de precedentes brasileiro, cunhado a partir da tradição e cultura jurídica brasileira, e inegavelmente influenciado pelo direito contemporâneo comparado.

3. SISTEMA BRASILEIRO DE PRECENDENTES JURISSDICONAIS

A Teoria Geral do Processo reconhece dois principais sistemas processuais: o da *civil law* (da lei civil), de estrutura predominantemente escrita, e o da *common law* (direito comum), de fundo prevalentemente costumeiro. MARINONI[99] destaca que existe uma recíproca aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law* no mundo contemporâneo:

> De um lado, a tradição do *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a *statutorification* do *common law* e se perguntar a respeito de qual o lugar do *common law* em uma época em que cada vez mais vige o *statutory law*. De outro, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa em assegurar a vigência do princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente.

O direito brasileiro, de marcada tradição de *civil law*, passou a internalizar elementos da *common law* a partir da percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abrindo espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um

[99] MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. -- 6. ed. rev., atual. E ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 781.

meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito.

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou no âmbito normativo infraconstitucional essa tendência de valorização dos precedentes jurisprudenciais que já vinha sendo sinalizada na jurisprudência dos Tribunais Superiores (com a edição de enunciados sumulares) e na Constituição Federal de 1988, sobretudo a partir da EC nº 45/2004, com o advento da súmula vinculante e do requisito da *repercussão geral* para admissão de Recursos Extraordinários. Recentemente, inclusive, fora acrescido pela EC nº 125/2022 o requisito da *relevância das questões do direito federal* à admissibilidade dos Recursos Especiais.

O sistema de precedentes adotado pelo direito positivo brasileiro passou a prever de forma expressa o dever dos Tribunais de manter a integridade, uniformidade, estabilidade e coerência de sua jurisprudência. O Código de Processo Civil de 1973, muito embora já dispusesse sobre a necessidade de uniformização da jurisprudência, não contemplava qualquer disposição de semelhante densidade normativa. Veja-se a redação no artigo 926 do Novo Código de Processo Civil:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
> § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
> § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Afigura-se clara, portanto, a opção legislativa pela construção de um sistema jurisdicional mais coeso, coerente e uniforme, capaz de conferir maior previsibilidade às decisões do Estado-Juiz.

A uniformidade jurisprudencial tem especial valor num ordenamento jurídico que consagra os princípios da segurança jurídica e da isonomia, porquanto transmite ao indivíduo que se socorre do Poder Judiciário a ideia de que casos semelhantes, terão soluções semelhantes. A certeza com a orientação do direito é fator determinante para o alcance da finalidade da Jurisdição: a pacificação de conflitos. Nesse contexto, MEDINA[i] rememora:

> Jurisprudência é o conjunto de decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais. Diz-se que há controvérsia, p.ex., quando há disparidade entre as decisões judiciais sobre o mesmo tema. A jurisprudência deve passar a ser considerada na fundamentação de decisões judiciais quando se torna constante e uniforme. Quanto maior o nível de uniformidade dos julgados que a formaram, mais força persuasiva terá a jurisprudência. Diz-se, então, que a jurisprudência é dominante.

O artigo 927 do Novo Código de Processo Civil inovou ao estabelecer um rol de precedentes de observância obrigatória por Juízos e Tribunais:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Cada uma das espécies de decisões elencadas no dispositivo acima transcrito comporta considerações próprias.

Quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal em Ações Diretas de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade (ADI e ADPF) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), primeiro item do rol do artigo 927, o texto normativo inova ao conferir força obrigatória aos precedentes (*ratio decidendi*) da Suprema Corte em *controle concentrado de constitucionalidade*.

É que muito embora as referidas decisões já ostentassem eficácia jurídica contra todos e efeito vinculante por força do artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988[100], tal obrigatoriedade decorria da amplitude *erga omnes* da coisa julgada, ou seja, do dispositivo das sobreditas decisões, e não propriamente de seus fundamentos. Sobre o tema, precisa é a distinção descrita por DIDIER[101]:

> As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à

[100] BRASIL, Constituição Federal. Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
[101] DIDIER, p. 464.

> administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CF; art. 28, p. único, Lei n. 9.868/99; art. 10, §3º, Lei n. 9,882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado *(ratio decidendi),* mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade.

A norma do inciso II do artigo 927 reafirma a força obrigatória dos enunciados de *súmula vinculante* já consagrada no artigo 103-A da Constituição Federal[102]. Nesse ponto, note-se que a súmula vinculante é precedente ainda mais qualificado que os enunciados sumulares comuns do Supremo Tribunal Federal, porquanto: a) exige pressupostos próprios para ser editada (controvérsia atual, grave insegurança e risco de multiplicação de processos; b) requer rito específico para edição, revisão e cancelamento, previsto na Lei 11.417/2006; c) tem rol específico de legitimados à sua propositura, inclusive externos ao Poder Judiciário; d) **vincula não apenas Juízes e Tribunais, como também a própria Administração Pública.**

O inciso III do artigo 927, ao conferir força obrigatória aos precedentes dos acórdãos proferidos em *incidente de assunção de*

[102] BRASIL, Constituição Federal. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, prestigia o microssistema concentrado de formação de precedentes obrigatórios também inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil. Tais precedentes, assim como a súmula vinculante, também pressupõem um procedimento específico de produção, e acabam por conferir maior racionalidade ao sistema de justiça.

O inciso IV do artigo 927 também atribui força obrigatória a todos os enunciados sumulares do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. DIDIER[103] ressalta que *"rigorosamente todos eles passam a ser de observância obrigatória"*, aproximando-se dos efeitos da súmula vinculante (ao menos no que toca ao Poder Judiciário).

O último item do catálogo legal (inciso V) preceitua que Juízes e Tribunais têm o dever seguir a *orientação do plenário ou do órgão especial* aos quais estiverem vinculados, evidenciando não apenas uma vinculação interna dos membros do próprio Tribunal a seus precedentes, bem com uma vinculação externa dos demais órgãos de instâncias inferiores. Notabiliza-se, assim, uma hierarquia jurisprudencial.

Vê-se, portanto, que o legislador brasileiro, ao delinear um minucioso sistema de precedentes, tem caminhado para garantir uma certa previsibilidade quanto à atuação do Estado-juiz.

4. EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRECEDENTES

[103] DIDIER, p. 465.

A eficácia jurídica do precedente, conforme já ventilado em linhas pretéritas, varia conforme a tradição e cultura de determinado ordenamento jurídico.

No direito positivo brasileiro, o precedente pode ser classificado como *ato-fato jurídico*, vez que apesar de encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como um fato jurídico pelo legislador, produzindo efeitos para além do órgão jurisdicional prolator da decisão.

Como leciona DIDIER[104] *"os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos ex lege. São, pois, efeitos anexos da decisão judicial*." Esta noção, inclusive, restou corroborada em diversos dispositivos no Código de Processo Civil de 2015, como se tratará a seguir.

Fredie Didier aponta pelo menos seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: *(i)* vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); *(ii)* persuasivo; *(iii)* obstativo da revisão de decisões; *(iv)* autorizante; *(v)* rescindente/deseficacizante; e *(vi)* de revisão da sentença.

A individualização de cada um de tais efeitos jurídicos é especialmente relevante para o propósito do presente estudo, de modo a se perquirir a aptidão do precedente judicial para produzir efeitos para além da esfera decisória interna dos órgãos do Poder Judiciário e alcançar diretamente particulares e a Administração Pública.

[104] DIDIER, p. 453.

Precedente com Eficácia Vinculante ou Obrigatória

Quando a norma jurídica geral (*ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem a capacidade de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria manifestação, resta caracterizado um precedente com eficácia vinculante.

Tem força obrigatória os precedentes enumerados no artigo 927 do Código de Processo Civil, examinados no tópico antecedente. Estes são os precedentes mais qualificados do sistema de justiça brasileiro, porquanto obrigam Juízes e Tribunais a deles conhecer de ofício, independente de provocação, sob pena de omissão e denegação de justiça, dado o dever de uniformização da jurisprudência consagrado no artigo 926 do diploma processual civil.

Precedente com Eficácia Persuasiva

A eficácia persuasiva é eficácia mínima de todo precedente jurisdicional. Sem qualquer eficácia vinculante, a força persuasiva constitui unicamente *"indício de uma solução racional e socialmente adequada"*[105]. A observância do referido precedente por outros

[105] TUCCI, José Rogério Cruz e, Precedente Judicial como fonte do direito. P. 13

magistrados, portanto, deve-se unicamente pela sua capacidade de convencimento racional quanto à solução interpretativa ali proposta.

O cotidiano do contencioso jurisdicional conduz a uma clara compreensão da eficácia persuasiva de determinadas decisões judiciais (seja de juízes singulares ou de tribunais diversos), reproduzidas em sentenças e acórdãos com questões de fundo análogas, bem como em petições diversas como reforço argumentativo à tese exposta.

Precedente com Eficácia de Obstar a Revisão de Decisões

Diz-se que têm *efeito obstativo* os precedentes que impedem a revisão de decisões judiciais, seja no sentido de não admitir a demanda, o recurso ou a remessa necessária, seja no sentido de negar a própria postulação. DIDIER[106] pontua que:

> Em algumas situações, o legislador permite que o órgão jurisdicional negue provimento (ou seguimento) a determinados recursos ou dispense a remessa necessária quando estiverem eles em conflito com precedentes judiciais – jurisprudência ou súmula que a partir deles se constitua – sobretudo com aqueles emanados das cortes superiores.

São precedentes comumente invocados em juízos de admissibilidade recursal (artigo 932, inciso IV, e 1.030, inciso I) ou de improcedência liminar da demanda (artigo 332).

[106] DIDIER. p, 547

Precedente com Eficácia Autorizante

O precedente assume eficácia autorizante quando é determinante para a admissão ou acolhimento do ato postulatório (demanda, recurso ou incidente processual). Há hipóteses de cabimento de Recursos Extraordinário[107] e Especial[108] que dependem essencialmente da existência de precedentes jurisdicionais.

Precedente com Eficácia Rescindente

É o precedente com aptidão para relativizar a coisa julgada, rescindindo ou retirando a eficácia de uma decisão transitada em julgado. O Novo Código de Processo Civil, inclusive, veicula claramente hipóteses em que é inexigível decisão judicial que se apoie em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (artigos 525, parágrafo 12, e 535, parágrafo 6º). Nessa linha, o precedente emanado da Suprema Corte produz eficácia rescindente em relação às decisões judiciais posteriores em sentido contrário à sua orientação.

[107] CPC, Art. 1.035, § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: (...) I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

[108] BRASIL, CF. Art. 105, inciso III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Precedente com Eficácia de *Revisão* da Coisa Julgada

Nas relações jurídicas sucessivas, o advento de precedente capaz de configurar substancial modificação do direito posto poderia autorizar a *revisão* da própria coisa julgada, na linha do que preceitua o artigo 505, inciso I, do Código de Processo Civil:

> Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
> I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
> II - nos demais casos prescritos em lei.

Minudenciados tais efeitos, sobreleva destacar que existem muitos precedentes que detém mais de um dos atributos acima examinados. Assim é que um mesmo precedente pode ter, além da eficácia persuasiva mínima, também eficácia autorizante, obstativa, vinculante e rescindente.

Nessa linha, note-se que os precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal se afiguram juridicamente mais qualificados em relação a precedentes firmados em órgãos jurisdicionais inferiores. Isso porque os precedentes (*ratio decidendi)* dos respectivos acórdãos, além de emanarem da Suprema Corte do país – órgão máximo voltado à unidade do direito – ostentam complexo procedimento de formação, seja pela escalada recursal que precede a apreciação de determinada questão

jurídica no âmbito do Supremo Tribunal Federal, seja pela estatura jurídico-constitucional do controle de constitucionalidade concentrado.

5. PRECEDENTES JUDICIAIS E ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA. LEGALIDADE, ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA.

A partir do panorama normativo e principiológico acima exposto, constata-se que o precedente judicial ganhou significativa relevância no sistema jurídico brasileiro, conduzindo à construção de um modelo hermenêutico nacional que, a partir da tradição jurídica do *civil law*, agregou elementos próprios da *common law* na direção de um sistema de justiça que melhor prestigie a segurança jurídica.

Esse movimento legislativo, ao conferir maior peso e relevância a determinadas decisões jurisdicionais, impõe que sejam repensados alguns princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro de modo a compatibilizá-los com essa nova realidade, o que inclui a atividade de consultoria jurídica no âmbito da Advocacia Pública.

Conforme já assinalado no tópico antecedente, a estrito rigor legal o único precedente judicial com força normativa capaz de vincular a Administração Pública para além dos limites da coisa julgada é a **Súmula Vinculante**, na forma do artigo 103-A da Constituição Federal.

Todos os demais precedentes enumerados no artigo 927 do Código de Processo Civil emanam eficácia obrigatória unicamente para os órgãos do Poder Judiciário. Até mesmo as decisões proferidas em sede de

controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal projetam eficácia *erga omnes* nos limites da coisa julgada (dispositivo), e não quanto à *ratio decidendi* do precedente, que vincula apenas os órgãos jurisdicionais. Quanto à referida distinção, DIDIER[109] observa:

> Observe-se este exemplo: no julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual (n. 1000/2007) é inconstitucional por invadir matéria de competência de lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 1000/2007 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte *ratio decidendi*: "lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência de lei federal". Se fora editada outra lei estadual, em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, cuja decisão certamente será baseada no precedente anterior; arguida sua inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deverá ser observado esse precedente prévio e obrigatório do STF sobre a matéria.

Ocorre que a subordinação de todo o sistema jurisdicional brasileiro à lógica racionalizante do precedente repercute reflexamente na Administração Pública pela invariável judicialização das questões jurídicas análogas (ou falsamente análogas) às decisões paradigmas, de sorte que a incorporação da *ratio decidendi* de determinadas decisões judiciais – notadamente as constantes do rol do artigo 927 do CPC – aos atos e práticas administrativas pode conduzir a um desejável aprimoramento da atividade contenciosa e, especialmente, consultiva da Advocacia Pública.

[109] DIDIER, p. 464.

Tal incorporação, contudo, não ocorre – e nem pode ocorrer de forma indistinta, como se explicitará adiante.

De partida, destaque-se que a atividade interpretativa no âmbito da consultoria jurídica da Advocacia Pública é muito mais condicionada que a atividade judicante do Poder Judiciário. A valoração e o sopesamento de princípios e regras no âmbito consultivo encontra rígido limite no *Princípio da Legalidade Administrativa*, que, segundo a tradicional noção hermenêutica brasileira, apenas permitiria ao administrador fazer o que a lei expressamente o autoriza.

Quanto à noção tradicional do *Princípio da Legalidade Administrativa*, oportuno é o magistério de CARVALHO FILHO[110]:

> O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.
> Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.
> O princípio "implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas". Na clássica e feliz comparação de HELY LOPES MEIRELLES, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza.

[110] CARVALHO FILHO, fl. 95.

Nessa linha, a incorporação de precedentes não vinculantes nas orientações jurídicas da Advocacia Pública passa por um indispensável redimensionamento do *Princípio Da Legalidade Administrativa*, notadamente para sua observância para além do texto legal, admitindo-se que os precedentes judiciais e a jurisprudência dos tribunais também compõem o direito e devem ser observados. Sobre a temática, as ponderações de DIDIER[111]:

> O princípio da legalidade impõe que o juiz decida as questões em conformidade com o Direito. A referência à "legalidade" é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o Direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes. O dever de integridade, decorrente do artigo 926 do CPC, é, sobretudo, o dever de decidir conforme o direito.
> O direito não é apenas o legal (a Constituição, atos administrativos, precedentes judiciais e a própria jurisprudência são fontes do Direito), não é apenas o escrito (há normas implícitas, que não decorrem de textos normativos, assim como há o costume), nem é apenas o estatal (um negócio jurídico também é fonte do Direito).

É sob essa perspectiva mais ampla do *Princípio da Legalidade* (conformidade com o direito) que a atividade consultiva da Advocacia Pública pode valorar e sopesar a incorporação direta dos precedentes judiciais não vinculantes para a Administração Pública – sobretudo os mais qualificados, emanados das cortes *voltadas à interpretação do direito* (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) –

[111] DIDIER, p. 467.

quando esta integração se mostrar efetivamente compatível com o interesse público primário.

O *Princípio da Isonomia* também exige uma redefinição dogmática, invocando-se um viés da igualdade não apenas frente à lei, mas frente ao Direito. *"É preciso que, na leitura do caput do artigo 5º da Constituição Federal, o termo "lei" seja interpretado como "norma jurídica", entendendo-se que todos são iguais, ou que devem ser tratados como iguais, perante a "norma jurídica", qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane*[112]*".*

Nessa linha, deve-se partir da premissa de que a isonomia também compreende a igualdade perante as decisões judiciais, de sorte que a situações semelhantes seja conferido o mesmo tratamento jurídico.

No âmbito da atividade consultiva da Advocacia Pública, tal pressuposto implica em reconhecer que a prevalência de determinada fórmula interpretativa (precedente) no âmbito dos Tribunais possa ser igualmente aplicada na seara administrativa, sujeitando relações idênticas ao mesmo tratamento jurídico independentemente de intervenção jurisdicional. Trata-se, inclusive, de premissa que muito se alinha com a noção comum (não jurídica) de igualdade e justifica o respeito ao precedente.

Por fim, propõe-se um olhar mais ampliado ao *Princípio da Segurança Jurídica*, valor constitucional que mais diretamente se relaciona com a eficácia jurídica do precedente.

---

[112] DIDIER, fl. 468.

Isso porque, além da garantia de que a lei (ou o direito) *"não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*[113]*"*, deve-se considerar também que a ideia de estabilidade que fundamenta o princípio (da segurança) também deve ser orientada para o futuro.

É que na dimensão pública da atuação do Estado-juiz é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para análise sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente. Assim, incute-se no jurisdicionado – e no administrado – a legítima expectativa de perpetuação das soluções já aplicadas no passado a casos vindouros.

Sob este viés, portanto, também a atividade de consultoria jurídica deve zelar pela estabilidade das relações jurídico-administrativa à luz dos precedentes judiciais, na medida em que a revisão de entendimentos administrativos da Advocacia Pública no Poder Judiciário invariavelmente precariza a relação jurídico-administrativa, além de imputar ao ente público o ônus direto e indireto da litigância jurisdicional.

Portanto, na perspectiva ora exposta, tem-se como juridicamente possível no âmbito da atividade de consultoria jurídica da Advocacia Pública, a internalização de precedentes judiciais não vinculantes na solução das controvérsias administrativas, especialmente a partir da ampliação da densidade normativa dos princípios da *Legalidade*, *Isonomia*

[113] CF, art. 5º, inciso XXXVI.

e *Segurança Jurídica* diretamente incidentes na hermenêutica administrativa.

Pela pertinência, as considerações de MARINONI quanto a necessidade de balizar a interpretação do direito também a partir dos precedentes judiciais:

> Se as normas só existem a partir da interpretação, a ponto de se poder dizer que o respeito ao princípio da legalidade significa na verdade respeito à interpretação conferida à lei pelos órgãos institucionalmente a tanto encarregados, então quem quer que esteja preocupado em saber qual seu *espaço de liberdade de ação* e quais *efeitos jurídicos* são ligados às suas *opções socioeconômicas* (princípio da liberdade), preocupado em saber como deve fazer para aplicar o direito a partir da necessidade de que todos sejam *efetivamente iguais* perante a ordem jurídica (princípio da igualdade, que na administração da Justiça Civil sempre é lembrado a partir da velha máxima provavelmente cunhada a partir de Bracton – "*treat like cases alike*"8) e como tornar a interpretação e a aplicação do direito algo forjado nas fundações do princípio da *segurança jurídica*, não pode obviamente virar as costas para o problema da interpretação judicial do direito e dos precedentes daí oriundos. Fora daí o direito brasileiro corre o risco de ser – na célebre metáfora – não mais do que um "*dog law*", um direito que não respeita a liberdade, a igualdade e a necessidade de segurança no tráfego jurídico.

É curial observar, entretanto, que tal movimento apenas se revela legítimo depois de realizado o devido cotejo das circunstâncias de fato e de direito consideradas na formação do precedente, e das razões que, objetivamente aferíveis, indiquem ser sua aplicação direta pela Administração Pública a solução jurídica que mais se adequa ao interesse público.

Contudo, jamais se pode perder de vista que a utilização acrítica e indiscriminada de precedentes judiciais para fundamentar a atividade consultiva (notadamente quando são decisões judiciais isoladas e de reduzida relevância pública) apequena o saudável debate público e contribui para um indesejável engessamento jurisprudencial.

Embora o Código de Processo Civil não tenha marcado qualquer distinção, MARINONI[114], inclusive, destaca a necessidade de moderação na aplicação obrigatória dos precedentes jurisdicionais pelo próprio Poder Judiciário, especialmente quando emanados das cortes *voltadas à justiça do caso concreto* (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça):

> A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o *dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes*. **Isso porque as *Cortes de Justiça – e os juízes de primeiro grau – são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à interpretação do direito*:** tolher esse debate, não deixando espaços para que vingue, serve apenas para obtenção de *uma solução* para os problemas jurídicos – não necessariamente para obtenção da *solução melhor* ou *mais amadurecida* pelo diálogo e pela experiência judiciária. Em outras palavras: não necessariamente uma *solução amadurecida democraticamente* pelo diálogo institucional *no* e *do* poder judiciário. [grifei]

Assim é que, também – e principalmente – na atividade consultiva da Advocacia Pública tais variáveis demandam ponderação quando da eventual incorporação direta dos precedentes judiciais nas

[114] MARINONI, p. 784.

manifestações de consultoria jurídica.

6. CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou no âmbito normativo infraconstitucional uma tendência de valorização dos precedentes jurisprudenciais que já vinha sendo sinalizada na jurisprudência dos Tribunais Superiores (com a edição de enunciados sumulares) e na Constituição Federal de 1988, sobretudo a partir da EC nº 45/2004, com o advento da súmula vinculante e do requisito da *repercussão geral* para admissão de Recursos Extraordinários e, recentemente, com o advento da EC nº 125/2022 que acrescentou o requisito da *relevância das questões do direito federal* à admissibilidade dos Recursos Especiais.

O sistema de precedentes atualmente adotado pelo direito positivo brasileiro passou a prever de forma expressa o dever dos Tribunais de manter a integridade, uniformidade, estabilidade e coerência de sua jurisprudência, norma materializada no artigo 926 do Novo Código de Processo Civil.

Assim, tem-se que a subordinação de todo o sistema jurisdicional brasileiro à lógica racionalizante do precedente repercute reflexamente na Administração Pública pela invariável judicialização das questões jurídicas análogas (ou falsamente análogas) às decisões paradigmas.

Nesse contexto, a incorporação da *ratio decidendi* de determinadas decisões judiciais não vinculantes para a Administração Pública – notadamente as constantes do rol do artigo 927 do CPC – aos atos e práticas administrativas pode conduzir a um desejável aprimoramento da atividade contenciosa e consultiva da Advocacia Pública.

Para a legitimidade de tal movimento afigura-se essencial rigoroso cotejo prévio das circunstâncias de fato e de direito consideradas na formação do precedente, e das razões que, objetivamente aferíveis, indiquem ser sua aplicação direta pela Administração Pública a solução jurídica que mais se adequa ao interesse público.

Nessa quadra interpretativa, cabe à Advocacia Pública zelar pela utilização crítica e ordenada de precedentes judiciais na sua atividade consultiva, prevenindo-se o encolhimento do debate público institucional e um indesejável engessamento jurisprudencial.

Conclui-se, portanto, pela juridicidade da incorporação de precedentes judiciais não vinculantes na solução das controvérsias administrativas, especialmente a partir da ampliação da densidade normativa dos princípios da *Legalidade*, *Isonomia* e *Segurança Jurídica* diretamente incidentes na hermenêutica administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira.** 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 de novembro de 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 de novembro de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 [livro eletrônico]** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. -- 6. ed. rev., atual. E ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TENSÃO ENTRE O PODER REQUISITÓRIO E O SIGILO DO PRONTUÁRIO MÉDICO À LUZ DA LEI DEPROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Paulo Jorge Silva Santos[115]
Valter Moura do Carmo[116]

RESUMO: No atual contexto por que passa a sociedade mundial, em que suas bases sofreram significativas transformações em virtude da penetração das consequências oriundas do avançono setor da tecnologia da informação, os dados pessoais ganharam posição de destaque. No Brasil, não tardou muito para a promulgação de uma lei para regulamentar essa questão. Este trabalho se propõe a analisar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o poder requisitóriodos órgãos de persecução penal estatais. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, com o auxílio de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que, inobstante o grande avanço com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a deliberada falta de

[115] Procurador do Estado do Acre. Mestre em direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Doutorando em direito pela Universidade de Brasília – UNB. Professor do Instituto Federal do Acre. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP.

[116] Mestre em direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Doutor em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-doutor em direito pela Universidade de Marília – UNIMAR.

regulamentação por parte do legislador ordinário a respeito da questão do sigilo de dados
pessoais e o poder requisitório continua a alimentar insegurança jurídica, dando azo aosurgimento de conflitos indesejados.

PALAVRAS-CHAVE: ECONOMIA DA INFORMAÇÃO – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – SIGILO MÉDICO – PODER REQUISITÓRIO.

1. INTRODUÇÃO

O No ano de 2018, o Brasil experimentou um grande avanço no que diz respeito à proteção legal de dados. Isso se deu em virtude da promulgação da Lei 13.709/2018[117], intitulada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Com isso, o Brasil se tornou o maior país do mundo, em termos populacionais, que conta com uma lei específica para proteger os dadospessoais nesse contexto de economia da informação.

Entretanto, apesar do grande avanço, a Lei 13.709/2018 perdeu a oportunidade de regulamentar um ponto de conflito que há muito é

[117] BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm]. Acesso em: 10.10.2018.

vivenciado no Direito brasileiro e que tem causado muita insegurança jurídica. Trata-se da tensão existente entre o poder requisitório dos órgãos de persecução penal do Estado, principalmente o Ministério Público, e o sigilo médico,mormente o sigilo do prontuário médico.

O Ministério Público entende que seu poder requisitório, fruto de normas legais e constitucionais, o possibilita a ter acesso a dados pessoais em poder do médico, que geralmente encontram-se insertos em prontuários médicos. No entanto, o Conselho Federal de Medicina, bem como alguns Estados, por meio de suas Procuradorias, têm orientado a franquear o acesso dos órgãos de persecução penal a prontuários médicos somente após autorização judicial – cláusula de reserva de jurisdição.

Apesar de toda a regulamentação trazida com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, essa, em dispositivo específico, relegou à regulamentação futura o tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de atividades de investigação e repressão de infrações penais, determinando que será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na Lei em comento.

Tal escolha pelo legislador ordinário deixou ao alvedrio da consciência jurisdicional dos magistrados o poder de materializar a norma princípio prevista do artigo 5º, inciso X, da Constituição

Federal2 quando em rota de colisão com o poder requisitório do Ministério Público, o que, ante a dinâmica como funciona o sistema jurisdicional, causa muita insegurança jurídica e atos desproporcionais, como será visto adiante.

2. SOCIEDADE EM REDE E A ECONOMIA DA INFORMAÇÃO

A proteção à intimidade, privacidade e, entre esses direitos, notadamente, os dados pessoais, é um fenômeno que vem ganhando a atenção do legislador ordinário somente após 30 anos da promulgação da Constituição Federal. De lá para cá, essa proteção não estava suficientemente regulada e ficava sob a tutela de normas de caráter altamente genérico.

O grande catalisador que propiciou essa atração da preocupação por parte do legislador para a questão da intimidade, privacidade e, consequentemente, proteção dos dados pessoais foi a penetração das consequências advindas da atual fase da economia em que vivemos, a economia da informação[118]. As transformações ocorridas no setor da economia mundial não são um fenômeno restrito a essa área da ciência social. Paralelamente a essa denominação dada no setor da economia, há o conceito de "sociedade em rede", ideia elaborada pelo sociólogo espanhol Manuel Castells para designar todas as transformações

[118] BENKLER, Yochai. The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 15. Disponível em: [www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf]. Acesso em: 02.12.2018.

ocorridas da sociedade mundial em virtude da penetração das tecnologias informacionais.

De acordo com esse autor:

> "A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes."[119]

Os avanços no setor da tecnologia da informação transformaram radicalmente o modo de viver do ser humano. Se antes, para ter acesso a conhecimento, precisava-se ir a uma biblioteca, tendo-se que se contentar com seu limitado acervo, hoje isso é facilmente feito da própria casa, onde a pessoa, através da internet, consegue, de forma simples, acessar as mais variadas e profundas pesquisas científicas e produções literárias. O modo de se fazer entretenimento mudou. Houve uma democratização do acesso à mídia. Antes, esse acesso estava sob o monopólio das grandes empresas de mídia televisiva; hoje, qualquer pessoa pode postar um vídeo no *Youtube* e, da noite para o dia, virar uma celebridade. Investir nas bolsas de valores mobiliários não era uma realidade palpável para a classe média, que sequer conseguia ser atendia por uma corretora de valores, a qual focava suas atenções para o grande investidor. O setor da educação foi

[119]CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. A sociedade em rede: do conhecimento à acção política. Belém: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2005. p. 20. Disponível em: [https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/sociedade-em-rede-do- conhecimento-%C3%A0-ac%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADtica]. Acesso em: 22.05.2020.

democratizado, pois a internet inaugurou o ensino a distância, possibilitando o acesso à educação de forma uniforme, mesmo para aqueles que estão distantes dos grandes centros de produção cultural.

Com o alvorecer da Revolução Industrial, inaugurou-se um modelo econômico de produção em massa, com fornecimento de grandes quantidades de produtos padronizados a um custo baixo. Na atual sociedade em rede, o modelo econômico se transformou, assumindo um modo mais flexível, com produção customizada e *marketing* individualizado[120]. Nessa nova realidade, o ferro e a mão de obra dão lugar à informação, metaforicamente falando, como novo insumo dessa economia alicerçada na capacidade de prospectar, obter, tratar, gerenciar e lapidar a informação[121].

Conforme assertiva que está em voga, os dados são o petróleo do Século XXI7. Fala- se muito no termo "Big data". De acordo com o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro – ITS, Big Data é:

> "[...] conjunto de dados cuja existência só é possível em consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível nos últimos anos, graças à onipresença de aparelhos e sensores na vida cotidiana e do número crescente de pessoas conectadas a tais tecnologias por meio de redes digitais e também de sensores."[122]

---

[120] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84-90.
[121] BENKLER, Yochai. The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2206. p. 13. Disponível em: www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf]. Acesso em: 02.12.2018.
[122] INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO. Big data no projeto Sul Global: relatório sobre estudos de caso. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [http://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf].

O Article 29 Working Party[123], criado pela Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu como uma organização de caráter consultivo e independente, conceitua big data como:

> "Big data se refere ao crescimento exponencial tanto na disponibilidade quanto no uso automatizado de informação: refere-se a conjuntos de dados digitais gigantescos detidos por empresas, governos e outras organizações de grande porte, que são amplamente analisados (daí o nome: analytics) usando algoritmos de computador. Big data pode ser usado para identificar tendências mais gerais e correlações, mas também pode ser processado, de modo a afetar diretamente os indivíduos"[124] (tradução nossa).

Um típico exemplo do uso do big data pode ser demonstrado no caso do supermercado britânico Tesco, descrito por Vinícius Fortes, Salete Boff e Fernando Ayuda[125]. A partir do Tesco Clubcard, um programa de fidelidade criado pela rede de supermercados, é possível coletar dados de

---

Acesso em: 12.12.2018.

[123] "The Article 29 Data Protection Working Party was set up under the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. It has advisory status and acts independently".
Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm].

[124] No original: "Big data refers to the exponential growth both in the availability and in the automated use of information: it refers to gigantic digital datasets held by corporations, governments and other large organizations, which are then extensively analyzed (hence the name: analytics) using computer algorithms. Big data can be used to identify more general trends and correlations, but it can also be processed in order to directly affect individuals".

[125] FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salete Oro; AYUDA, Fernando Galindo. The fundamental right to privacy in brazil and the internet privacy rights in regulating personal data protection. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 11, n. 1, p. 24-48, jan.-abr. 2016. DOI: 10.5902/1981369419706. Disponível em: [https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19706/pdf]. Acesso em: 10.05.2020.

compras feitas no "mundo real", que são mapeadas e cruzadas com compras feitas na internet. Nas palavras dos autores:

> "Dessa forma, a rede passou a armazenar detalhes de cada consumidorno Reino Unido, desde o domicílio até uma série de características demográficas, socioeconômicas e de estilo de vida. Por meio de um sistema de inteligência artificial chamado Zodiac, foi possível criar perfis inteligentes e segmentação de dados de clientes. Assim, o perfil do cliente pode ser classificado como seu entusiasmo por promoções, sua fidelidade a marcas e outros hábitos de compra. Além disso, a empresa passou a vender o acesso ao banco de dados chamado Crucible para empresas de diferentes segmentos, como Sky (TV paga), Gillette (aparelhos de barbear e cosméticos) e Orange(provedora de serviços de televisão e internet). Juntos, o Crucible e o Zodiac podem gerar um mapa de como um indivíduo pensa, trabalha earmazena com frequência. Além disso, o mapa é capaz de classificar os consumidores em 10 categorias: (i) riqueza; (ii) promoções; (iii) viagens; (iv) caridade; (v) consumo 'verde'; (vi) dificuldades financeiras; (vii) crédito; (viii) estilo de vida; (ix) hábitos; (x) aventuras"[12] (tradução nossa).

Verifica-se, portanto, que a informação ganhou papel de destaque no atual cenário econômico, transformando-se na commodity do Século XXI. Todavia, essa inovação não pode passar ao largo do Direito, consoante será visto adiante.

3. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A preocupação com os dados das pessoas e a forma como esses dados são utilizados, transmitidos, tratados e guardados, tanto pelo próprio Estado como por setores econômicos privados, fez com que o legislador

brasileiro promulgasse a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. A Lei 13.709/2018 dispõe sobre o tratamento de dados pessoais. Essa Lei traz regraspara disciplinar a forma como os dados pessoais dos indivíduos podem ser armazenados por empresas e Entidades Públicas ou mesmo por outras pessoas físicas. O objetivo da Lei é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Antes dessa Lei, não havia qualquer previsão normativa específica a respeito do tema no Brasil. Não obstante, a regulação, ainda que bastante genérica, não passou ao largo da Constituição Federal. Analítica por natureza, a Carta Constitucional brasileira acabou dedicando normativos, ainda que abstratos, para a proteção da intimidade e privacidade. No inciso X e XII do artigo 5º da Constituição, erigiu-se como direito fundamental inviolável a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, bem como a inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Segundo Laura Mendes, o artigo 5º, X, da Constituição faz com que seja:

> [...] possível extrair uma tutela ampla da personalidade e da vidaprivada do cidadão, nas mais diversas situações em que ele se encontra. Não faria sentindo excluir exatamente as situações em que a sua vida privada está sujeita a uma maior violação, como é o caso do processamento de dados pessoais. Afinal, muitas vezes, o tratamento de dados configura, hoje, uma ameaça muito mais grave à intimidade e à vida privada do homem médio do que os perigos ‘tradicionais’ [...]. Assim, não há dúvidas de que a

> Constituição Federal protege o homem médio desses riscos, que raramente ocorrem na vida real, não haveria sentido em negar-lhe a proteção constitucional perante os bancos de dados, que constituem um risco constante e diário para todos os cidadãos."[126]

Dessa forma, embora inexistisse regulação específica com o intuito de proteger dados pessoais dessa nova economia pautada na informação como insumo, a Constituição da República dava o norte para ser seguido pelo intérprete que se deparasse com esse desafio. Ocorre que a norma prevista nos incisos X e XII da Carta brasileira muito se aproxima de ser caracterizada como norma princípio, não detendo a característica principal da norma regra, qual seja, regulação estrita e específica. Assim, sua aplicação tem de passar pela insegura e imprevisível consciência jurídica dos magistrados, aplicadores do Direito por excelência. E fala-se em insegura e imprevisível porque, tal como se tem constatado hodiernamente, a proliferaçãode decisões diferentes pautadas um mesmo normativo tem crescido exponencialmente, contribuindo para um aumento da desagradável falta de segurança jurídica.

Vinicius Fortes já apontava que a carência de uma legislação sobre o assunto fazia com que as situações específicas relacionadas à proteção de dados ficassem à mercê da "consciência jurisdicional" de cada juiz, causando uma insegurança jurídica e, consequentemente, não alcançando uma resposta uniforme e adequada aos problemas[127].

---

[126] MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e a defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 171.
[127] FORTES, Vinicius Borges. Os direitos de Privacidade e a proteção de dados pessoais da internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 12.

Não se nega o grande avanço experimentado com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Essa Lei vem a preencher uma grande lacuna que existia no ordenamento jurídico. Todavia, ela poderia ter ido mais além.

4. DOS DADOS PESSOAIS E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Conforme anteriormente dito, houve um grande avanço experimentado pelo ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que veio a extirpar uma lacuna normativa específica que existia nessa seara. A proteção dos dados das pessoas está regulamentada. Há, com isso, uma proteção diante das diversas situações a que é exposto o cidadão brasileiro nesse contexto de sociedade em rede e economia da informação. Todavia, referida Lei pecou em já não regular a respeito da coleta, do tratamento e do uso de dados para fins de persecução penal.

Nos termos da alínea *d* do inciso III do artigo 4º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, essa não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de atividades de investigação e repressão de infrações penais. Mais adiante, a própria Lei consigna no § 1º do mesmo artigo que o tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de atividades de investigação e repressão de infrações penais "será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse

público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos" na Lei 13.709/18.

A própria leitura do § 1º do artigo 4º da Lei em estudo já leva à conclusão de que inexiste legislação específica a respeito do tratamento de dados pessoais na persecução penal. Isso, porque o legislador já determina que a "legislação específica" deverá, ou seja, usa um verbo conjugado no futuro, e, após, dá as diretrizes que a "legislação específica" terá de percorrer.

Essa lacuna legislativa jogou para a consciência jurisdicional do magistrado a resolução das discussões oriundas desse específico campo sem normativo regulatório. Será tratado, aqui, no próximo capítulo, a respeito de um caso que ocorreu no Estado do Acre.

5. DO PODER PERSECUTÓRIO ESTATAL E O PRONTUÁRIO MÉDICO

A título de introdução, é importante comentar a questão do segredo médico. Esse compreende confidências relatadas ao profissional, bem como as percebidas no decorrer do tratamento[128]. Dessa forma, o segredo médico é penalmente − artigo 154 do Código Penal − e eticamente

[128] VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente. Rev. Bioét., Brasília, v. 23, n. 3, p. 513-523, set.-dez. 2015. DOI: http://doi.org/10.1590/1983-80422015233088. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0513.pdf]. Acesso em: 12.12.2018.

protegido − artigo 73 e seguintes do Código de Ética Médica[129] −, na medida em que a intimidade do paciente deve ser preservada.

Assim, verifica-se a relevância do segredo médico, que, de tão importante, atrai não só a incidência de uma norma ética, mas também a incidência de uma norma penal, a mais drástica a ser utilizada pelo Estado na garantia da ordem pública. Dessa forma, o segredo médico deve ter aplicação em toda atividade e instrumentos usados pelo profissional da medicina, entre eles, o prontuário médico.

Nos termos do artigo 1º da Resolução 1.638/2002 do Conselho Federal de Medicina – CFM17, prontuário médico é:

> "[...] 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."

Referido documento contém a discriminação de todos os procedimentos a que o paciente foi submetido e a identificação dos profissionais que os realizaram. As informações inseridas no prontuário revestem-se de elementos e situações afetas diretamente à intimidade do paciente, tais como a descrição de suas características físicas, estado de saúde, enfermidades etc. Somente são confiadas tais informações aos

[129] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: resolução CFM 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: [https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica %20medica.pdf]. Acesso em: 05.12.2018.

médicos em virtude de seu dever de sigilo profissional. É importante salientar que o prontuário pertence ao paciente, portanto é um direito do paciente ter acesso, a qualquer momento, ao seu prontuário, podendo, inclusive, solicitar sua cópia. Inobstante, a responsabilidade pela sua guarda é do médico e da unidade de saúde.

O cenário retrodescrito parece ser bem simples. Todavia, quando se coloca um elemento nesse cenário, surge uma celeuma jurídica ainda não apreciada diretamente por grande parte das cortes estaduais e federais brasileiras e pelos Tribunais Superiores. Está-se a tratar, aqui, da prerrogativa persecutória dos órgãos constitucionais competentes, notadamente o Ministério Público e seu "poder requisitório"[130]. Esse poder é extraído de interpretação conjunta dos artigos 129, inciso VI, da Constituição, artigo 26 incisos I, alínea b, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Com base em tais dispositivos, o Ministério Público entende que tem amplo acesso aos prontuários médicos, não havendo necessidade de prévia autorização judicial – reserva de jurisdição − para quebra de sigilo.

A celeuma ora descrita não se restringiu ao mundo jurídico em tese. Em agosto de 2017, foi proposta, pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre – PGE/AC ação civil pública em face do Ministério Público do

[130] FELDENS, Luciano. O poder requisitório do ministério público e a inoponibilidade de sigilo. *Boletim Científico*, ano II, n. 7, p. 65-73, abr.-jun. 2003. Disponível em: [http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim- cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-7-abril-junho-de-2003/o-poder-requisitorio-do-ministerio- publico-e-a-inoponibilidade-de-sigilo]. Acesso em: 12.05.2020.

Estado do Acre – MP/AC[131]. No relato da referida demanda é narrado que a PGE/AC tomou conhecimento da instauração de Termo Circunstanciado de Ocorrência no qual figurou como indiciada uma servidora do Estado do Acre, apontada como autora de crime de desobediência, sob o fundamento de não cumprimento de requisição do MP/AC para entrega de prontuário médico.

Referida servidora pública, agindo no exercício de seu mister, pautou-se em parecer emitido pela PGE/AC, o qual orientava os servidores do Estado do Acre a condicionar a apresentação do prontuário médico à existência de prévia autorização judicial, uma vez que o referido documento médico continha informações privadas sobre pacientes atendidos na rede de saúde pública. Tal fato gerou inconformismo dos órgãos de apuração criminal − Ministério Público e Polícia Civil −, o que culminou na prisão da servidora pública estadual.

Conforme dito, o Parecer/PGE 04/2014 orientava os servidores do Estado do Acre a atender as requisições do Ministério Público e da Polícia Civil solicitando prontuários médicos de cidadãos atendidos pela Rede Pública de Saúde somente nos casos de haver prévia autorização judicial para tanto. O processo em questão não findou e, até o momento desta pesquisa, está em grau de recurso no Tribunal de Justiça do Estado do Acre. A liminar anteriormente concedida pelo Tribunal de Justiça do

[131] BRASIL.. Tribunal de Justiça do Acre. Ação Civil Pública 0709817-50.2017.8.01.0001. Disponível em: [https://esaj.tjac.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000AZA90000&processo.foro=1&uuidCaptcha=sajcaptcha_c9fa1406347a4fa2b5d87c4e85d b331f]. Acesso em: 11.01.2019.

Estado do Acre determinando que o Ministério Público do Estado do Acre não requisitasse prontuários médicos dos servidores do Estado do Acre sem prévia autorização judicial perdeu o objeto em virtude da superveniência do julgamento do processo em primeira instância.

A esse respeito, procedendo a uma análise a partir de uma visão constitucional e, consequentemente, republicana da questão em debate, defende-se que o acesso ao prontuário médico está dentro do âmbito da cláusula de reserva de jurisdição. Nesse quadrante, é importante ficar bem claro que não se defende a impossibilidade de o Ministério Público proceder com investigações criminais e, nessa atividade, ter acesso a prontuário médico. O que se defende é que, na consecução dessa investigação criminal, o Ministério Público deve obedecer a uma reserva de jurisdição para ter acesso a prontuários médicos de pessoasatendidas nos hospitais públicos e privados. Dessa forma, no momento em que se deparar coma necessidade de obter um prontuário médico de uma pessoa atendida em hospital público ou privado, deve o Ministério Público ou a Polícia Civil – se for o caso – requerer – ourepresentar, no caso do delegado de polícia – ao juiz competente, o acesso ao prontuário médico.

Isso, porque o Ministério Público está limitado a observar as garantias constitucionais fundamentais do cidadão, mesmo dentro de sua atribuição de investigação respaldada pela Constituição, chancelada pela adoção da Teoria dos Poderes Implícitos no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF[132]. O fato de o Ministério Público poder proceder à

[132] STF, RE 593.727/MG, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.05.2015. Disponível em:

investigação criminal, alicerçado na Teoria dos Poderes Implícitos, não permite que ele proceda com atos que violem direitos e garantias fundamentais tuteladas pela Constituição Federal, entre os quais está o direito à intimidade.

Em verdade, embora não especificamente a respeito dos prontuários médicos, o conflito aparente entre direito à intimidade e "poder requisitório" do Ministério Público já foi resolvido diversas vezes pelo STF. Nessa resolução, nenhum direito prevaleceu de forma absoluta. De um lado, não se entendeu que o poder de investigar é ilimitado. Entendeu-se que,em certas ocasiões, é preciso que tal função investigativa seja sindicada pelo Poder Judiciário.Doutro lado, não se entendeu que o direito à intimidade seja absoluto, fazendo com que ninguém a ele possa ter acesso. Entendeu-se que em certas ocasiões tal direito pode ser limitado, mas essa limitação terá que passar pelo crivo do Poder Judiciário.

Ao apreciar o Recurso Especial 1.217.271[133], o Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu que a jurisprudência deste já definiu que o art. 8º da Lei Complementar 73/1995[134] nãoexime o Ministério

[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233]. Acesso em: 10.12.2018.

[133] STJ, REsp 1.217.271/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 18.05.2016. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1404703&num_registro=201001915649&data=20160906&formato=PDF]. Acesso em: 08.01.2019.

[134] BRASIL. Lei Complementar 75 de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm]. Acesso em: 10.12.2018.

Público de requerer a autorização judicial prévia para que haja o acesso a documentos protegidos por sigilo legalmente estatuído.

É cediço que, em um conflito de normas constitucionais, é o Poder Judiciário o competente para definir, no caso concreto e de acordo com o princípio da proporcionalidade, qual garantia constitucional deve ser relativizada em favor de outra com maior relevância. É oJudiciário também o responsável por verificar a existência de interesse coletivo, que autorize a relativização de uma garantia individual. Nessa ponderação, verificar-se-ão quais os dispositivos constitucionais em conflito, qual a justificativa para a mitigação de um e de outro, e se o sacrifício de uma garantia realmente é o meio mais útil e menos gravoso. Assim,a mera alegação de existência de justa causa apta a ensejar a violação do direito à intimidade eao sigilo profissional (e a celeridade na persecução criminal, por si, não caracteriza essa justa causa) não pode ser entendida como absoluta.

No caso da reserva constitucional de jurisdição, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Ademais, existem casos em que somente por decisão de magistrado ou de órgão dotado de poder investigativo próprio das autoridades judiciais se pode quebrar a inviolabilidade assegurada constitucionalmente.

Nesse sentido, apesar de relativização da inviolabilidade prevista no art. 5º, X, da CF não estar submetida expressamente à decisão estrita de um magistrado, somente poderá ocorrer, porque se trata de inviolabilidade, por meio de decisão judicial ou por força de requisição de órgão dotado do poder investigativo próprio das autoridades judiciais, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito.

A título de argumentação, deve-se obtemperar que a razão jurídica que impera nos casos de quebra do sigilo médico é a mesma que impõe aos órgãos de persecução penal a necessidade de prévia representação dirigida ao Poder Judiciário para a quebra dos sigilos fiscal e financeiro de pessoas investigadas. Veja-se que, em uma interpretação literal do artigo5º, inciso XII, não há como vislumbrar a necessidade de autorização judicial para quebra dos sigilos fiscal e financeiro. Todavia, as Cortes Superiores, em nítido exercício de interpretação sistemática da Constituição, chegaram ao entendimento de que a quebra de sigilo fiscal e financeiro estaria abrangida pela cláusula de reserva de jurisdição[135].

Embora a quebra de sigilo fiscal e bancário não estivesse prevista literalmente no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, a interpretação sistemática com a finalidade de não restringir direitos fundamentais levada a efeito pelos Tribunais Superiores culminou com o entendimento de que o sigilo fiscal e bancário é matéria afeta à clausula de reserva de jurisdição, fato que leva à necessidade de autorização

[135] STJ, HC 160.646/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 01.09.2011. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078567/habeas-corpus-hc-160646-sp-2010-0015138-3-stj/inteiro- teor-21078568?ref=juris-tabs]. Acesso em: 08.01.2019.

judicial prévia para ter acesso a tais dados. E o dispositivo constitucional usado para se chegar a tal interpretação sistemática foi exatamente o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal. Ou seja, o mesmo inciso quetutela o sigilo da intimidade das pessoas atendidas em hospitais públicos e privado insertas emprontuários médicos. Assim, o mesmo plexo de normas que tutelam o sigilo fiscal e bancárioé o que tutela o sigilo do prontuário médico. Trata-se da aplicação da mesma *ratio essendi*.

Dessa forma, o que se conclui é que, embora os tribunais superiores tenham se manifestado pela aplicabilidade da cláusula de reserva de jurisdição em outros casos de conflito entre o direito à intimidade e à privacidade e o direito persecutório do Estado – tal como já ocorreu em relação à quebra de sigilo fiscal e bancário –, a falta de regulamentação expressa desse conflito enseja o ressurgimento da discussão jurídica. É o que ocorre na questão do poder requisitório ministerial e os prontuários médicos. Os tribunais superioresnão se manifestaram especificamente sobre essa questão. Todavia, em casos análogos, aplicaram sempre o mesmo entendimento: o de que o poder requisitório do Ministério Públicodeve se submeter à cláusula de reserva de jurisdição quando se tratar de requisição de dados e informações protegidos pelo direito à intimidade e privacidade.

Não é despiciendo lembrar, conforme lição de Miguel Reale, que o Direito é um “processo de adaptação social”[136]. Existe justamente

[136] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

para pacificar os conflitos oriundos da sociedade. Entretanto, no caso estudado neste artigo, é possível concluir que o legislador brasileiro perdeu uma grande oportunidade de já regulamentar o conflito aparente existente entre o direito de intimidade e privacidade e o poder requisitório dos órgãos de persecução penal. Ao assim fazer, abre brecha para a eternização de um conflito que já foi resolvido pelos órgãos constitucionais competentes, muito em virtude das lacunas do ordenamento jurídico oumesmo da limitação do processo de aplicação das normas jurídicas.

Além do mais, não se pode esquecer que, ao deixar de regulamentar a questão ora em discussão, o Poder Legislativo acaba delegando para o Poder Judiciário sua função primordialde materializar sua interpretação das normas princípios da Constituição, colocando-se em umasituação de ter de se contentar com a resolução aplicada pelos magistrados.

A título de comparação, os ordenamentos jurídicos estrangeiros exigem regulamentação legislativa para equacionar o aparente conflito entre o direito à intimidade e o direito de investigação do Estado. Não se está aqui afirmando que tais ordenamentos regulam especificamente a questão do acesso ao prontuário médico, mas sim que regulam a tensão existente entre o direito à intimidade do indivíduo e o direto persecutório estatal, que é, justamente, a razão jurídica – *ratio essendi* – que impera no caso objeto deste artigo.

Como exemplo, pode-se citar a diretiva 24/2006 da União

Europeia e a Lei 32/2008 da República Portuguesa, que regulamenta, no Estado português, a referida Diretiva na questão da guarda de dados da internet. Matheus Fedato e Luiz Fernando Kazmierczark explicam como ocorre essa regulamentação:

> "Em referida lei, pode-se perceber claramente a possibilidade de invasão de privacidade para a repressão de crimes, conforme disposto no artigo 3º 'A conservação e a transmissão dos dados têm por finalidade exclusiva a investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes'. Mais adiante, no artigo 9º, dispõe-se que a transmissão dos dados referentes às interceptações só poderá ser permitida por despacho fundamentado do juiz se houver razões para crer que a diligência é indispensável à descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, detecção e repressão de crimes graves.
> Ainda em seu artigo nono, encontra-se uma previsão de suma importância, qual seja a de que 'a decisão judicial de transmitir os dados deve respeitar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade'. Deveras, notável tal disposição que prescreve a observância do uso do princípio da proporcionalidade. E de outro modo não poderia ser, pois se objetiva a harmonização de direitos fundamentais, o melhor modo de se fazer isso é analisar o caso concreto sob a influência das máximas da adequação e necessidade, bem como do sopesamento dos interesses, pela proporcionalidade em sentido estrito."[137]

Portanto, fica demonstrado que, no atual contexto social e

[137] FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZARK, Luiz Fernando. A observância do princípio da proporcionalidade no direito comparado quanto à interceptação de dados digitais. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, set.-dez. 2017. p. 554-555. DOI: https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.2038. Disponível em: [https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2038/1421]. Acesso em: 20.05.2020.

jurídico em que vive a sociedade, o acesso direto, por parte dos órgãos de persecução penal, a documentos e dados de caráter pessoal, protegidos pelo direito à intimidade e à privacidade, necessita de prévia apreciação por parte do Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, é possível concluir que a sociedade mundial passou, nos últimos 50 anos, e continua a passar por transformações que são oriundas do progresso vivenciado pelo avanço no setor da tecnologia da informação. Tais influências causaram uma disrupção no modo de ser do homem moderno, transformando profundamente todos os setores da sociedade, notadamente a economia global. Os conceitos que mais representam essa ideia são o conceito de sociedade em rede e economia da informação.

Na transição que a humanidade vivenciou com o alvorecer da Revolução Industrial, a sociedade sai de um modo de produção econômico artesanal para um modo de produção em massa, com fornecimento de grandes quantidades de produtos padronizados a um custo baixo. Na atual sociedade em rede, o modelo econômico se transformou, assumindo um modo mais flexível, com produção customizada e *marketing* individualizado. Nessa nova realidade, o ferro e a mão de obra dão lugar à informação, metaforicamente falando, como novo insumo dessa economia alicerçada na capacidade de prospectar,

obter, tratar, gerenciar e lapidar a informação.

Nesse novo contexto, novos desafios nasceram para a sociedade e para o Direito. Emum mundo em que os dados e a informação passaram a ser o insumo que impulsiona a economia global, a privacidade entrou em rota de colisão com os interesses econômicos.

Nessa tensão, entra em cena o Direito, para regulamentar e propiciar o pleno desenvolvimentode ambos. O fruto dessa resolução é a promulgação, no Brasil, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Trata-se de um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, que o coloca em posição de destaque no cenário mundial relativo a esse tema, em um contexto em que a maioria dos países de primeiro mundo, inclusive os Estados Unidos, ainda não formularam suas leis a respeito da proteção da privacidade na economia da informação.

Todavia, nem tudo é perfeito e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais relegou para uma lei futura, ainda a ser criada, a regulamentação a respeito da proteção da privacidadee o poder requisitório das entidades de persecução penal. Essa tensão, embora resolvida pelos tribunais superiores especificamente a respeito do sigilo bancário e fiscal, acaba sempreressurgindo quando outros pontos de sigilos entram em rota de colisão com o poder requisitório, tal como ocorreu em relação ao sigilo médico e, consequentemente, o sigilo do prontuário médico.

Portanto, urge a criação de uma lei que venha a complementar o objetivo perseguido pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e regulamentar, de uma vez por todas, a questão da proteção da privacidade e o poder requisitório,

deixando bem clara a necessidade de se pôr ao crivo do Poder Judiciário, por se tratar de uma cláusula de reserva de jurisdição, apossibilidade de quebra do sigilo médico, mormente a respeito do acesso ao prontuáriomédico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENKLER, Yochai. **The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom. New Haven**: Yale University Press, 2006. Disponível em: [www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf]. Acesso em: 02.12.2018.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. A sociedade em rede: do conhecimento à acção política. Belém: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2005. p. 17-30. Disponível em: [https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/sociedade-em-rede-do-conhecimento-%C3%A0-ac %C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADtica]. Acesso em: 22.05.2020.

FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZARK, Luiz Fernando. **A observância do princípio da proporcionalidade no direito comparado quanto à interceptação de dados digitais.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 539-558, set.-dez. 2017. DOI: https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.2038. Disponível em:

[https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2038/1421]. Acesso em: 20.05.2020.

FELDENS, Luciano. **O poder requisitório do ministério público e a inoponibilidade de sigilo.** Boletim Científico, ano II, n. 7, p. 65-73, abr.-

jun. 2003. Disponível em: [http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim- cientifico-n-7-abril-junho-de-2003/o-poder-requisitorio-do-ministerio-publico-e-a- inoponibilidade-de-sigilo]. Acesso em: 12.05.2020.

FORTES, Vinicius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais da internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salete Oro; AYUDA, Fernando Galindo. The fundamental right to privacy in brazil and the internet privacy rights in regulating personal data protection. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 11, n. 1, p. 24-48, jan.-abr. 2016. DOI: 10.5902/1981369419706. Disponível em: [https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19706/pdf]. Acesso em: 10.05.2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. TOONDERS, Joris. Data is the new oil of the digital economy. WIRED, 07 2014. Disponível em: [www.wired.com/insights/2014/07/data-new-oil-digital-economy]. Acesso em: 12.12.2018.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente**. Rev. Bioét., Brasília, v. 23, n. 3, p. 513-523, set.-dez. 2015. DOI: http://doi.org/10.1590/1983- 80422015233088. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3- 0513.pdf]. Acesso em: 12.12.2018.

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Ação Civil Pública 0709817-50.2017.8.01.0001. Disponível em:

[https://esaj.tjac.jus.br/cpopg/show.do?
processo.codigo=01000AZA90000&processo.foro=1&uuidCaptcha=sajcaptcha_c9fa1406347 a4fa2b5d87c4e85db331f]. Acesso em: 11.01.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 160.646/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Data do julgamento: 01.09.2011. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078567/habeas-corpus-hc-160646-sp-2010- 0015138-3-stj/inteiro-teor-21078568?ref=juris-tabs]. Acesso em: 08.01.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.217.271 – PR. Rel.: Min. Humberto Martins. Data do julgamento: 18.05.2016. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?
componente=ITA&sequencial=1404703&num_registro=201001915649
&data=20160906&fo rmato=PDF]. Acesso em: 08.01.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593.727/MG. Rel. Min. Cezar Peluso. Data do julgamento: 14.05.2015. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?
docTP=TP&docID=9336233]. Acesso em: 10.12.2018.

Legislação

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: resolução CFM 1.931, de 17 de setembro de 2009. 2010. Disponível em: [https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf]. Acesso em: 05.12.2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 1.638/2002 de 10 de julho de 2002. Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde. Disponível em: [www.portalmedico.org.br]. Acesso em: 05.12.2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm]. Acesso em: 11.03.2020.

BRASIL. Lei Complementar 75 de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm]. Acesso em: 10.12.2018.

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm]. Acesso em: 10.12.2018.

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO ESTADO DO ACRE: BREVES COMENTÁRIOS À LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 413/2022.

Rafael Pinheiro Alves [138]

Thiago Torres Almeida[139]

RESUMO

O presente estudo busca analisar, sem esgotar o tema, a Lei Complementar n. 413, de 25 de julho de 2022, que dispôs sobre o Processo Administrativo Tributário, revogando, expressamente, os artigos 157 a 254 da Lei Complementar Estadual n. 07/82. À luz do art. 15 do CPC, o processo administrativo tributário observou algumas regras ali previstas para reproduzir no seu instrumento legal. Além disso, por se tratar de uma lei de caráter processual, que persegue o devido processo legal, vários são os princípios aplicados no contencioso administrativo tributário, tais como:

138 Procurador do Estado do Acre. Graduado pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

139 Procurador do Estado do Acre. Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal. Graduado pela Faculdade Ruy Barbosa-BA. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Cândido Mendes.

contraditório, ampla defesa, acesso à instrução, recorribilidade, segurança jurídica, previsibilidade, apenas para referir alguns desses tais valores/técnicas. Quanto a função dos tribunais administrativos, cumpre registrar que possuem inegável função judicante, dotado de imparcialidade nos seus julgamentos. Por outro lado, o art. 25, da Lei Complementar n. 413/2022 merece crítica, por não ter acompanhado o art. 927 do CPC, merecendo adequação em sua legislação, a fim de evitar prejuízos à Administração Pública, indo de encontro à almejada eficiência administrativa. Foi realizada pesquisa doutrinária, concluindo-se que, os órgãos jurisdicionais do contencioso administrativo tributário exercem funções judicantes, fato este que atrai os princípios informadores do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Direito Processual Civil. Processo Administrativo. Processo Tributário. Contencioso Administrativo Tributário. Legislação Estadual. Inovações. Implicações.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a breve análise da Lei Complementar n. 413, de 25 de julho de 2022, que dispôs sobre o Processo Administrativo Tributário, em cotejo com o Novo Código de Processo Civil, que trouxe a modernização do contencioso administrativo tributário no âmbito do Estado do Acre.

Será objeto de discussão os pontos veiculados pela Lei Complementar Estadual n. 413/2022 que estão em plena consonância com o CPC, desde a aplicação de regras e princípios informadores da lei processual.

Por fim, o estudo também irá se debruçar sobre críticas cabíveis a aludida lei, no que diz respeito ao *modus operandi* da jurisdição administrativa, quando houver matérias de natureza repetitiva e com repercussão geral já decididas nos Tribunais Superiores.

2. DESENVOLVIMENTO

O processo administrativo tributário, no Estado do Acre, foi inicialmente normatizado por meio da Lei Complementar Estadual n. 07/82[140] – arts. 157 a 254 -, e regulamentado por meio do Decreto Estadual n. 462, de 11 de setembro de 1987[141].

Vale dizer, então, que, até o dia 24 de outubro de 2022, vigia, no Estado do Acre, normas de direito processual tributário da década de 1980, com cerca de 35 anos de produção de efeitos.

Ocorre que, em 2015, foi publicado o, até então assim chamado, "novo código de processo civil". O novo código apresentou inovações processuais de grande relevância para o cenário processual nacional. E, por ser norma processual de caráter geral, na ausência de normas que

[140] https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116144
[141] http://sefaz.acre.gov.br/2021/?p=6026

regulem processos administrativos, as disposições do Código de Processo Civil lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente (art. 15).

Diante desse quadro histórico, em 25 de outubro de 2022, entrou em vigor a Lei Complementar Estadual n. 413, de 25 de julho de 2022[142], que dispôs sobre o Processo Administrativo Tributário, revogando, expressamente, os artigos 157 a 254 da Lei Complementar Estadual n. 07/82.

O novo diploma buscou, essencialmente, acompanhar as alterações e inovações trazidas pela norma de processo geral – Lei n. 13.105/2015[143] (Código de Processo Civil), de forma a atualizar a legislação processual estadual, que, ainda, baseava-se em normas instituídas no ano de 1982 e 1987.

De fato, ainda que a legislação estadual vigesse há mais de 30 anos, a regras gerais de processo civil conviviam com as regras procedimentais estaduais, em vista do critério temporal e da sua aplicação subsidiária. Todavia, é inegável o cenário de insegurança jurídica, tendo em vista que as normas de caráter especial, justamente, por ter este caráter, prevaleciam, impedindo que algumas normas gerais pudessem produzir efeitos.

Desse modo, em certos casos, havia perigoso e inseguro convívio normativo, como, por exemplo, a regra da contagem do prazo processual em dias úteis. Enquanto o Código de Processo Civil trouxe essa inovação

[142] http://www.legis.ac.gov.br/detalhar/5282
[143] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

em 2015, como regra geral, no Estado do Acre ainda prevalecia, em razão do critério da especialidade, a regra antiga da contagem do prazo em dias corridos, o que, invariavelmente, acarretava insegurança e confusão entre os procedimentos.

Diante deste cenário, como destacado, em julho do corrente ano, foi publicada a Lei Complementar Estadual n. 413/2022, que, nos termos do *CAPUT* do art. 1º, disciplina o processo administrativo tributário, contencioso ou não, proveniente de lançamento de crédito tributário, de consulta, de restituição de indébito, de fornecimento de certidões relativas a tributos estaduais, de regime especial e outros de interesse da Secretaria de Estado da Fazenda, em meio físico ou eletrônico.

Desse modo, a despeito da denominação de *Processo*, verifica-se, a bem da verdade, que se trata da regulamentação de diversos procedimentos internos no âmbito da Secretaria de Estado da Fazenda. Ou seja, possui o escopo de regulamentar o modo pelo qual esses atos processuais serão cumpridos naquela secretaria.

Não há, no Brasil, estatuto normativo que cuide de processos especificamente tributários. É o Código de Processo Civil, dada a sua condição de normativo geral, que nos socorre desde sempre na composição desse problema, transformando em aparente a sobredita lacuna.

Superando antigo impasse, o Código de Processo Civil de 2015 parece ter definido como efetivamente jurisdicional a atividade desempenhada pelos órgãos administrativos de julgamento, nesse conceito

inseridos, por óbvio, os que integram o contencioso administrativo tributário.

Num mesmo capítulo (o II, integrante do Livro I, pertinente à "Parte geral"), o novo Código estipula regras pertinentes à "aplicação das normas processuais", estabelecendo um interessante liame: no art. 13 assevera que a "jurisdição" (civil) é regida pelas normas processuais; no art. 15 prescreve, por outro lado, que, na ausência de normas (processuais) reguladoras do processo administrativo (além do eleitoral e do trabalhista), suas disposições (a do Código) devem ser aplicadas supletiva e subsidiariamente.

> Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.
>
> Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Vale dizer, os órgãos de julgamento integrantes do contencioso administrativo tributário exercem, no desempenho de suas funções, atividade jurisdicional, e não propriamente administrativa; longe de construírem (ou reconstituírem) o crédito tributário administrativamente debatido, eles examinam, com imparcialidade, a pretensão deduzida no instrumento de provocação que os impulsiona a agir.

Sua atividade, antes de vinculada à arrecadação, é marcada pela premissa da *antiexacionalidade*, vocábulo forjado na intenção de definir

os instrumentos processuais destinados a avaliar se a exigibilidade de dado crédito tributário deve ou não subsistir.

Como o judicial, o processo administrativo pode e deve ser visto como instrumento da jurisdição, portanto.

O modelo constitucional de processo, com efeito, não distingue, em sua perspectiva funcional, os ambientes judicial e administrativos; ambos, como quer a Constituição, submetem-se às diretrizes impostas pelo "devido processo legal". Em seu art. 5º, inciso LV, a Constituição, como sabido, assim prescreve:

> Art. 5º. (...)
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Sobre a função jurisdicional atípica, importante apresentar ponderações do professor Paulo César Conrado:

> Vale dizer: reconhecendo, primeiro, que "jurisdição" é atividade que se exerce a partir de "normas processuais", e, segundo, que o processo administrativo é instrumento regido por normas desse timbre, o Código acaba por vincular os dois conceitos, o de "jurisdição" e o de "processo administrativo", autorizando, por conseguinte, a conclusão: a segunda figura (a do processo administrativo) é expressão da primeira (jurisdição).
> Reafirmaríamos, com isso: os órgãos de julgamento integrantes do contencioso administrativo tributário exercem, no desempenho de suas funções, atividade jurisdicional, e não propriamente administrativa; longe de (re)constituírem o crédito tributário administrativamente debatido, eles examinam a pretensão deduzida no instrumento de provocação que os impulsiona a agir (no mais das vezes, produzido pelo contribuinte). Sua atividade, antes de vinculada à arrecadação (nada tendo, portanto, com

> a noção de "cobrança"), é marcada pela premissa da antiexacionalidade.
> É certo, por óbvio, que essa "jurisdição administrativa" não experimenta as mesmas características da "jurisdição judicial"; fossem sobrepostas em todos os seus aspectos, seria sem sentido distingui-las. Não obstante isso, é de jurisdição, definitivamente, o que se tem num e noutro âmbito.
> Daí, ao cabo de tudo, a opção traçada pelo Código de Processo Civil de 2015 (absolutamente legítima, em nosso ver) no sentido de vincular o processo administrativo às suas regras, supletiva ou subsidiariamente, conforme o caso.[144]

Possível dizer – e assim parece ficou muito claro com o Código de Processo Civil de 2015 – que, a despeito da pluralidade de órgãos exercentes de jurisdição estatais), não é dado distinguir, ontologicamente, a função por cada qual exercida. Não é menos jurisdicional a atividade do CARF e do CONCEA, por exemplo, só porque sua posição orgânica não nos leva ao Poder Judiciário; por isso é que, no exercício de sua "jurisdição", deve esse órgão servir-se, e assim todos os outros, das regras processuais apostas no Código de 2015, fazendo-o supletiva ou subsidiariamente.

Com os olhos mantidos sobre essa última observação, podemos (e devemos) reconhecer: o legislador responsável pela emissão de normas processuais reguladoras de processo administrativo em determinado âmbito (federal, estadual ou municipal) não é absolutamente livre; se o

[144] Conrado, Paulo Cesar. PERSPECTIVAS DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO, JUDICIAL E ADMINISTRATIVO, EM VISTA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

processo administrativo é expressão da função jurisdicional, as normas que o disciplinam devem guardar conexão, tanto quanto as do Código de Processo Civil, com os valores e técnicas que definem o sentido do "devido processo legal" – contraditório, ampla defesa, acesso à instrução, recorribilidade, segurança jurídica, previsibilidade, apenas para referir alguns desses tais valores/técnicas.[145]

Vale dizer: mesmo que a hipótese concretamente considerada seja a de subsidiariedade, o Código de Processo Civil não pode ser negligenciado

O exercício da "jurisdição administrativa" a partir dessas balizas permitirá, assim pensarmos, a realização efetiva do *devido processo legal* em sua proporção administrativa.

Nesse sentido, de forma a não negligenciar as normas gerais, é que percebemos importantes inovações instituídas por meio da Lei Complementar n. 413/2022.

Entre elas, destaca-se o art.5º, §1º, que, expressamente, institui a contagem do prazo em dias úteis:

> Art. 5º Consideram-se realizados os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema de informática, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico.
> § 1º Na contagem de prazo, em dias, computar-se-ão somente os dias úteis, excluindo-se, na contagem, o dia de início e incluindo-se o do vencimento.

[145] CONRADO, Paulo Cesar; DALLA PRIA, Rodrigo. Aplicação do Código de Processo Civil ao Processo Administrativo Tributário. In CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. O Novo CPC e seu Impacto no Direito Tributário. São Paulo: Thomson Reuters.

Além da contagem do prazo em dias úteis, da leitura do caput do art. 5º, bem como do art. 10, §1º, inciso I, verifica-se a preferência pela intimação por meio eletrônico.

Trata-se, portanto, de importante adequação ao Código de Processo Civil que, nos art. 193 e ss, bem como art. 212 e 219, que definem a preferência pelo meio eletrônico de intimação, a realização dos atos processuais em dias úteis e a contagem de prazo em dias úteis.

A Lei Complementar Estadual, logo, cumpre com a garantia estabelecida pela norma processual geral, conferindo unicidade de tratamento entre os procedimentos e, principalmente, segurança jurídica aos litigantes do contencioso administrativo.

É importante destacar que, poucos dias antes da publicação da Lei do Processo Administrativo Tributário, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Acre – OAB/AC, publicou nota em favor da alteração legislativa para fins de garantir a contagem dos prazos em dias úteis no processo administrativo tributário, tal qual no processo judicial.

Destaca-se

> Via de regra, na contagem de prazos em processos administrativos tributários, devem ser considerados apenas dias corridos, excluindo-se da contagem o dia de intimação e incluindo-se o dia de seu vencimento como termo final.
> Contudo, tal prática gera um grande prejuízo ao contribuinte e/ou seu representante legal: a obrigação de trabalhar em dias não úteis (v.g., feriados, finais de semana, recessos forenses, etc).
> Na busca por um melhor cenário processual, pautado na cooperação entre os sujeitos do processo, sobretudo para

> atender as necessidades daqueles que labutam no dia-a-dia forense, o Novo Código de Processo Civil trouxe duas – mas não únicas – grandes inovações: a contagem de prazos em dias úteis e a suspensão de prazos processuais entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro.
>
> [...]
>
> Neste cenário, é louvável a iniciativa de alguns Estados (tais como Paraná, Mato Grosso, Ceará e Rio de Janeiro) para a adoção de tal prática.
>
> [...]
>
> Em razão de tal fato, a Comissão Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB, bem como os presidentes das comissões de Direito Tributário das Seccionais da OAB abaixo nominadas comemoram tal iniciativa e sugerem à União Federal e a todos os demais Estados que adotem tal prática, que refletirá em relevante melhora no ambiente processual do contencioso administrativo tributário, pautando-se sempre no princípio da cooperação.[146]

A alteração legislativa, desse modo, não apenas atende ao CPC, mas, principalmente, a um pleito da OAB/AC, cumprindo, assim, com o princípio da cooperação e da eficiência, de modo que demonstra que o Estado do Acre está alinhado com outras Unidades Federativas que já haviam incorporado tal garantia à legislação estadual, como os citados Estados do Paraná, Ceará, Mato Grosso e Rio de Janeiro.

Outro importante destaque a ser pontuado é a inovação instituída pelo artigo 25 do correspondente diploma. Verifica-se:

---

[146]https://www.oabac.org.br/nota-contagem-de-prazo-em-dias-uteis-para-processos-administrativos-tributarios/#:~:text=Nota%20%E2%80%93%20Contagem%20de%20Prazo%20em%20Dias%20%C3%9Ateis%20Para%20Processos%20Administrativos%20Tribut%C3%A1rios,-Assessoria%20de%20Comunica%C3%A7%C3%A3o&text=Via%20de%20regra%2C%20na%20contagem,seu%20vencimento%20como%20termo%20final.

> Art. 25. No âmbito do processo administrativo tributário, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei, decreto ou portaria, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo se declarada:
> [...]
> IV - tema decidido pelo STF, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, no âmbito de suas competências, quando for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo.
> §1º. [...]
> § 2º Fica a Procuradoria-Geral do Estado – PGE, dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre as hipóteses do caput.
> § 3º Os auditores da Receita Estadual poderão não constituir créditos tributários relativos aos temas que trata o caput.
> § 4º Na hipótese de que trata o inciso IV do caput desta lei, a PGE, a pedido da SEFAZ, manifestar-se-á sobre as matérias abrangidas por esses dispositivos.

Importante destacar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida apresentam efeito vinculante restrito aos órgãos do Poder Judiciário (art. 927 do Código de Processo Civil), sendo cabível, inclusive, reclamação caso não observada (art. 988/CPC), de modo que não possui a mesma eficácia dos julgados emanados em ações de controle concentrado, que vinculam tanto o Judiciário quanto a administração pública (art. 102, § 2º, da Constituição Federal[147] e art. 28, parágrafo único, da Lei

[147] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante,

9.868/1999[148]). Na hipótese do Controle Difuso, a Constituição Federal é assertiva ao exigir ato privativo do Senado Federal para que a decisão adquira força vinculante *erga omnes*[149].

Desse modo, em que pese o CPC/2015 tenha ampliado os efeitos dos julgados em que tenha havido o reconhecimento da repercussão geral, por falta de disposição legal expressa que conceda efeito vinculante à administração pública, não cabe, a princípio e sem lei que o autorize, à autoridade administrativa extrapolar os limites legais por meio da aplicação de interpretação extensiva a dispositivo restritivo (que excepciona a própria regra geral).

Todavia, diante do quadro prático, há de criticar-se a legislação que não acompanhou o CPC/2015, de modo a urgir a adequação da legislação tributária diante do inerente deferimento do pedido no âmbito judicial, eis que o precedente analisado é de observância obrigatória aos órgãos do Poder Judiciário – art. 927/CPC. Desse modo, o indeferimento administrativo refletiria em mero prejuízo à Administração Pública, indo de encontro à eficiência administrativa.

---

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[148] Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

[149] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Desse modo, resta claro que a Lei Complementar Estadual n. 413/2022 inovou com importante assertividade ao conferir força vinculante também à Administração Pública sobre tema decidido pelo STF, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, no âmbito de suas competências, quando for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo.

Verifica-se que, em tais hipóteses, a Administração Tributária fica, inclusive, dispensada de constituir crédito tributário, bem como a Procuradoria dispensada de promover a defesa ou autorizado a desistir na hipótese de o ato já ter sido julgado em repercussão geral ou recurso repetitivo pelo STF ou STJ.

Trata-se de posição de vanguarda adotada pelo Estado do Acre, que vai ao encontro às práticas já implementadas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, além de configurar medida de inequívoca eficiência, considerando que o Poder Judiciário se encontra vinculado à respectiva decisão, de modo que não há chances de êxito em eventual defesa ou manutenção do auto. Haveria, ao contrário, flagrante prejuízo, como já destacado.

3. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, atualmente, o processo administrativo tributário do Estado do Acre possui regras atinentes a contagem de prazos e formas de intimação por meio eletrônico,

normas estas que possuem respaldo legal no CPC, que já conta com grande eficácia social.

Mais que alinhar as regras da Lei Complementar Estadual n. 413/2022 às normas do CPC, a exemplo dos artigos que regem prazos e intimações, cuidou o presente trabalho de demonstrar a aplicação dos princípios do Novo Codex ao processo administrativo tributário, a exemplo dos princípios do contraditório, ampla defesa, acesso à instrução, recorribilidade, segurança jurídica, previsibilidade e imparcialidade que se impõe aos julgamentos proferidos pelo CONCEA.

Portanto, é inegável que a vigência da Lei Complementar Estadual n. 413/2022 trouxe uma nova roupagem ao processo administrativo tributário, alinhado aos avanços tecnológicos, conferindo, portanto, a segurança jurídica necessária aos litigantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Paulo de Barros**. DIREITO TRIBUTÁRIO: LINGUAGEM E MÉTODO**. Noeses. 8ª ed. São Paulo: 2021.

CONRADO, Paulo Cesar. **PERSPECTIVAS DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO, JUDICIAL E ADMINISTRATIVO, EM VISTA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. [S.l.]. [entre 2015 e 2021].

CONRADO, Paulo Cesar; DALLA PRIA, Rodrigo. **APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. In CONRADO**, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. O Novo CPC e seu Impacto no Direito Tributário. São Paulo: Thomson Reuters.

CONRADO, Paulo Cesar; DALLA PRIA, Rodrigo. **APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.** [S.l.]. [entre 2015 e 2021].

CONRADO, Paulo Cesar. **PROCESSO TRIBUTÁRIO**. Quartier Latin. 3ª Ed. São Paulo: 2012.

DALLA PRIA, Rodrigo. **DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO**. Noeses. 2ª ed. São Paulo: 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em 10.11.2022

BRASIL. Lei Ordinária n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm >. Acesso em 10.11.2022.

BRASIL. Lei Complementar Estadual nº 7, de 30 de dezembro de 1982. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116144 >. Acesso em 10.11.2022.

BRASIL. Decreto Estadual nº 462, de 11 de setembro de 1987. Disponível em: <http://sefaz.acre.gov.br/2021/?p=6026 >. Acesso em 10.11.2022.

BRASIL. Lei Complementar Estadual nº 413, de 25 de julho de 2022. Disponível em: <http://www.legis.ac.gov.br/detalhar/5282>. Acesso 10.11.2022.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei Estadual nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10.11.2022.

OAB-ACRE. NOTA – *CONTAGEM DE PRAZO EM DIAS ÚTEIS PARA PROCESSOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTÁRIOS*. Rio Branco, 22 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.oabac.org.br/nota-contagem-de-prazo-em-dias-uteis-para-processosadministrativos-tributarios/#:~:text=Nota%20%E2%80%93%20Contagem%20de%20Prazo%20em%20Dias%20%C3%9Ateis%20Para%20Processos%20Administrativos%20Tribut%C3%A1rios,-Assessoria%20de%20Comunica%C3%A7%C3%A3o&text=Via%20de%20regra%2C%20na%20contagem,seu%20vencimento%20como%20termo%20final >. Acesso em 10.11.2022.