



REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO,
MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO DA PUCRS
ANO 18 - N. 50 - JAN./JUN. 2024 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL
ISSN 1982-1921

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA

Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça
Revista Brasileña de Derechos Fundamentales y Justicia
Brasilianische Zeitschrift für Grundrechte und Gerechtigkeit
Brazilian Journal of Fundamental Rights and Justice
Révue Brésilienne de Droits Fondamentaux et Justice
Rivista Brasiliana di Diritti Fondamentali e Giustizia

Diretor

Ingo Wolfgang Sarlet

50

FORUM

ano 18 - n. 50 | janeiro/junho - 2024
Belo Horizonte | p. 1-209 | ISSN 1982-1921
Direitos Fundamentais & Justiça

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA

Revista do Programa de Pós-Graduação,
Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS

Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça

Revista Brasileña de Derechos Fundamentales y Justicia

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA

Direitos autorais pertencentes ao programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS.

© 2024 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: (31) 99412.0131
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Walter Santos

Projeto gráfico: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Revisão: Gabriela Sbeghen

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

D597 Direitos Fundamentais & Justiça

Direitos Fundamentais & Justiça. – ano 11, n. 36, jan./ jun. 2017–
Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Semestral.

Editor: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

ISSN impresso 1982-1921

ISSN digital 2527-0001

Publicada do ano. 1, n.1, out./ dez. 2007 ao ano 9, n. 33, out./
dez. 2016 pela HS Editora, Porto Alegre/RS.

1. Direito público. 2. Direito constitucional. 3. Direitos fundamentais.
I. Ferreira, Luis Cláudio Rodrigues. II. Título

CDD: 341.481

CDU: 342.7

Direitos Fundamentais & Justiça

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS

Reitor: Evilázio Teixeira	Coordenador de curso da Escola de Direito:
Vice-Reitor: Prof. Jaderson Costa da Costa	Prof. Dr. Elton Somensi de Oliveira
Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da PUCRS:	Coordenador de pesquisa da Escola de Direito:
Prof. Dra. Carla Denise Bonan	Prof. Dr. Paulo Caliendo
Decano da Escola de Direito:	Coordenador da comissão científica da Escola de Direito:
Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon	Prof. Eugênio Facchini Neto
Decana associada da Escola de Direito:	Coordenadores de pós-graduação da Escola de Direito:
Profa. Dra. Regina Linden Ruaro	Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Coordenadora administrativa de Escola de Direito:	Ciências Criminais:
Jaqueline da Silva Alves Knob	Prof. Dr. Nereu José Giacomoli

Editor: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

Coordenador Executivo: Ivar A. M. Hartmann

Consultores Editoriais: Jeferson Barbosa e Paola Sartori

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Ingo Wolfgang Sarlet

CONSELHO EDITORIAL INTERNO

Presidente: Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Denise Pires Fincato (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Fabio Siebeneicher de Andrade (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Gilberto Stürmer (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
José Maria Rosa Tesheiner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Juarez Freitas (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Regina Linden Ruaro (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Thadeu Weber (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL EXTERNO

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (Universidade de Brasília, DF)
Alexandre Coutinho Pagliarini (Uninter, Curitiba, PR)
Anderson Teixeira (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Andreas Joachim Krell (Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL;
Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE)
André Ramos Tavares (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, SP; Centro de Extensão Universitária, São Paulo, SP; Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP)
Anna Cândida da Cunha Ferraz (Centro Universitário FIEO, Osasco, SP)
Antonio Celso Alves Pereira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Faculdade de Direito de Campos, Campos do Goytacazes, RJ; Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ)
Antonio Gomes Moreira Maués (Universidade Federal do Pará, Belém, PA)
Araken de Assis (Faculdade Especializada em Direito, São Paulo, SP)
Carlos Luiz Strapazon (Universidade do Oeste de Santa Catarina, SC)
Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Clèmerson Merlin Clève (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR;
Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, PR)
Cristiane Derani (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC;
Universidade de Santos, Santos, SP; Universidade de São Paulo, São Paulo, SP)
Eduardo Bittar (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP; Centro Universitário FIEO, Osasco, SP)
Fernando Facury Scaff (Universidade Federal do Pará, Belém, PA)
Flávia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP;
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR)
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS; Universidade de Hamburgo)
Gustavo José Mendes Tepedino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Faculdade de Direito de Campos, Campos do Goytacazes, RJ)
Helena Taveira Torres (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP)
José Luis Bolzan de Moraes (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Lenio Luiz Streck (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ)
Loussia Penha Musse Felix (Universidade de Brasília, DF)

Lúcio Delfino (Universidade de Uberaba, Uberaba, MG)
Luís Roberto Barroso (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ)
Luiz Alberto David Araújo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP)
Luiz Edson Fachin (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR;
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR)
Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR)
Luiz Henrique Urquhart Cademartori (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC)
Marcelo Campos Galuppo (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG;
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG)
Maria Celina Bodin de Moraes (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ)
Orides Mezzaroba (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC)
Paulo Bonavides (Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE)
Ricardo Lobo Torres (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade de Iguazu, Nova Iguazu, RJ; Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ)
Rogério Gesta Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ)
Sandra Regina Martini Vial (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS;
Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS)
Vicente de Paulo Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ; Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Wilson Antônio Steinmetz (Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS;
Universidade Luterana do Brasil, Canoas, RS)

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Presidente: José Joaquim Gomes Canotilho (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Alexander Graser (Hertie School of Governance, Berlin, Alemanha)
Bernd Schulte (Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, Munique, Alemanha)
David Almagro Castro (Universidade de Temuco, Chile)
Dieter Grimm (Universidade Humboldt, Berlin, Alemanha)
Fernando Rey Martínez (Universidade de Valladolid, Valladolid, Espanha)
Francisco Balaguer Callejón (Universidade de Granada, Granada, Espanha)
Francisco Fernández Segado (Universidade Complutense, Madrid, Espanha)
Heinrich Scholler (Universidade de Munique, Hochschule für Politik, Munique, Alemanha)
Jónatas Eduardo Mendes Machado (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Jörg Neuner (Universidade de Augsburg, Augsburg, Alemanha)
Louis J. Kotzé (North West University, Potchefstroom, África do Sul)
Michael J. Perry (Faculdade de Direito da Emory University, Atlanta, EUA)
Miguel Ángel Presno Linera (Universidade de Oviedo, Oviedo, Espanha)
Miguel Carbonell Sánchez (Universidade Nacional do México, Cidade do México, México)
Ockert Dupper (Universidade de Stellenbosch, Stellenbosch, África do Sul)
Paolo Ridola (Universidade La Sapienza, Roma, Itália)
Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto, Porto, Portugal)
Peter Häberle (Universidades de St. Gallen, Suíça, e Bayreuth, Alemanha)
Robert Cottrol (George Washington University, Washington-DC, EUA)
Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Bogotá, Colômbia)
Stefano Maria Cicconetti (Universidade de Roma Tre, Roma, Itália)
Stephan Kirste (Universidade de Salzburgo, Áustria)
Vasco Pereira da Silva (Universidades de Lisboa e Católica Portuguesa, Lisboa, Portugal)

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Andres Del Río (Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói/RJ)
Cynthia Pereira de Araújo (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, Belo Horizonte/MG)
Diego Machado (Universidade Federal de Viçosa – UFV, Minas Gerais/MG)
Diego Werneck Arguelhes (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Francisco Pizzette Nunes (Escola Superior de Criciúma – ESUCRI, Criciúma/SC)
Gustavo Santiago Torrecilha Cancio (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, Coxim/MS)

Heloisa Estellita (Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito – FGV, São Paulo/SP)
Janaína Rigo Santin (Universidade de Passo Fundo/RS)
Jânia Maria Lopes Saldanha (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo/RS)
Luiz Fernando Gomes Esteves (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Pedro Cantisano (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Ricardo Hermany (Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC/RS)
Riva Sobrado de Freitas (Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Chapecó/SC)
Sandro Lúcio Dezan (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília/DF)
Silvano Alves Alcantara (Centro Universitário Internacional – UNINTER, Curitiba/PR)
Thiago Ribeiro Rafagnin (Universidade Federal do Oeste da Bahia – Barreiras/BA)

Sumário

Nota Editorial	13
Editorial	15

DOCTRINA ESTRANGEIRA

Um sistema de saúde digital na Alemanha – Cibersegurança, proteção de dados e inteligência artificial

Sebastian Bretthauer	19	
A	Introdução.....	20
B	Cibersegurança e interoperabilidade no sistema de saúde	22
I	Melhoria da interoperabilidade	22
1	Carência de regulamentação necessária devido à fragmentação pregressa	22
2	Reforço do Centro de Competência em Interoperabilidade.....	23
3	Requisitos para a circulação de sistemas de tecnologia da informação	25
4	Procedimentos de avaliação da conformidade	27
5	Direito à interoperabilidade.....	28
6	Conclusão provisória.....	30
II	Aumento da cibersegurança.....	31
1	Riscos de ameaças no setor da saúde	31
2	Regulamentação da segurança de TI no setor da saúde.....	32
3	Medidas tecnológicas e organizacionais	32
4	Aumento da <i>security awareness</i>	36
5	Conclusão provisória.....	39
C	Proteção de dados na pesquisa em saúde.....	40
I	A transparência dos dados como prerequisite para um sistema de saúde digitalizado.....	41
1	Transparência de dados para melhorar a investigação em saúde digital	41
2	Potencial de melhoria nas regulamentações de transparência de dados.....	45
II	A infraestrutura telemática e a pesquisa com dados do prontuário eletrônico do paciente.....	47
1	Processamento de dados de prontuários eletrônicos de pacientes para fins de pesquisa.....	47
2	Potencial de melhoria do padrão	51
D	Inteligência artificial na saúde.....	52
I	Projeto de regulamento da Comissão Europeia sobre Inteligência Artificial (KIVO-E)	53
II	A utilização da IA no setor da saúde.....	54
III	Sistemas de IA no setor da saúde e seu estatuto jurídico	55
IV	Requisitos legais para sistemas de IA no setor da saúde.....	57
E	Conclusão e perspectivas.....	59
	Referências.....	60

DOUTRINA NACIONAL

Os direitos humanos fundamentais das minorias sexuais e de gênero no Brasil a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal

Alberto Barreto Goerch, Everton Rodrigo Santos, Gabriel Eidelwein Silveira	69
1 Introdução.....	70
2 Conceito de população LGBTQIAPN+: diferenças entre orientação sexual e identidade de gênero à luz dos direitos humanos	71
3 A evolução dos direitos humanos x principais violações contra a população LGBTQIAPN+	77
4 Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos da população LGBTQIAPN+ como fontes de fundamentação para o Supremo Tribunal Federal brasileiro.....	84
5 Conclusão.....	91
Referências.....	91

Os Princípios de Yogyakarta e o seu grau de influência no processo legislativo e nas decisões judiciais da Argentina e do Brasil

Felipe Nicolau Pimentel Alamino, Carlos Henrique Perini Miranda	95
1 Introdução.....	96
2 A busca pela proteção internacional dos direitos da comunidade LGBTQIAP+	97
3 Os Princípios de Yogyakarta na Argentina.....	103
4 Os Princípios de Yogyakarta no Brasil.....	110
5 Conclusão	120
Referências.....	122

Federalismo fiscal; saúde pública: análise aplicada ao financiamento público e a escassez de recursos para ações de saúde dos municípios na Costa do Descobrimento

André Portella, Hebert Souza Santos	127
1 Introdução.....	128
2 Descentralização administrativa e autonomia municipal, com especial referência à área da saúde	132
2.1 Evolução histórica e análise-crítica da estrutura federativa do financiamento público brasileiro	133
2.2 A estrutura federativa de financiamento na área da saúde	137
2.3 Análise-crítica da participação dos entes políticos no financiamento público da saúde no plano municipal	140
2.3.1 Orçamento público como objeto de análise-crítica.....	140
2.3.2 Contextualização do financiamento público da saúde brasileira no universo das despesas totais na área, perspectiva comparada e impacto sobre a qualidade do serviço prestado	142
3 Análise do financiamento da saúde a partir dos dados orçamentários e indicadores de saúde dos municípios da região da Costa do Descobrimento	146
3.1 Perfil dos municípios da Costa do Descobrimento	146
3.2 Financiamento público da saúde nos municípios da Costa do Descobrimento.....	151
4 Conclusão.....	160
Referências.....	161

O STF e a solução das disputas federativas na pandemia de Covid-19: um legado em disputa

Ademar Borges de Sousa Filho, Clara da Mota Santos Pimenta Alves	167
1 Introdução.....	168
2 As disputas federativas no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no contexto de erosão democrática no Brasil	171
3 Os conflitos federativos na jurisprudência do STF e a sua tradição centralizadora ...	174
4 Uma inflexão descentralizadora na jurisprudência do STF no contexto do enfrentamento à pandemia.....	181
5 Balanço parcial da jurisprudência sobre federalismo durante a crise sanitária: entre fragilidades e potencialidades de um pragmatismo descentralizador	185
6 Conclusão.....	192
Referências.....	193

RESENHA

How to interpret the Constitution, do Prof. Dr. Cass R. Sunstein

Carlos Alberto Molinaro	199
Introdução.....	200
Análise	201
A título de crítica.....	203
Sobre o autor	204
Principais obras do autor.....	205
Normas editoriais	207

Table of Contents

Editorial	15
------------------------	----

FOREIGN DOCTRINE

A digital healthcare system in Germany – Cybersecurity, data protection and Artificial Intelligence Sebastian Bretthauer	19
--	----

NATIONAL DOCTRINE

The fundamental human rights of sexual and gender minorities in Brazil in the light of the decisions of the Federal Supreme Court Alberto Barreto Goerch, Everton Rodrigo Santos, Gabriel Eidelwein Silveira	69
--	----

The Yogyakarta Principles and Their Degree of Influence on the Legislative Process and Judicial Decisions in Argentina and Brazil Felipe Nicolau Pimentel Alamino, Carlos Henrique Perini Miranda	95
---	----

Fiscal federalism; public health: an analysis applied to public financing and the scarcity of resources for health actions by municipalities on the Costa do Descobrimento André Portella, Hebert Souza Santos	127
--	-----

The STF and the solution of federative conflicts in the Covid-19 pandemic: a legacy in dispute Ademar Borges de Sousa Filho, Clara da Mota Santos Pimenta Alves	167
---	-----

BOOK REVIEW

<i>How to interpret the Constitution</i> , do Prof. Dr. Cass R. Sunstein Carlos Alberto Molinaro	199
--	-----

Nota Editorial

A *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, chega à sua 50ª edição regular. Contando com edições especiais, o total de 50 edições já foi ultrapassado muito antes. Publicada continuamente há 17 anos, a revista tem alcançado um número cada vez maior de leitores, aumentando seu fator de impacto a cada ano, enquanto permanece fiel à sua linha editorial, focada nos direitos fundamentais. Atualmente classificada no estrato A1 do Qualis, a revista foi uma das primeiras publicações de PPGDs brasileiros a adotar regras rigorosas de *double blind peer review* e acesso aberto com poucas edições de embargo. Os editores agradecem sempre à confiança dos autores, o árduo trabalho dos revisores e o prestígio dos leitores ao longo desses 17 anos.

Nesta edição, o autor do artigo estrangeiro é Sebastian Bretthauer, da Universidade EBS, em Wiesbaden, Alemanha.

Os autores dos artigos nacionais representam seis unidades da Federação. São Alberto Barreto Goerch (CEAP – AP), Everton Rodrigo Santos (FEEVALE – RS) e Gabriel Eidelwein Silveira (UFPI – PI); Felipe Nicolau Pimental Alamino (FADISP – SP) e Carlos Henrique Perini Miranda (USP); André Portella (UFBA – BA) e Hebert Souza Santos (UFBA – BA); Ademar Borges de Sousa Filho (IDP – DF) e Clara da Mota Santos Pimenta Alves (IDP – DF).

A resenha é de Carlos Alberto Molinaro (emérito, PUCRS).

Como sempre, desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr. Ingo W. Sarlet
Prof. Dr. Ivar A. Hartmann

Editorial

The Brazilian Journal of Fundamental Rights and Justice, hosted by the PUC-RS Graduate Program in Law, has reached its 50th regular issue. Including special editions, the total of 50 editions was surpassed a while ago. Published continuously for 17 years, the Journal has reached an increasing number of readers, raising its impact factor each year while remaining true to its editorial focus on fundamental rights. Currently classified in the A1 stratum of QUALIS, the Journal was one of the first publications from Brazilian Graduate Programs in Law to adopt strict double-blind peer review rules and open access with a small number of embargo issues. The editors always thank the trust of the authors, the hard work of the reviewers, and the patronage of the readers over these 17 years.

In this edition, the author of the foreign article is Sebastian Bretthauer from EBS University, in Wiesbaden, Germany. The authors of the national articles represent six states. They are Alberto Barreto Goerch (CEAP, AP), Everton Rodrigo Santos (FEEVALE, RS) and Gabriel Eidelwein Silveira (UFPI, PI); Felipe Nicolau Pimental Alamino (FADISP, SP) and Carlos Henrique Perini Miranda (USP); André Portella (UFBA, BA) and Hebert Souza Santos (UFBA, BA); Ademar Borges de Sousa Filho (IDP, DF) and Clara da Mota Santos Pimenta Alves (IDP, DF).

The review is by Carlos Alberto Molinaro (emeritus, PUC-RS).

As always, we wish everyone a good read.

Prof. Ingo W. Scarlet, SJD
Prof. Ivar A. Hartmann, SJD

Doutrina Estrangeira



UM SISTEMA DE SAÚDE DIGITAL NA ALEMANHA – CIBERSEGURANÇA, PROTEÇÃO DE DADOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL¹

A DIGITAL HEALTHCARE SYSTEM IN GERMANY – CYBERSECURITY, DATA PROTECTION AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Sebastian Bretthauer

Professor de Direito Público na Universidade EBS, em Wiesbaden, Alemanha. Assistente acadêmico da Prof^{ra}. Dr^a. Ina Spiecker gen. Döhmman na Universidade Goethe de Frankfurt a.M. Diretor de Projetos no Instituto de Pesquisa sobre Proteção de Dados na mesma universidade. Colaborador do Instituto de Política de Saúde e Direito Social na Europa (ineges). sebastian.bretthauer@ebs.edu.

Resumo: A digitalização do setor da saúde é um dos desafios centrais do presente e do futuro. Ela afeta todos os atores do sistema de saúde e, portanto, nada menos que 82 milhões de pessoas na Alemanha que se beneficiam de um sistema de saúde moderno e sustentável. Há algum tempo o legislador nacional vem fazendo esforços consideráveis para enquadrar juridicamente os desafios associados a essa questão. Numerosas leis abordam a digitalização e temas específicos ligados a ela, como o reforço da cibersegurança, a proteção de dados na pesquisa com dados de saúde ou a utilização de inteligência artificial na avaliação de dados de saúde. O artigo oferece uma visão geral das regulamentações mais importantes e as toma como ensejo para uma análise jurídica crítica.

Palavras-chave: Direito à saúde. Proteção de dados pessoais. Inteligência artificial.

Abstract: The digitization of the healthcare sector is one of the central challenges of the present and future. It affects all actors in the healthcare system and, therefore, no less than 82 million people in Germany who benefit from a modern and sustainable healthcare system. For some time now, the legislator has been making considerable efforts to legally frame the associated challenges. Numerous laws address digitization and specific topics related to it, such as strengthening cybersecurity, protecting data in health data research, and the use of artificial intelligence in health data evaluation. The article provides an overview of the most important regulations and uses them as a basis for a critical legal analysis.

Keywords: Right to health. Personal data protection. Artificial intelligence.

Sumário: **A** Introdução – **B** Cibersegurança e interoperabilidade no sistema de saúde – **C** Proteção de dados na pesquisa em saúde – **D** Inteligência artificial na saúde – **E** Conclusão e perspectivas – Referências

¹ Tradução de Luiz Sander e revisão de Hannah Alff. Este artigo se baseia substancialmente em duas publicações do autor (Bretthauer, NVwZ, no prelo, e Bretthauer, *Die Verwaltung*, v. 54, p. 411 ss., 2021). A presente publicação conta com o apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Chamada MCTIC/CNPq nº 28/2018 – Universal/Faixa C Processo: 433383/2018-6.

Contents: **A.** Introduction. **B.** Cybersecurity and interoperability in healthcare. **C.** Data protection in healthcare research. **D.** Artificial intelligence in healthcare. **E.** Concluding remarks and perspectives. **F.** References.

A Introdução

A digitalização do sistema de saúde vem sendo impulsionada no direito alemão por numerosas leis novas, muitas vezes muito extensas e difíceis de compreender. Desde 2016, o legislador federal alemão aprovou pelo menos sete desses conjuntos de regras. Estas incluem, entre outras, a Lei E-Health ou Lei da Saúde Digital,² a Lei do Atendimento Médico Digital,³ a Lei da Proteção de Dados dos Pacientes,⁴ a Lei do Futuro Hospitalar⁵ e a Lei da Modernização do Atendimento e dos Cuidados Digitais.⁶ Com a Lei Digital⁷ e a Lei da Utilização de Dados de Saúde,⁸ foram aprovados, em fins de 2023, mais dois conjuntos centrais de regras para acelerar a digitalização do sistema de saúde.

A Lei da Saúde Digital, que regulamenta a introdução de aplicações médicas digitais no sistema de saúde pela substituição de processos baseados em papel,⁹ definiu fundamentalmente as balizas para um sistema de saúde digitalizado. Com a Lei de Atendimento Médico Digital, o governo federal promulgou amplas medidas para melhorar o atendimento aos segurados de planos de saúde, que visam, especialmente, introduzir rapidamente aplicativos digitais de saúde no atendimento, simplificar os processos administrativos por meio da digitalização e possibilitar

² BUNDESGESETZBLATT. *Bundesgesetzblatt Teil I* [= Diário Oficial Federal]. Disponível em: https://www.recht.bund.de/de/bundesgesetzblatt/bgbl-1/bgbl-1_node.html. Acesso em: 10 jul. 2024. p. 2408.

³ BUNDESGESETZBLATT. *Bundesgesetzblatt Teil I* [= Diário Oficial Federal]. Disponível em: https://www.recht.bund.de/de/bundesgesetzblatt/bgbl-1/bgbl-1_node.html. Acesso em: 10 jul. 2024. p. 2562.

⁴ BUNDESGESETZBLATT. *Bundesgesetzblatt Teil I* [= Diário Oficial Federal]. Disponível em: https://www.recht.bund.de/de/bundesgesetzblatt/bgbl-1/bgbl-1_node.html. Acesso em: 10 jul. 2024. p. 2115.

⁵ BUNDESGESETZBLATT. *Bundesgesetzblatt Teil I* [= Diário Oficial Federal]. Disponível em: https://www.recht.bund.de/de/bundesgesetzblatt/bgbl-1/bgbl-1_node.html. Acesso em: 10 jul. 2024. p. 1454, 1469.

⁶ BUNDESGESETZBLATT. *Bundesgesetzblatt Teil I* [= Diário Oficial Federal]. Disponível em: https://www.recht.bund.de/de/bundesgesetzblatt/bgbl-1/bgbl-1_node.html. Acesso em: 10 jul. 2024. p. 1309.

⁷ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 20/9048*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 20/9048. 2023.

⁸ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Nutzung von Gesundheitsdaten (Gesundheitsdatennutzungsgesetz – GDNG) 20/9046*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 20/9046. 2023.

⁹ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen 18/5293*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 18/5293. 2015. p. 1 s.

um melhor aproveitamento dos dados de saúde para fins de pesquisa.¹⁰ A Lei da Proteção de Dados dos Pacientes, por sua vez, fortalece a configuração do prontuário eletrônico dos pacientes, fazendo com que, entre outras coisas, ocorra seu emprego específico no tocante ao conteúdo e uso, bem como às autorizações de processamento e à concepção e acesso, seja aumentada a dinâmica na introdução das aplicações médicas da infraestrutura telemática através de incentivos e prazos vinculantes e sejam regulamentados de maneira diferenciada o processamento de dados e as responsabilidades jurídicas pela proteção de dados na infraestrutura telemática, no que diz respeito às normas de proteção de dados.¹¹ A Lei do Futuro Hospitalar promove a digitalização e o uso de equipamentos tecnologicamente modernos nos hospitais.¹² Com a Lei da Modernização do Atendimento e dos Cuidados Digitais, expande-se o atendimento médico, com aplicações digitais, e se ampliam as estruturas e ofertas já criadas.¹³ Por último, a Lei da Utilização de Dados de Saúde atualiza principalmente o marco jurídico para o intercâmbio e a utilização de dados de saúde para um atendimento de alta qualidade e, neste sentido, aborda particularmente a área da utilização secundária de dados de saúde,¹⁴ enquanto o objeto da Lei Digital consiste principalmente em promover a utilização de aplicações digitais e, neste sentido, enfatiza especialmente o aspecto da facilidade de uso e a segurança.¹⁵

Este artigo enfoca três desdobramentos selecionados que ilustram o avanço da digitalização no setor de saúde alemão. Para este fim, ele examina a Lei Digital aprovada em fins de 2023 com suas novas regras sobre interoperabilidade e cibersegurança (B), a Lei do Atendimento Médico Digital e a Lei da Proteção de Dados dos Pacientes com suas normas sobre proteção de dados na pesquisa de dados de saúde (C), bem como a proposta de regulamentação da Comissão

¹⁰ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/13438*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/13438. 2015. p. 2.

¹¹ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/18793*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/18793. 2020. p. 2.

¹² DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für ein Zukunftsprogramm Krankenhäuser (Krankenhauszukunftsgesetz – KHZG) 19/22126*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/22126. 2020. p. 1.

¹³ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege (Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz – DVPMG) 19/27652*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/27652. 2021. p. 2.

¹⁴ DEUTSCHER BUNDESRAT. *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Nutzung von Gesundheitsdaten (Gesundheitsdatennutzungsgesetz – GDNG) 434/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 434/23. 2023. p. 1 ss.

¹⁵ DEUTSCHER BUNDESRAT. *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Nutzung von Gesundheitsdaten (Gesundheitsdatennutzungsgesetz – GDNG) 434/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 434/23. 2023. p. 1.

Europeia de Inteligência Artificial com suas regras para a utilização de inteligência artificial na avaliação de dados de saúde (D). O artigo termina com uma conclusão e perspectivas (E).

B Cibersegurança e interoperabilidade no sistema de saúde

Em dezembro de 2023, o Parlamento Federal aprovou a Lei da Aceleração da Digitalização do Sistema de Saúde (DigiG, na sigla em alemão).¹⁶ A DigiG pretende promover a utilização de aplicações digitais e dar especial ênfase ao aspecto da facilidade de utilização e segurança.¹⁷ Isto diz respeito, em particular, à melhoria da interoperabilidade através da centralização e da procedimentalização, bem como ao aumento da cibersegurança pelo fortalecimento da consciência da segurança por parte dos usuários da tecnologia.

I Melhoria da interoperabilidade

Um sistema de saúde moderno e digitalizado só poderá ter sucesso se se garantir a interoperabilidade dos sistemas de informação nele implicados,¹⁸ pois uma troca de informações eficiente e eficaz entre os atores envolvidos é um pressuposto básico para um sistema de saúde funcional que esteja a serviço do bem-estar dos segurados e dos pacientes.

1 Carência de regulamentação necessária devido à fragmentação progressa

As normas até agora em vigor para a interoperabilidade dos sistemas de tecnologia da informação¹⁹ no sistema da saúde se encontravam em diferentes

¹⁶ DEUTSCHER BUNDESRAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023.

¹⁷ DEUTSCHER BUNDESRAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 1.

¹⁸ DEUTSCHER BUNDESRAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 3.

¹⁹ Cf., quanto ao conceito, BVerfGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts = Decisões do Tribunal Constitucional Federal]: BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *BVerfGE: Entscheidungen des*

passagens do Código Social V,²⁰ eram distribuídas entre diferentes atores e havia uma total falta de normas uniformes para a implementação dos requisitos.²¹ A isso se acrescentavam uma coordenação insuficiente, ausência de uma priorização abrangente de especificações e fragmentação excessiva de competências com um grande número de atores diferentes no sistema de saúde.²² Isto resultou, inevitavelmente, em incompatibilidades, contradições e especificações múltiplas, bem como em diferenças de qualidade nos respectivos sistemas de tecnologia da informação. Com as novas regulamentações nos §§385-388 e seguintes do SGB V, pretende-se agora enfrentar e delimitar esses problemas. Por isso, as regulamentações preveem diversas medidas para melhorar a interoperabilidade.

2 Reforço do Centro de Competência em Interoperabilidade

Inicialmente, o §385 do SGB V define de forma abrangente as tarefas do Centro de Competência em Interoperabilidade no sistema de saúde montado junto à Sociedade de Telemática (gematik) (§385, 1 do SGB V). Com o Centro de Competência, cria-se uma agência central para coletar, agrupar e priorizar necessidades de padronização ou desenvolvimento de interfaces.²³ Assim, ao Centro de Competência são atribuídas tarefas como identificar e priorizar a necessidade de padrões técnicos, semânticos e sintáticos, perfis e diretrizes (§385, 1, 2, n. 1 do SGB V), recomendá-los para áreas específicas ou para todo o sistema de saúde (§385, 1, 2, n. 3 do SGB V) e também para desenvolvê-los por conta própria (§385, 1, 2, n. 6 do SGB V), verificar a concordância com os requisitos de interoperabilidade através da avaliação de conformidade de acordo com o §387 do SGB V (§385, 1, 2, n. 7 do SGB V), acompanhar comunicacionalmente as tarefas do Centro de

Bundesverfassungsgerichts. [Decisões do Tribunal Constitucional Federal], 120, 274-350. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html. Acesso em: 07 jul. 2024.

²⁰ O Código da Segurança Social (*Sozialgesetzbuch*, SGB, na sigla em alemão) é a codificação do Direito Social. Ele está subdividido em uma parte geral (SGB I) e 13 outros livros. O SGB V contém normas sobre a obrigatoriedade do seguro de saúde e serviços dos planos de saúde regulamentados por lei, bem como suas relações jurídicas com outros prestadores de serviços (médicos, dentistas, farmacêuticos etc.).

²¹ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)* 435/23. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 151.

²² DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)* 435/23. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 151.

²³ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)* 435/23. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 151.

Competência com recursos de relações públicas (§385, 1, 2, n. 8 do SGB V) e apoiar o Governo Federal no marco de projetos e comitês para promover a interoperabilidade no sistema de saúde em nível federal e europeu (§385, 1, 2, n. 9 do SGB V). A criação e organização do Centro de Competência, bem como do Comitê de Especialistas por ele instituído, são regulamentadas concretamente por portaria administrativa sem o consentimento do Conselho Federal (§385, 1, 1 do SGB V).

Portanto, no futuro, o Centro de Competências assumirá uma função diretiva central na área da interação digital dos numerosos atores no sistema de saúde. Ele deve resumir e coordenar os diferentes requisitos dos atores na esfera da saúde e, com base nisso, rever as interfaces e normas necessárias e estruturar mais concretamente os requisitos de interoperabilidade.²⁴ Nesse sentido, as especificações devem se basear em normas internacionais abertas, a fim de que, já de início, uma conexão com o espaço europeu de dados de saúde²⁵ seja garantida.²⁶ No tocante aos detalhes estruturais, o regulamento não é muito preciso porque os requisitos específicos só são definidos em uma portaria administrativa. O quadro de pessoal do Centro de Competência não fica claro. Uma definição mais precisa de quais atores devem ser incluídos e do número de pessoas envolvidas deveria ocorrer, pelo menos, no marco de um processo legislativo formal.²⁷ Em todo, pelo menos a portaria deve conter pelo menos normas detalhadas sobre quais especialidades estão representados no Centro de Competência e no Comitê de Especialistas criado, para que se garanta que as pessoas atuantes no Centro de Competência representem as respectivas particularidades setoriais com base na experiência.²⁸ No entanto, o cumprimento destas extensas tarefas só pode ser bem-sucedido

²⁴ Posição crítica quanto a isso se encontra em GEMATIK. *Stellungnahme der gematik zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)*. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_gematik.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024, já que não se devem prescrever os padrões ou normas, e sim criar estímulos para sua utilização.

²⁵ Cf., quanto a isso, EUROPEAN COMMISSION. *European Health Data Space*. Disponível em: https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space_en. Acesso em: 10 jul. 2024.

²⁶ Essa é também a posição de GEMATIK. *Stellungnahme der gematik zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)*. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_gematik.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

²⁷ Essa já era a posição de BITKOM. *Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz)*. Berlin, 2023. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_bitkom.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

²⁸ KASSENÄRZTLICHE BUNDESVEREINIGUNG. *Entwurf eines Gesetzes zur beschleunigung der digitalisierung des gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DIGIG)*. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_kbv.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

se se disponibilizarem para o Centro de Competência os recursos de pessoal e materiais necessários para realizar eficazmente sua tarefa.

3 Requisitos para a circulação de sistemas de tecnologia da informação

O §388 do SGB V regulamenta os requisitos para a circulação de sistemas de tecnologia da informação no sistema de saúde que processam dados pessoais de saúde. Assim, a partir de 1^o.1.2025, só poderão ser colocados em circulação sistemas que cumpram os requisitos vinculativos de interoperabilidade (§388, 1 do SGB V). O que entra em cogitação na área ambulatorial são sistemas de gestão de consultórios e sistemas de informação clínica no setor de internação.²⁹ Contudo, estão isentos da necessidade de uma avaliação de conformidade os sistemas que forem desenvolvidos no marco da pesquisa científica, para fins de utilidade pública ou por entidades jurídicas de direito público no cumprimento de uma incumbência legal (§388, 2 do SGB V). Finalmente, pode ser requisitado a omitir-se de colocar em circulação o produtor ou fornecedor que viole as obrigações de avaliação da conformidade (§388, 3 do SGB V).

O sistema de tecnologia da informação como referência de tipicidade ou suporte fático acarreta uma esfera de aplicação muito ampla da norma, de modo que *wearables* e aplicativos de saúde também são abrangidos por ela.³⁰ Por razões de esclarecimento e delimitação da norma, algumas definições mais precisas são necessárias neste ponto, p. ex., mediante a inclusão de exemplos-padrão. Além disso, é preciso esclarecer o que acontece com produtos que já estejam no mercado, pois a colocação em circulação designa a disponibilização de um produto, com exceção de produtos de teste, pela primeira vez no mercado da União.³¹ Deve-se,

²⁹ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)* 435/23. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 162.

³⁰ GEMATIK. *Stellungnahme der gematik zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)*. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_gematik.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

³¹ Art. 2, nº 28, UNIÃO EUROPEIA. *Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC (Text with EEA relevance.)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj>. Acesso em: 30 jun. 2024.

portanto, acrescentar igualmente um esclarecimento no sentido de que isto também inclui produtos que já foram disponibilizados no mercado.³²

Para atingir o objetivo da interoperabilidade abrangente, é imperativo reforçar os mecanismos vinculativos,³³ embora a regulamentação possa levar a restrições de mercado e, assim, processos de inovação sejam impedidos.³⁴

Ainda que a regulamentação da interoperabilidade afete a liberdade de exercício da profissão (§12º, n. 1 da Lei Fundamental [GG, na sigla em alemão]) dos produtores de TI e fornecedores de tais sistemas,³⁵ a obrigação de avaliar a conformidade é necessária e adequada, levando-se em conta a grande importância de uma interoperabilidade efetivamente funcional dos sistemas de TI disponibilizados para o sistema de saúde e para a tutela dos bens juridicamente protegidos dos pacientes.³⁶ É adequada, antes de mais nada, porque deve haver uma troca sem problemas de informações entre todos os sistemas permitidos e esta é a única maneira de salvaguardar o direito dos segurados e dos pacientes a que os seus dados sejam divulgados em um formato interoperável.³⁷ Por meio dos padrões unificados para a garantia da interoperabilidade, impulsionam-se o desenvolvimento de um sistema de saúde moderno e digitalizado. Ao mesmo tempo, assegura-se que o direito à transmissão de dados (cf. §386, 2, 2 do SGB V) possa ser exercido adequadamente. Além disso, também é preciso criar a interoperabilidade porque os mecanismos progressos não levaram à promoção da interoperabilidade necessária.³⁸

³² Posição igual em BITKOM. *Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz)*. Berlin, 2023. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_bitkom.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

³³ Art. 2, n. 28, UNIÃO EUROPEIA. *Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC (Text with EEA relevance.)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj>. Acesso em: 30 jun. 2024.

³⁴ Essa é a posição, p. ex., de DEUTSCHE KRANKENHAUSGESELLSCHAFT. *Branchenspezifischer Sicherheitsstandard "Medizinische Versorgung"*. Version 1.2, 2022. Disponível em: https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/2_Themen/2.1_Digitalisierung_Daten/2.1.4._IT-Sicherheit_und_technischer_Datenschutz/2.1.4.1._IT-Sicherheit_im_Krankenhaus/Branchenspezifischer_Sicherheitsstandard_Medizinische_Versorgung_v1.2_Stand_2022-12-08.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024. p. 25.

³⁵ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 162.

³⁶ Essa é também a posição que se encontra em DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 162.

³⁷ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 163.

³⁸ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 163.

Medidas menos incisivas em termos de intervenção, que se baseiam, em particular, em compromissos voluntários por parte dos produtores e fornecedores de TI, não levaram, ao menos até agora, ao sucesso desejado. Aliás, uma potencial autodeclaração sobre o cumprimento de normas se revela inadequada, devido à pluralidade de motivos de produtores e fornecedores.³⁹ Por isso, um processo centralizado e procedimentalizado para produzir a interoperabilidade é apropriado para expandir ainda mais um sistema de saúde moderno e digitalizado.

4 Procedimentos de avaliação da conformidade

O disposto no §387 do SGB V obriga o Centro de Competência ou outro órgão credenciado⁴⁰ (cf. §385, 8 do SGB V) a realizar uma avaliação de conformidade a pedido de um produtor ou fornecedor de sistemas de TI que serão usados no setor de saúde e a verificar se o sistema está em conformidade com os requisitos de interoperabilidade vigentes (§387, 1 do SGB V). No procedimento de conformidade se constata se os requisitos de interoperabilidade relevantes em cada caso para um sistema de TI são cumpridos (§384, n. 8 do SGB V). Trata-se de um procedimento extenso e, em particular, de caráter muito técnico, cujas origens residem na legislação sobre segurança dos produtos.⁴¹

Até agora existiam vários procedimentos para verificar o cumprimento das normas de interoperabilidade para sistemas de TI no setor da saúde. Assim, por exemplo, a Associação Federal dos Planos de Saúde (KBV, na sigla em alemão) realizava as certificações para sistemas de gestão de consultórios e a Sociedade de Telemática, as certificações para sistemas de IT em hospitais.⁴² Agora, com o Centro de Competência, cria-se um órgão central e a fragmentação pregressa é neutralizada. Após a conclusão do procedimento, o Centro de Competência apresenta um relatório do teste, de modo que o requerente possa corrigir os erros caso o resultado do teste seja negativo; caso contrário, emite-se um certificado de exame positivo (§387, 3 do SGB V).

³⁹ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 163.

⁴⁰ Este atua, via de regra, como contratado ou terceirizado. Cf. DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 158.

⁴¹ Cf. Diretiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001, relativa à segurança geral dos produtos.

⁴² DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p.160.

O procedimento de avaliação da conformidade implica padrões uniformes para os sistemas de TI utilizados no setor da saúde e, portanto, também uma comparabilidade desses sistemas. No entanto, esforços adicionais se fazem necessários porque tal procedimento muitas vezes ainda não existe em certos setores – como na área dos planos de saúde odontológicos.⁴³ Nessas áreas, o procedimento de conformidade ainda precisa ser implementado. Contudo, os requisitos específicos dos respectivos atores precisam sempre ser levados em conta porque as soluções clássicas do tipo *one-size-fits-all* (de tamanho único) não podem ser eficazes em um mercado tão heterogêneo.

5 Direito à interoperabilidade

Por fim, o §386 do SGB V normatiza pela primeira vez um direito à interoperabilidade. Este direito é muito semelhante ao direito ao acesso e à informação, proveniente do direito referente aos dados pessoais, bem como ao direito à portabilidade dos dados.⁴⁴ Os segurados têm direito à divulgação de seus dados pessoais (cf. §386, 2, 1 do SGB V) em relação aos prestadores de serviços ou responsáveis pelo processamento de dados de um aplicativo da área de saúde (cf. §33a do SGB V) ou um de aplicativo digital da área de assistência ou cuidados de saúde (cf. §40a do SGB XI) e também podem exigir que os dados pessoais de saúde armazenados sejam transmitidos diretamente entre os atores de saúde envolvidos (§386, 2, 2 do SGB V). O direito à portabilidade de dados, que foi juridicamente consagrado pela primeira vez no artigo 20º do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), é um elemento ainda recente e particularmente moderno de regulamentação jurídica e representa interconexões entre a proteção de dados, a defesa do consumidor e o direito da concorrência.⁴⁵ Para fazer valer esses direitos basta uma simples

⁴³ KASSENÄRZTLICHE BUNDESVEREINIGUNG. *Entwurf eines gesetzes zur beschleunigung der digitalisierung des gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DIGIG)*. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_kbv.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024. p. 9.

⁴⁴ Há uma exposição extensa sobre o direito à portabilidade dos dados em FIX, Alexander Daniel. *Das Recht auf Datenportabilität*. Art. 20 DSGVO als Schnittstelle zwischen Wettbewerbsförderung und Datenschutz. Peter Lang: Berlim, 2022.

⁴⁵ Essa posição quanto ao Art. 20º do RGPD se encontra em Simitis; Hornung; Spiecker gen. Döhmann; Dix, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 20, Rn. 1; Jülicher; Röttgen; von Schönfeld, ZD, 2016, 358 (360); posição crítica em Kühling; Martini, EuZW, 2016, 448 (450 s.) e Dehmel; Hullen, ZD, 2013, 147 (153), que contestam a relação do direito à portabilidade de dados com o Direito de proteção de dados.

solicitação em forma de texto, sendo desnecessária uma justificativa.⁴⁶ Em todo, um pedido transmitido verbalmente durante uma consulta do paciente não é suficiente.⁴⁷

A regulamentação serve para fortalecer a soberania e a autodeterminação dos segurados e reforça seu direito a seus dados.⁴⁸ Ela consagra, assim, na legislação ordinária, o postulado do princípio da soberania dos dados dos pacientes no sistema de saúde.⁴⁹ Por isso, a transparência e o controle como expressão da autodeterminação informacional⁵⁰ são imprescindíveis também na melhoria da interoperabilidade. Neste sentido, é responsabilidade dos planos de saúde apoiar os segurados no acompanhamento de suas reivindicações (§386, 4 do SGB V), pois o desequilíbrio de poder existente entre os prestadores de serviços e os segurados em detrimento destes últimos pode ter um efeito dissuasório para fazer valer seus direitos.⁵¹ A pessoa que tem que ficar sujeita a riscos ou desvantagens em consequência do exercício de seus direitos pode optar por abrir mão disso. Entretanto, isto não afeta apenas a liberdade de desenvolvimento do indivíduo, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição elementar para o funcionamento de uma coletividade livre e democrática baseada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos.⁵² Portanto, as seguradoras de saúde devem apoiar, como serviço prestado gratuitamente, os segurados no exercício de seus

⁴⁶ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 159.

⁴⁷ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 159.

⁴⁸ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 159.

⁴⁹ Quanto à questão da soberania sobre os dados no sistema de saúde, cf. KELBER, Ulrich. Datensouveränität und Digitalisierung. *Soziale Sicherheit*, n. 3, 2022. p. 107; BRETTHAUER, Sebastian; APPENZELLER, Arno; BIRNSTILL, Pascal. Datensouveränität für Patienten im Gesundheitswesen: Eine Chance für die medizinische Forschung und den Datenschutz. *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, v. 45, n. 3, p. 173-179, 2021. p. 173; Kolb; Robers, *Zeitschrift für Verwaltung*, 2021, 405; THÜSING, Gregor; ROMBEY, Sebastian. Forschung im Gesundheitswesen: Anforderungen an einen passgenauen Datenschutz. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, p. 201-205, 2019. p. 201-204; detalhes também em DEUTSCHER ETHIKRAT. *Big Data und Gesundheit: Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung*. 2018. Disponível em: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2024.

⁵⁰ BRETTHAUER, Sebastian; APPENZELLER, Arno; BIRNSTILL, Pascal. Datensouveränität für Patienten im Gesundheitswesen: Eine Chance für die medizinische Forschung und den Datenschutz. *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, v. 45, n. 3, p. 173-179, 2021. p. 173-174.

⁵¹ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p.159.

⁵² Essa já era a posição que se encontra em BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *BVerfGE*, 65, 1 (43). Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 12 jul. 2024.

direitos e podem solicitar elas próprias a divulgação dos dados.⁵³ Neste tocante, seria coerente formular a regulamentação não apenas como um desiderato (§386, 4, 2 do SGB V), mas também obrigar os planos a prestar apoio, pois, de acordo com a regulamentação em vigor, as seguradoras de saúde podem, ao menos, abster-se de prestar apoio se houver um motivo importante ou em casos avulsos atípicos. Isto se aplica especialmente a situações em que o exercício do direito à interoperabilidade venha a ocorrer de maneira abusiva,⁵⁴ o que já parece merecer discussão em casos de solicitações repetidas.

6 Conclusão provisória

O objetivo da Lei Digital de promover e assegurar a interoperabilidade dos sistemas de TI necessários no sistema da saúde é amplamente alcançado através de uma forte centralização e procedimentalização. O Centro de Competência para a Interoperabilidade é, como ator principal, responsável por garantir sistemas de TI interoperáveis. Com isto se faz frente à fragmentação pregressa nessa área. Por meio do procedimento de avaliação da conformidade regulamentado por lei, cria-se mais transparência e rastreabilidade no setor da saúde, porque os produtores e fornecedores de TI precisam cumprir os requisitos relevantes. Da mesma maneira, a uniformização também fortalece a concorrência entre produtores e fornecedores de TI, porque eles podem otimizar e oferecer seus produtos dentro dos limites dos requisitos legais sobre segurança de TI. Por fim, sobretudo os direitos dos pacientes e dos segurados são substancialmente reforçados pelo direito à interoperabilidade, embora a adequação prática desse direito ainda precise de ser demonstrada.⁵⁵

⁵³ DEUTSCHER BUNDESBRAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 159; posição crítica quanto a isso em DEUTSCHE KRANKENHAUSGESELLSCHAFT. *Stellungnahme der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz)*. 2023. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_dkg.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024, porque a normatização da prestação do serviço significa o estabelecimento e a manutenção de processos tecnológicos dispendiosos cuja frequência de utilização não pode ser percebida.

⁵⁴ STELKENS, Paul; BONK, Heiz Joachim; SACHS, Michael. *VwVfG: Verwaltungsverfahrensgesetz*. 10 ed. München: C.H. Beck, 2023. §40, nota de rodapé 27; SCHOCH, Friedrich; SCHNEIDER, Jens-Peter. *Verwaltungsrecht VwVfG: 3. Ergänzungslieferung*. München: C.H. Beck, 2022. §40, nota de rodapé 26; *BverwGE. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts [= Decisões do Tribunal Administrativo Federal]*, 42, 26 (28); *BverwGE. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts [= Decisões do Tribunal Administrativo Federal]*, 49, 16 (23).

⁵⁵ Quanto à implementação técnica da portabilidade de dados, veja especialmente FIX, Alexander Daniel. *Das Recht auf Datenportabilität*: Art. 20 DSGVO als Schnittstelle zwischen Wettbewerbsförderung und Datenschutz. Peter Lang: Berlin, 2022. p. 275 ss.

II Aumento da cibersegurança

Além de melhorar a interoperabilidade, o aumento da cibersegurança é outra preocupação fundamental da Lei Digital, pois ataques cibernéticos no setor da saúde vêm aumentando constantemente nos últimos anos,⁵⁶ de modo que se faz necessário, para todos os atores envolvidos, um nível mínimo de proteção, garantido por regulamento.

1 Riscos de ameaças no setor da saúde

O setor da saúde e seus atores são alvo, com particular frequência, ataques cibernéticos, como se depreende, no passado recente, dos relatórios da Agência Europeia de Cibersegurança (ENISA, na sigla em inglês) e da Agência de Segurança na Tecnologia da Informação (BSI, na sigla em alemão).⁵⁷ Os ataques virtuais são amplos e incluem hospitais,⁵⁸ planos de saúde, serviços sociais e prestadores de serviços de TI.⁵⁹ Além de restringir os sistemas de gestão de TI – o que muitas vezes é o objetivo principal dos invasores – esses ataques podem, na pior das hipóteses, também levar à morte de pacientes.⁶⁰ Pense-se, p. ex., em uma situação em que os sistemas de TI vitais na sala de operações caem em um hospital, em

⁵⁶ Cf., p. ex., BUNDESAMT FÜR SICHERHEIT IN DER INFORMATIONSTECHNIK. *Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2023*. Disponível em: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Lageberichte/Lagebericht2023.pdf?__blob=publicationFile&v=7. Acesso em: 07 jul. 2024. p. 58 s., 62; BUNDESKRIMINALAMT. *Cybercrime: Bundeslagebild 2021*. Disponível em: https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrimeBundeslagebild2021.pdf?__blob=publicationFile&v=6. Acesso em: 10 jul. 2024. p. 1; MACHO, Andreas. *“Hacker-Angriffe auf Kliniken nehmen zu”* – obwohl sie Leben kosten. Disponível em: <https://www.welt.de/wirtschaft/article246400880/Krankenhaeuser-Hacker-Angriffe-nehmen-zu-obwohl-sie-Leben-kosten.html>. Acesso em: 12 jul. 2024.

⁵⁷ EUROPEAN UNION AGENCY FOR CYBERSECURITY (ENISA). *ENISA threat landscape: Health Sector. 2023*. Disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/publications/health-threat-landscape/@@download/fullReport>. Acesso em: 07 jul. 2024. p. 58 s., 62; de modo geral cf., quanto a isso, também BUNDESAMT FÜR SICHERHEIT IN DER INFORMATIONSTECHNIK. *Lagebild Gesundheit: Cyber-Sicherheit im Gesundheitswesen 2022*. Disponível em: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Broschueren/Lagebild_Gesundheit_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=6. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁵⁸ Veja, mais recentemente, os ataques cibernéticos a clínicas na Renânia do Norte-Westfália: HEISE ONLINE. *Cyberangriff auf Kliniken in Ostwestfalen*. Disponível em: <https://www.heise.de/news/Cyberangriff-auf-Kliniken-in-Ostwestfalen-9582719.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁵⁹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR CYBERSECURITY (ENISA). *ENISA threat landscape: Health Sector. 2023*. Disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/publications/health-threat-landscape/@@download/fullReport>. Acesso em: 07 jul. 2024.

⁶⁰ KERKMANN, Christof; NAGEL, Lars-Marten. *Todesfall nach Hackerangriff auf Uni-Klinik Düsseldorf*. Disponível em: <https://www.handelsblatt.com/technik/cyberkriminalitaet-todesfall-nach-hackerangriff-auf-uni-klinik-duesseldorf/26198688.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

que *hackers* têm acesso a marca-passos, ou em que dispositivos de infusão de medicamentos ou o prontuário de um paciente são manipulados.

Por isso, há necessário, sobretudo, tomar medidas tecnológicas e organizacionais para reforçar a resiliência dos sistemas de TI no setor da saúde. Ao mesmo tempo, as pessoas que entram diariamente em contato com esses sistemas também devem ser sensibilizadas e a sua consciência de segurança (*security awareness*)⁶¹ deve ser reforçada.

2 Regulamentação da segurança de TI no setor da saúde

As normas centrais para regulamentar a segurança de TI se encontram agora nos §§390 – 392 do SGB V e no §103a do SGB XI. Elas se dirigem aos principais atores no setor da saúde, a saber, os envolvidos no atendimento médico e dentário dos planos de saúde (§390 do SGB V), os hospitais (§391 do SGB V), as seguradoras de saúde (§392 do SGB V) e os planos de prestação de assistência para pessoas doentes ou necessitadas de cuidados (§103a do SGB XI). Neste sentido, as normas anteriormente vigentes para a segurança de TI no atendimento de planos de saúde e odontológicos (§75b do SGB V aF) e em hospitais (§75c SGB V aF) são reformuladas em §§390, 391 SGB V e seu conteúdo é amplamente adotado.⁶² Novas são as adições do §Secção 392 do SGB V e §103a do SGB XI, que abordam a segurança de TI dos planos de atendimento médico e de assistência a doentes.

3 Medidas tecnológicas e organizacionais

Devido à sua complexidade e à velocidade com que se desenvolve, a segurança da TI faz com que o marco jurídico seja constantemente desafiado e precise reagir com precisão e rapidez às novas tecnologias e situações de ameaça.⁶³ Por isso o legislador fornece apenas um marco jurídico abstrato nas normas mais importantes

⁶¹ Cf., quanto a esse conceito, WEBER, Kristin; SCHÜTZ, Andreas E.; FERTIG, Tobias. *Grundlagen und Anwendung von Information Security Awareness: Mitarbeiter zielgerichtet für Informationssicherheit sensibilisieren*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019. p. 9 ss.; HELISCH, Michael; POKOYSKI, Dietmar (Orgs.). *Security Awareness: Neue Wege zur erfolgreichen Mitarbeiter-Sensibilisierung*. Wiesbaden: Vieweg & Teubner, 2009. p. 10 ss.

⁶² DEUTSCHER BUNDESSTAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p.164 s.

⁶³ Quanto às particularidades e aos desafios da segurança na TI, cf. LASSAHN, Philipp; POSCHER, Ralf. §7. *In: HORNUNG, Gerrit; SCHALLBRUCH, Martin (Orgs.). IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2021. §7, nota de rodapé 14 ss.

de segurança em TI, que deve ser preenchido através de diretrizes ou instrumentos comparáveis com a ajuda de outros atores – como, p. ex., a Agência Federal de Segurança na Tecnologia da Informação (BSI). Ao fazê-lo, ele cumpre seu dever de proteger os direitos fundamentais de proteção, criando agências e atribuindo-lhes a tarefa de elaborar padrões e orientações materiais sobre a segurança da TI.⁶⁴ Tendo em vista a efemeridade dos sistemas de TI informáticos e da segurança dessa tecnologia, a definição de normas de conteúdo pelos legisladores e reguladores parlamentares não é um meio adequado para alcançar um nível sempre atualizado e suficiente de segurança em TI.⁶⁵ Em todo caso, este tipo de regulamentação no setor de TI não constitui uma violação do princípio da significância,⁶⁶ pois questões regulatórias muito marcantes são regularmente concretizadas em normas infralegais.⁶⁷ Com isso, alcança-se um alívio para o legislador, garante-se a flexibilidade necessária, integram-se os conhecimentos especializados da administração pública, promove-se a participação das pessoas afetadas e alcança-se uma harmonização e coordenação da aplicação das normas.⁶⁸ Em particular, o alívio para o legislador e a maior flexibilidade na estruturação específica da segurança da TI e sua garantia jurídica no sistema de saúde possibilitam adaptar rapidamente o marco jurídico a novas ameaças para a cibersegurança.

a) Segurança de TI no atendimento médico e dentário das seguradoras

Para a área de assistência médica e odontológica obrigatória dos planos de saúde, tanto a Associação Nacional dos Médicos de Planos de Saúde quanto a Associação Nacional dos Dentistas de Planos de Saúde já estabeleceram os requisitos para garantir a segurança de TNI em diretivas próprias.⁶⁹ Neste sentido, os requisitos a serem atendidos se orientam pelo tamanho do consultório e diferenciam

⁶⁴ LASSAHN, Philipp; POSCHER, Ralf. §7. In: HORNUNG, Gerrit; SCHALLBRUCH, Martin (Orgs.). *IT-Sicherheitsrecht*. Praxishandbuch. Baden-Baden: Nomos, 2021. §7, nota de rodapé 42.

⁶⁵ LASSAHN, Philipp; POSCHER, Ralf. §7. In: HORNUNG, Gerrit; SCHALLBRUCH, Martin (Orgs.). *IT-Sicherheitsrecht*. Praxishandbuch. Baden-Baden: Nomos, 2021. §7, nota de rodapé 42.

⁶⁶ Veja, porém, quanto à atribuição da característica “operador de infraestruturas críticas”, segundo o §10 da BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. *Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz – BSIg)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bsig_2009/BJNR282110009.html. Acesso em: 07 jul. 2024. [= Lei sobre a Agência Federal de Segurança na Tecnologia da Informação], no contexto da teoria da significância, HEINICKEL, Caroline; FEILER, Lukas. Der Entwurf für ein IT-Sicherheitsgesetz – europarechtlicher Kontext und die (eigentlichen) Bedürfnisse der Praxis. *Computer und Recht*, n. 11, p. 708-714, 2014. p. 708 – 713 s.

⁶⁷ Kahl; Ludwigs; Bickenbach, *Handbuch des Verwaltungsrechts* – Band 2, 2023, §132, Rn. 24; cf., a título de exemplo, quanto ao Direito ambiental, Hoffmann, *Verwaltungskooperative Standardsetzung*, 2023.

⁶⁸ KAHL, Wolfgang; LUDWIGS, Markus. *Handbuch des Verwaltungsrechts*. Heidelberg: C.F. Müller, 2023. §132, nota de rodapé. 25 ss.

⁶⁹ KASSENÄRZTLICHE BUNDESVEREINIGUNG. *Richtlinie nach §75b SGB V über die Anforderungen zur Gewährleistung der IT-Sicherheit*. 2020. Disponível em: https://www.kbv.de/media/sp/RiLi___75b_SGB_V_Anforderungen_Gewahrleistung_IT-Sicherheit.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

entre consultórios pequenos, médios e grandes. Assim, p. ex., ao utilizar produtos do Office, os dados pessoais não devem ser armazenados na nuvem, ao utilizar dispositivos finais, deve ser feita regularmente uma cópia de segurança dos dados, e a transição da intranet para a internet deve ser protegida por um *firewall*. Em comparação com o regulamento anterior do §75b do SGB V aF,⁷⁰ a norma contém apenas – com exceção do reforço da *security awareness*⁷¹ – revisões editoriais e não introduz qualquer alteração no que diz respeito ao conteúdo dos requisitos que devem ser preenchidos pela diretriz sobre a segurança da TI.⁷²

b) Segurança de TI em hospitais e nos planos de saúde e assistência

Os hospitais, planos de saúde e assistência a doentes ou pessoas necessitadas de cuidados são obrigados a tomar precauções organizacionais e técnicas adequadas com base no estado atual da tecnologia para evitar rupturas na disponibilidade, integridade e confidencialidade de seus sistemas, componentes ou processos de TI (cf. §§391, 1, 392, 1 do SGB V, §103a, 1 do SGB XI). Os atores podem cumprir essas obrigações aplicando um padrão de segurança específico do setor para os sistemas de TI em suas respectivas instituições, sendo que sua adequação deve ser constatada pela Agência Federal de Segurança da Tecnologia da Informação (BSI) de acordo com o §8a II da BSI (cf. §§391, 4, 392, 3 da SGB V, §103a, 3 da SGB XI).

Em hospitais, utiliza-se o padrão de segurança específico do setor (B3S), “Medizinische Versorgung [= Atendimento Médico]”, cuja adequação já foi constatada pelo BSI.⁷³ Além de informações básicas e indicações sobre o âmbito de aplicação, o padrão contém especificações para determinar a situação de risco específica (capítulo 4) e extensos requisitos e recomendações, daí derivados, para a implementação de medidas concretas (capítulos 6 e 7).⁷⁴

⁷⁰ Cf., quanto a isso, DITTRICH, Tilmann; IPPACH, Jan. IT-Sicherheit betrifft nicht nur Großkrankenhäuser – die Regulierung der IT-Sicherheit im ambulanten und stationären Bereich. *GesundheitsRecht*, n. 5, p. 285 ss., 2021.

⁷¹ Veja, quanto a isso, detalhes em IV. 4.

⁷² DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 164.

⁷³ DEUTSCHE KRANKENHAUSGESELLSCHAFT. *Branchenspezifischer Sicherheitsstandard “Medizinische Versorgung”*. Version 1.2, 2022. Disponível em: https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/2_Themen/2.1_Digitalisierung_Daten/2.1.4._IT-Sicherheit_und_technischer_Datenschutz/2.1.4.1._IT-Sicherheit_im_Krankenhaus/Branchenspezifischer_Sicherheitsstandard_Medizinische_Versorgung_v1.2_Stand_2022-12-08.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

⁷⁴ Já presentes na versão anterior, HÄNLEIN, Andreas; SCHULER, Rolf. *Sozialgesetzbuch V: Gesetzliche Krankenversicherung*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2022. §75c, nota de rodapé 10.

No futuro, tal padrão também se aplicará às seguradoras de saúde e assistência a doentes (cf. §392, 3 do SGB V e §103a, 3 do SGB XI). Elas são obrigadas a tomar precauções organizacionais e técnicas adequadas com base no estado atual da tecnologia para evitar rupturas na disponibilidade, integridade e confidencialidade de seus sistemas, componentes ou processos de TI que sejam decisivos para a funcionalidade do respectivo plano de saúde ou de assistência e para a segurança das informações dos segurados processadas (§392, 1 do SGB V, §103a do SGB XI). As precauções são adequadas sempre que o dispêndio exigido não for desproporcional às consequências de uma falha ou comprometimento dos processos operacionais da seguradora de saúde ou de assistência ou da segurança das informações processadas dos segurados (§392, 2 do SGB V, §103a, 2 do SGB XI). Estas precauções devem ser tomadas por todos os planos de saúde e assistência – de modo semelhante à área de hospitais (cf. §391, 5 do SGB V ou §75c, 3 do SGB V aF) – a menos que, de qualquer modo, como operadores de infraestruturas críticas de acordo com o §da BSIG já devam tomar tais precauções (§392, 5 do SGB V, §103a, 5 do SGB XI).⁷⁵

As seguradoras de saúde e de assistência a doentes podem utilizar o padrão de segurança – específico do setor – B3S-GKV/PV, cuja adequação foi constatada pelo BSI no início de 2023.⁷⁶ Neste tocante, o B3S-GKV/PV leva especialmente em consideração os requisitos que vão além da ISO 27001^{77 78} e precisam ser levados em conta em um setor tão particularmente vulnerável.

É lógico e coerente que, além dos requisitos jurídicos pregressos de segurança de TI no atendimento de médicos e dentistas credenciados, bem como em hospitais (§75 b e §75 c do SGB V aF), o legislador estenda agora estes requisitos também à área de planos de saúde e assistência, pois a segurança de TI afeta todos os atores envolvidos no sistema de saúde.

⁷⁵ Isso se refere a §10 I 1 BSIG em associação com §6 BSI-KritisV em associação com Anlage 5 sobre BSI-KritisV.

⁷⁶ UP KRITIS. *Branchenspezifischer Sicherheitsstandard für gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherer B3S-GKV/PV*. 2023. Disponível em: https://www.vdek.com/Service/branchenspezifischer-sicherheitsstandard-b3s-gkv-pv/_jcr_content/par/download/file.res/B3S_GKV-PV_V.1.3.28_final.pdf. Acesso em: 12 jul. 2024.

⁷⁷ Cf. INFORMATION SECURITY MANAGEMENT. *ISO/IEC 27001 Information technology – Security techniques – Information security management systems – Requirements*. Disponível em: <https://pecb.com/whitepaper/iso-27001-information-technology--security-techniques-information-security--management-systems---requirements>. Acesso em: 07 jul. 2024, que especifica os requisitos para a instalação, implementação, manutenção e melhoria contínua de uma gestão documentada de sistemas de segurança de informações levando em conta o contexto de uma organização.

⁷⁸ UP KRITIS. *Branchenspezifischer Sicherheitsstandard für gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherer B3S-GKV/PV*. 2023. Disponível em: https://www.vdek.com/Service/branchenspezifischer-sicherheitsstandard-b3s-gkv-pv/_jcr_content/par/download/file.res/B3S_GKV-PV_V.1.3.28_final.pdf. Acesso em: 12 jul. 2024. p. 5.

4 Aumento da *security awareness*

A fim de melhorar a resiliência dos sistemas de informação no setor da saúde e reduzir os riscos, os atores do sistema de saúde precisam tomar medidas organizacionais e técnicas. Um fator essencial são os usuários de sistemas de TI, que muitas vezes representam involuntariamente um risco de segurança. É, portanto, necessário que medidas para aumentar a *security awareness* – a consciência de segurança – dos usuários sejam ampliadas,⁷⁹ pois incidentes de segurança críticos para a TI são frequentemente o resultado de falha humana, avaliação equivocada de riscos e perigos ou falta de conhecimento ao lidar com sistemas de TI. Por conseguinte, é coerente que os atores relevantes no setor da saúde devam agora também tomar medidas para aumentar a consciência de segurança de seus funcionários (cf. §390, 2, 2, 391, 2, 392, 4, do SGB V, §103a, 4, 1 do SGB XI). Por isso, as diretrizes relevantes em matéria de segurança de TI precisam também especificar meios concretos para aumentar a consciência de segurança no futuro. Neste sentido, as medidas cogitadas devem ser adaptadas ao ator para quem serão utilizadas. Elas também dependem fortemente do respectivo nível de sensibilização na instituição específica. Estendem-se desde meros materiais e brochuras informativos até cursos de formação e “ataques” simulados ou demonstrativos.⁸⁰

a) Consciência de segurança no atendimento médico e odontológico

No atendimento prestado por médicos e dentistas credenciados, as medidas de conscientização atingem os consultórios médicos e dentários. Em consonância com a diferenciação – de qualquer modo já vigente nessa área – baseada no tamanho dos consultórios e nos diferentes requisitos a ele associados para garantir a segurança de TI, as medidas de conscientização também devem ser diferenciadas por esse critério. Assim, medidas aplicadas em um consultório pequeno, no qual apenas cinco pessoas lidam constantemente com o processamento de dados, devem ser diferentes das aplicadas em um consultório em que mais de 20 pessoas lidam regularmente com o processamento de dados.⁸¹ Neste tocante, a conscientização deve começar já na contratação de funcionários e levar em conta os diferentes

⁷⁹ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 72.

⁸⁰ DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023. p. 165.

⁸¹ Cf., quanto a essa diferenciação por tamanho, KASSENÄRTZLICHE BUNDESVEREINIGUNG. *Richtlinie nach §75b SGB V über die Anforderungen zur Gewährleistung der IT-Sicherheit*. 2020. Disponível em: https://www.kbv.de/media/sp/RiLi___75b_SGB_V_Anforderungen_Gewahrleistung_IT-Sicherheit.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024..

grupos-alvo com suas capacidades, processos de trabalho e recursos necessários.⁸² Da mesma maneira, um exercício de emergência na área de TI também deve ser realizado em intervalos regulares. Assim, pode-se terminar um dia de atendimento normal no consultório mais cedo para realizar o exercício de emergência durante o restante da jornada de trabalho.⁸³ No entanto, isto não parece muito prático sob as atuais circunstâncias e condições no sistema e no atendimento de saúde, razão pela qual deve-se pensar sobre outras possibilidades.

b) Consciência de segurança em hospitais, incluindo aparelhos ou dispositivos médicos

Em comparação com os consultórios de médicos e dentistas, as medidas de conscientização nos hospitais são mais complexas porque existem numerosos outros atores a considerar. Além de médicos, pacientes e equipes de enfermagem, também devem ser levados em consideração funcionários externos, empresas e fornecedores que possam ter contato com o processamento de dados, de modo que estes também precisam ser conscientizados sobre como lidar com dados de pacientes.

No hospital as medidas de conscientização também precisam ser adaptadas às diferentes funções ou papéis. Assim, os grupos de pessoas que têm contato regular com informações dos pacientes devem ser capacitados de modo diferente dos grupos de pessoas que tenham pouco contato com essas informações. Quanto maior a relação com o processamento de dados dos pacientes, tanto melhor e mais abrangente deve ser a capacitação dos funcionários e tanto mais devem estar cientes de suas responsabilidades.⁸⁴ Neste contexto, diferentes temas devem ser abordados.⁸⁵ Deve-se pensar, p. ex., na política de segurança do hospital, em possíveis efeitos de um ciberataque ao hospital, na forma de lidar com senhas, no comportamento ao usar o computador e na navegação na internet, no uso de dispositivos móveis, nas responsabilidades em matéria de proteção de dados e

⁸² DARMS, Martin; HAßFELD, Stefan; FEDTKE, Stephen. *IT-Sicherheit und Datenschutz im Gesundheitswesen: Leitfaden für Ärzte, Apotheker, Informatiker und Geschäftsführer in Klinik und Praxis*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019. p. 148.

⁸³ Essa é a posição que se encontra, p. ex., em DARMS, Martin; HAßFELD, Stefan; FEDTKE, Stephen. *IT-Sicherheit und Datenschutz im Gesundheitswesen: Leitfaden für Ärzte, Apotheker, Informatiker und Geschäftsführer in Klinik und Praxis*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019. p. 148.

⁸⁴ DARMS, Martin; HAßFELD, Stefan; FEDTKE, Stephen. *IT-Sicherheit und Datenschutz im Gesundheitswesen: Leitfaden für Ärzte, Apotheker, Informatiker und Geschäftsführer in Klinik und Praxis*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019. p. 188.

⁸⁵ Segundo DARMS, Martin; HAßFELD, Stefan; FEDTKE, Stephen. *IT-Sicherheit und Datenschutz im Gesundheitswesen: Leitfaden für Ärzte, Apotheker, Informatiker und Geschäftsführer in Klinik und Praxis*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019. p. 191 s.

segurança de TI, bem como nas instâncias responsáveis para relatar incidentes ou anomalias.

Além disso, os aparelhos ou dispositivos médicos também desempenham um papel central, de modo que os funcionários devem ter se conscientizado de que esses aparelhos podem processar informações confidenciais dos pacientes e que os sistemas só devem ser utilizados para o uso indicado e só então fornecem os resultados pertinentes.⁸⁶ No que diz respeito às medidas de conscientização para dispositivos médicos, deve-se lembrar, p. ex., que não se instalem *softwares* de terceiros, os aparelhos só sejam utilizados para a finalidade específica do produto médico e o comportamento incomum seja imediatamente comunicado à equipe de apoio técnico ou ao fabricante.⁸⁷

c) Consciência de segurança nos planos de saúde e de assistência

Os planos de saúde e de assistência a doentes ou pessoas necessitadas de cuidados, por sua vez, têm de definir um foco diferente no tocante às medidas de conscientização a serem concretamente tomadas, pois neles, em comparação com os consultórios de médicos e dentistas e hospitais, outros parâmetros desempenham um papel substancial. Neste caso, é a segurança das informações dos segurados que está em primeiro plano. Portanto, os sistemas de TI utilizados devem ser protegidos e os funcionários devem ser capacitados sobre como lidar com eles. Neste sentido não basta que sejam realizadas medidas de conscientização de qualquer forma, pois elas também precisam ser bem-sucedidas. Isto pressupõe, em particular, que haja preparação e organização profissional, que não se despertem receios entre os funcionários, que se transmitam conteúdos de capacitação bem direcionados e passíveis de implementação, que novas formas de comportamento sejam continuamente treinadas e que seja dado *feedback*, além de levar em consideração peculiaridades culturais.⁸⁸ Também neste caso se podem cogitar diferentes medidas: campanhas sobre *phishing* para aumentar a consciência

⁸⁶ Exposição extensa quanto a isso se encontra em DARMS, Martin; HAßFELD, Stefan; FEDTKE, Stephen. *IT-Sicherheit und Datenschutz im Gesundheitswesen: Leitfaden für Ärzte, Apotheker, Informatiker und Geschäftsführer in Klinik und Praxis*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019. p. 126.

⁸⁷ Segundo DARMS, Martin; HAßFELD, Stefan; FEDTKE, Stephen. *IT-Sicherheit und Datenschutz im Gesundheitswesen: Leitfaden für Ärzte, Apotheker, Informatiker und Geschäftsführer in Klinik und Praxis*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019. p. 127.

⁸⁸ WEBER, Kristin; SCHÜTZ, Andreas E.; FERTIG, Tobias. *Grundlagen und Anwendung von Information Security Awareness: Mitarbeiter zielgerichtet für Informationssicherheit sensibilisieren*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019. p. 20.

dos funcionários,⁸⁹ a utilização de URLs de reencaminhamento em *e-mails*,⁹⁰ a criação de medidas eficazes de conscientização para a segurança de senhas⁹¹ ou a utilização de ferramentas de conscientização sobre segurança especificamente talhadas para planos de saúde e de assistência a doentes.⁹²

5 Conclusão provisória

O aumento da cibersegurança é outro componente essencial no caminho para um sistema de saúde digitalizado. É coerente que os requisitos de segurança de TI também sejam estendidos às seguradoras de saúde e de assistência a pessoas doentes ou necessitadas de cuidados e que a concretização dos requisitos técnicos específicos seja elaborada pelos atores responsáveis em cada caso, pois são eles que melhor conhecem os requisitos específicos. Não obstante, sobretudo os médicos e dentistas credenciados, os hospitais e os planos de saúde e de assistência são colocados diante de novos desafios pelo novo marco jurídico. Para cumprir os requisitos legalmente consagrados em matéria de segurança em TI e para aumentar a *security awareness*, é necessário um dispêndio considerável em termos de recursos humanos e financeiros, pois a implementação dos requisitos não pode ser deixada sob a responsabilidade da equipe médica. Da mesma maneira, deve-se fazer frente de modo eficaz ao risco de uma burocratização adicional do sistema de saúde. Por fim, o aumento fundamentalmente necessário da consciência da segurança entre os atores da área médica não deve ocorrer à custa dos segurados e dos pacientes. Portanto, o dispêndio para as instalações e equipamentos de saúde deve ser reduzido a um nível necessário.⁹³

⁸⁹ Veja, quanto a isso, VOLKAMER, Melanie; SASSE, Martina A.; BOEHM, Franziska. Phishing: Kampagnen zur Steigerung der Mitarbeiter-Awareness. *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, v. 44, p. 518-521, 2020. p. 518.

⁹⁰ Veja, quanto a isso, MÜLLMANN, Dirk; VEIT, Maxime; VOLKAMER, Melanie. Weiterleitungs-URLs in e-mails. *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, n. 5, p. 275 ss., 2023. p. 275.

⁹¹ Veja, quanto a isso, MAYER, Peter; BALLREICH, Fabian; DÜZGÜN; SCHWARTZ, Christian; VOLKAMER, Melanie. Erstellung von effektiven Sensibilisierungsmaterialien zur Passwortsicherheit. *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, v. 44, p. 522-527, 2020. p. 522.

⁹² MARKUS, Heike; MEUCHE, Thomas. *Auf dem Weg zur digitalen Verwaltung: Ein ganzheitliches Konzept für eine gelingende Digitalisierung in der öffentlichen Verwaltung*. Wiesbaden: Springer Gabler, 2022. p. 211.

⁹³ BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT. *Stellungnahme der Gesellschaft für Qualitätsmanagement in der Gesundheitsversorgung e.V. (GQMG) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit über das Gesetz zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)*. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_gqmg.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

C Proteção de dados na pesquisa em saúde

A pesquisa que utiliza dados dos atores num sistema de saúde digitalizado também se tornará fundamentalmente mais importante no futuro. Em particular, são os dados fornecidos pelos segurados e pelos pacientes que representam um enorme tesouro de dados. Podem ser utilizados para investigar e desenvolver novas terapias, melhorar e otimizar procedimentos médicos e adaptar o sistema de saúde de forma muito mais eficiente e precisa às necessidades das pessoas afetadas.

Com a Lei de Cuidados Digitais (DVG) e a Lei de Proteção de Dados do Paciente (PDSG), duas leis centrais na área da lei de proteção de dados de saúde foram aprovadas nos últimos anos,⁹⁴ a fim de promover a digitalização do sistema de saúde⁹⁵ e, ao mesmo tempo, fortalecer especificamente a soberania dos dados do indivíduo.⁹⁶ Os regulamentos foram controversos desde o início e o DVG também foi objeto de processos provisórios de proteção judicial sem sucesso perante o BVerfG.⁹⁷ O DVG fez grandes alterações aos regulamentos sobre transparência de dados (§§303a – 303f SGB V),⁹⁸ embora estes regulamentos tenham sido, por sua vez, parcialmente modificados com o GDNG.⁹⁹ O PDSG reestrutura exaustivamente os regulamentos sobre infraestrutura telemática (§§306 e seguintes SGB V).¹⁰⁰

⁹⁴ Cf., quanto a isso, já BRETTHAUER, Sebastian; APPENZELLER, Arno; BIRNSTILL, Pascal. Datensouveränität für Patienten im Gesundheitswesen: Eine Chance für die medizinische Forschung und den Datenschutz. *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, v. 45, n. 3, p. 173-179, 2021. p. 173.

⁹⁵ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/1e3438*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/13438. 2015. p. 2; DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/18793*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/18793. 2020. p. 2.

⁹⁶ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/13438*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/13438. 2015. p. 97; DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/18793*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/18793. 2020. p. 130.

⁹⁷ BVerfG, Beschl. v. 19.3.2020 – 1 BvQ 1/20; Bretthauer/Spiecker gen. Döhmman, JZ 2020, 990.

⁹⁸ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/13438*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/13438. 2015. p. 71 ss.

⁹⁹ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Nutzung von Gesundheitsdaten (Gesundheitsdatennutzungsgesetz – GDNG) 20/9046*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 20/9046. 2023. p. 26 ss.

¹⁰⁰ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/18793*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/18793. 2020. p. 98 ss.

I A transparência dos dados como prerequisite para um sistema de saúde digitalizado

1 Transparência de dados para melhorar a investigação em saúde digital

Com os regulamentos sobre transparência de dados nos §§303a – 303f SGB V, o legislador concedeu ao Instituto Federal de Medicamentos e Dispositivos Médicos – uma autoridade federal superior – permissão para armazenar grandes quantidades de dados sobre pessoas seguradas do seguro de saúde legal, mantendo ao mesmo tempo altos padrões de segurança e enviá-lo para determinados locais para pesquisa e melhoria do atendimento.¹⁰¹ Os padrões são especificados com mais detalhes pelo chamado regulamento de transparência de dados (DaTraV).¹⁰² O objetivo dos regulamentos de transparência de dados é aumentar a usabilidade dos dados num sistema de saúde digitalizado, especialmente para fins de investigação, e assim proteger o direito dos segurados à autodeterminação informativa (Art. 2 Par. 1 em conjunto com o Art. 1 Parágrafo 1 GG, Art. 8 GRCh).¹⁰³

Portanto, num sistema de saúde digitalizado, nem todos os dados do segurado podem ser disponibilizados a terceiros, mesmo que os dados fornecidos sejam muito extensos. O §303b, parágrafo 1 do SGB V, portanto, padroniza os dados que as companhias de seguros de saúde e os fundos de cuidados de enfermagem só podem transmitir à associação guarda-chuva da Federação dos Fundos de Seguros de Saúde (SpiBuKK) como um ponto de coleta de dados, embora isso já envolva uma grande quantidade de dados, bem como dados particularmente sensíveis. Além das informações gerais sobre idade, sexo e local de residência (Seção 303b Parágrafo 1 No. 1 SGB V), os dados de custo e desempenho em particular também estão de acordo com as Seções 295, 295a, 300, 301, 301a e 302 SGB V, bem como a Seção 105 SGB XI (Seção 303b Parágrafo 1 No. 3 SGB V). Isto aplica-se em particular aos dados de faturação e aos dados fornecidos para ajuste da estrutura de risco, bem como aos dados utilizados exclusivamente para transparência de dados.¹⁰⁴ Os dados do ajuste da estrutura de risco são, nomeadamente, dados-mestre e informações

¹⁰¹ KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020.

¹⁰² Veja, quanto a isso, BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. *Verordnung zur Umsetzung der Vorschriften über die Datentransparenz (Datentransparenzverordnung – DaTraV)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/datrav_2020/BJNR137110020.html. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁰³ KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020. p. 42.

¹⁰⁴ ROLFS, ChristianI GIESEN, Richard; KREIKEBOHM, Ralf; MESSLING, Miriam; UDSCHING, Peter. *BeckOK Sozialrecht*. 61 Ed. München: C.H. Beck, [2012]. SGB V §303b Rn. 5.

sobre tratamentos ambulatoriais e hospitalares, bem como informações sobre os medicamentos prescritos.¹⁰⁵ Para os segurados individuais, são registrados o ano de nascimento, o sexo, o tempo de tratamento e os códigos do CID¹⁰⁶ para que se possam tirar conclusões sobre os diagnósticos realizados.¹⁰⁷ Para os medicamentos são transmitidos o número da central farmacêutica,¹⁰⁸ a data da prescrição e o número de receitas.¹⁰⁹ No entanto, dados não estruturados, como cartas médicas, não são registrados.¹¹⁰ Esta visão geral deixa claro que um sistema de saúde digitalizado gera uma grande quantidade de dados particularmente sensíveis, que podem agora ser sistematicamente processados e avaliados no futuro. Ao mesmo tempo, são, portanto, necessárias medidas de proteção especiais para proteger de forma abrangente a autodeterminação informativa do segurado, de acordo com o artigo 2º, nº 1, em conjugação com o artigo 1º, nº 1 GG.

Portanto, as seguradoras de saúde apenas transmitem à SpiBuKK as informações que armazenam sobre os segurados e prestadores de serviços de forma pseudonimizada.¹¹¹ O nome do segurado não será transmitido. O SpiBuKK reúne então os dados que lhe são transmitidos e verifica-os quanto à integralidade, plausibilidade e consistência (Secção 303b Parágrafo 2 SGB V). Os dados processados são então transmitidos ao centro de dados de pesquisa (ver Secção 303d SGB V) e ao escritório fiduciário (ver Secção 303c SGB V), por outro. O Instituto Federal de Medicamentos e Dispositivos Médicos¹¹² desempenha as tarefas do centro de dados de pesquisa (Secção 2 Parágrafo 2 DaTraV) e o Instituto Robert Koch assume as tarefas do órgão de confiança (Secção 2 Parágrafo 1 DaTraV).

O centro de dados de investigação, como ponto de contato central para todas as questões relativas ao (posterior) processamento de dados (ver Secção 303e SGB V), desempenha um papel central no sistema de saúde digitalizado. A sua área de responsabilidade é muito ampla e vai desde a garantia da qualidade dos

¹⁰⁵ KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020. p. 42.

¹⁰⁶ KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020. p. 42.

¹⁰⁷ KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020. p. 42.

¹⁰⁸ KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020. p. 42.

¹⁰⁹ KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020. p. 42.

¹¹⁰ KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020. p. 42.

¹¹¹ ROLFS, Christian| GIESEN, Richard; KREIKEBOHM, Ralf; MESSLING, Miriam; UDSCHING, Peter. *BeckOK Sozialrecht*. 61 Ed. München: C.H. Beck, [2012]. SGB V §303b Rn. 3a.

¹¹² ROLFS, Christian| GIESEN, Richard; KREIKEBOHM, Ralf; MESSLING, Miriam; UDSCHING, Peter. *BeckOK Sozialrecht*. 61 Ed. München: C.H. Beck, [2012].

dados que lhe são transmitidos (artigo 303d, nº 1, nº 2 do SGB V) até a avaliação e desenvolvimento de procedimentos de transparência de dados (artigo 303d, nº 1, nº 7 do SGB V), e oferecer oportunidades de treinamento para aqueles autorizados a usar a infraestrutura de dados (Seção 303d Parágrafo 1 nº 9 SGB V). Para posterior investigação com os dados existentes, o tratamento dos dados transmitidos (artigo 303d nº 1 nº 1 SGB V), tornando os dados solicitados acessíveis às pessoas autorizadas a utilizá-los (artigo 303d nº 1 nº 4 SGB V), a avaliação do risco de reidentificação dos dados solicitados (Seção 303d Parágrafo 1 nº 5 SGB V), bem como a promoção do desenvolvimento científico dos dados (Seção 303d Parágrafo 1 nº 10 SGB V) são de particular importância. A fim de minimizar o risco específico de reidentificação, o centro de dados de investigação deve tomar medidas adequadas, preservando simultaneamente de forma adequada o benefício científico.¹¹³ O que isto significa especificamente em casos individuais e quais os critérios que estas medidas devem ser utilizadas para ponderar e avaliar permanecem obscuros neste momento. Portanto, especificações claras são necessárias aqui. Estas poderiam consistir em referir-se a um estado da arte específico, a regras de tecnologia geralmente reconhecidas ou mesmo ao estado da ciência e da tecnologia.¹¹⁴

Finalmente, a Seção 303e do SGB V especifica quais atores (Seção 303e, Parágrafo 1 do SGB V) estão autorizados a usar o conjunto de dados do centro de dados de pesquisa para quais fins (Seção 303e, Parágrafo 2 do SGB V). Todas as pessoas singulares e coletivas abrangidas pelo âmbito de aplicação do RGPD têm, portanto, direito à utilização dos dados, desde que estejam autorizadas a tratar os dados. Do ponto de vista da minimização de dados (Art. 5 Par. 1 lit. c GDPR), a crítica apropriada é sobre se um grupo tão amplo e indefinido de usuários autorizados é absolutamente necessário. A minimização dos dados significa principalmente reduzir o nível de interferência com o direito fundamental à proteção de dados dos titulares dos dados.¹¹⁵ No entanto, a minimização também se refere à extensão do processamento de dados, de modo que o número e a extensão das utilizações também devem ser reduzidos ao necessário,¹¹⁶ e o círculo de utilizadores autorizados deve ser mantido pequeno e gerível. A fim de mitigar este aspecto e reduzir ao mínimo

¹¹³ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/13438*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/13438. 2015. p. 73.

¹¹⁴ Cf., quanto a isso, basicamente SEIBEL, Mark. Abgrenzung der “allgemein anerkannten Regeln der Technik” vom “Stand der Technik”. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 41, p. 3000, 2013.

¹¹⁵ SIMITIS, Spiros; HORNING, Gerrit; DÖHMANN, Indra Spiecker gennant (Orgs.). *Datenschutzrecht: DS-GVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos, 2019. Art. 5, nota de rodapé 116.

¹¹⁶ SIMITIS, Spiros; HORNING, Gerrit; DÖHMANN, Indra Spiecker gennant (Orgs.). *Datenschutzrecht: DS-GVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos, 2019. Art. 5, nota de rodapé 30.

as ameaças à autodeterminação informacional, o legislador estipula pelo menos uma limitação estrita da finalidade na Seção 303e Parágrafo 2 do SGB com uma lista final de finalidades de uso,¹¹⁷ de modo que o círculo inicialmente amplo de usuários autorizados é restringido por uma limitação estrita de propósito.

Do ponto de vista da pesquisa, a Seção 303e Parágrafo 2 n° 4 SGB V é de particular importância. Os usuários autorizados – como universidades ou instituições de pesquisa – estão autorizados a processar dados para pesquisas científicas sobre questões nas áreas de saúde e cuidados. Este catálogo de finalidades de tratamento de dados para investigação não é exaustivo, pelo que outras formas e métodos de investigação médica também podem ser considerados.¹¹⁸ O centro de dados de pesquisa deve então transmitir os dados selecionados ao usuário autorizado solicitante. Os dados devem ser geralmente fornecidos de forma anonimizada e agregada (Seção 303e Parágrafo 3 Sentença 4 SGB V). Os detalhes disso estão padronizados na Seção 10 DaTraV. Em casos especiais, o centro de dados de pesquisa também pode transmitir dados anonimizados e agregados com referência a um pequeno número de casos (Seção 303e Parágrafo 3 Sentença 5 SGB V). Ao mesmo tempo, porém, existe um risco crescente de que dados anteriormente anônimos se tornem dados pessoais. Quanto menor for o número de casos, maior será a probabilidade de reidentificação, especialmente quando se trata de investigação de doenças particularmente raras.¹¹⁹ Finalmente, em casos excepcionais estritamente definidos, existe também a possibilidade de fornecer conjuntos de dados pseudonimizados (Seção 303e Parágrafo 4 Sentença 1 SGB V). No entanto, também devem ser tomadas medidas técnicas e organizacionais para garantir que o tratamento do utilizador autorizado seja limitado na medida necessária e, em particular, que a cópia dos dados possa ser evitada (Seção 303e Parágrafo 4 Sentença 2 n° 2 SGB V). Em última análise, no tratamento dos dados disponibilizados, os utilizadores autorizados devem garantir que não estabelecem qualquer referência a pessoas ou prestadores de serviços (artigo 303e, n° 5, frase 2 do SGB V). Caso contrário, isso deverá ser comunicado imediatamente ao Centro de Dados de Pesquisa (Seção 303e Parágrafo 5 Sentença 3 SGB V).

¹¹⁷ ROLFS, ChristianI GIESEN, Richard; KREIKEBOHM, Ralf; MESSLING, Miriam; UDSCHING, Peter. *BeckOK Sozialrecht*. 61 ed., München: C.H. Beck, [2012]. SGB V §303e Rn. 4.

¹¹⁸ BECKER, Ulrich; KINGREEN, Thorsten. *SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung*. München: C.H. Beck, 2022. SGB V §303e nota de rodapé 3.

¹¹⁹ Cf., quanto ao problema da reidentificação, também KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020. p. 43 ss.

2 Potencial de melhoria nas regulamentações de transparência de dados

O sistema diferenciado de regulamentações de transparência de dados não é fácil de penetrar. Com os seus vários atores – SpiBuKK, centro de dados de investigação e confiança – que estão eles próprios integrados em complicadas estruturas de saúde alemãs, o legislador deu, no entanto, um primeiro passo importante e correto para reforçar a importância da transparência dos dados num sistema de saúde digitalizado. No entanto, os regulamentos sobre transparência de dados representam apenas um primeiro passo na direção certa. Para além dos requisitos estabelecidos, são absolutamente necessárias mais melhorias.¹²⁰

Não existem direitos específicos das pessoas afetadas, como o direito das pessoas afetadas de se oporem à utilização de dados para fins de investigação ou o direito das pessoas afetadas à informação sobre os conjuntos de dados individuais armazenados sob pseudónimo sobre eles no centro de dados de investigação.¹²¹ Não há recurso aos regulamentos gerais (artigo 21º do RGPD, artigo 15º do RGPD). Com o artigo 89º, nº 2, do RGPD e o artigo 27º, nº 2, do BDSG, existem regulamentos excepcionais na área da investigação científica que restringem o direito do titular dos dados à oposição e à informação. No entanto, uma disposição específica nos regulamentos sobre transparência de dados seria juridicamente necessária neste momento, no sentido de um direito genuíno de transparência para as pessoas afetadas, que está associado a um direito de oposição específico do projeto.¹²² Em qualquer caso, isto permitiria uma implementação significativamente mais diferenciada do direito à autodeterminação informacional no contexto da investigação.¹²³ De qualquer forma, isto deve aplicar-se ao direito à informação devido à sua garantia constitucional (cf. Art. 8 Parágrafo 2 Sentença 2 GRCh).¹²⁴ O legislador deve, portanto, fazer ajustes aqui e integrar regulamentos apropriados.

Deverão também ser consideradas outras utilizações especiais dos dados e a sua normalização. Muitas vezes, a investigação no setor da saúde só é possível com conjuntos de dados pessoais individuais, por exemplo, se o foco for a investigação

¹²⁰ WEICHERT, Thilo. “Datentransparenz” und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020. p. 539-542 ss.

¹²¹ WEICHERT, Thilo. “Datentransparenz” und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020. p. 543 ss.

¹²² WEICHERT, Thilo. “Datentransparenz” und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020. p. 543 ss.

¹²³ Posição semelhante se encontra em WEICHERT, Thilo. “Datentransparenz” und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020. p. 543.

¹²⁴ Cf., quanto a isso, também JARASS, Hans D. *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 4 Ed. Frankfurt: C. H. Beck, 2021. Art. 8, nota de rodapé 20, bem como SIMITIS, Spiros; HORNUNG, Gerrit; DÖHMANN, Indra Spiecker gennant (Orgs.). *Datenschutzrecht: DS-GVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos, 2019. Art. 15, nota de rodapé 1.

de doenças específicas.¹²⁵ Embora conjuntos de dados individuais pseudonimizados já possam ser disponibilizados em casos especiais (ver Seção 303e, parágrafos 4 e 5 do SGB V), os requisitos legais padronizados não são suficientemente precisos para permitir o tratamento de dados legalmente compatível. Porque os requisitos para uso posterior mencionados são baixos. É suficiente, entre outras coisas, que os destinatários dos dados estejam sujeitos ao sigilo profissional e que medidas técnicas e organizacionais adequadas garantam a minimização dos dados. O que também seria necessário é uma separação espacial, organizacional e de pessoal entre o cumprimento das tarefas operacionais de um escritório e o processamento pseudônimo de dados de transparência. Também são necessárias disposições que tomem precauções suficientemente precisas contra a reidentificação de dados.¹²⁶ Também aqui, o estado da arte ou o estado da ciência e da tecnologia poderiam ser tidos em conta a fim de integrar procedimentos modernos – como procedimentos específicos de cifragem, como chave pública e chave privada ou assinaturas digitais – no sentido de processamento avançado de dados que esteja em conformidade com os regulamentos de proteção de dados em nível legal. Além disso, devem ser tomadas precauções de utilização, que incluem uma marcação particularmente rigorosa.¹²⁷ Finalmente, a relação entre os regulamentos de transparência de dados e os regulamentos especiais de investigação no SGB X (§67c seção 2 n. 2, seção. 5 e §75 seção 1, 2 e 4a S. 1 SGB X) é totalmente obscura e exige por isso uma solução.¹²⁸

Do ponto de vista organizacional, é o centro de dados de investigação em particular que, juntamente com o SpiBuKK, está a tornar-se fundamentalmente mais importante. Isto ocorre porque uma recolha central de dados de saúde altamente sensíveis de todas as pessoas com seguro de saúde legal na Alemanha está a ser estabelecida ou expandida.¹²⁹ Devido à sua gama abrangente de tarefas, é um elemento essencial e um motor para o desenvolvimento de um sistema de saúde digitalizado. No entanto, também pode contribuir para prevenir a digitalização progressiva se não conseguir realizar as tarefas que lhe são atribuídas com os recursos necessários (pessoal, equipamento, conhecimentos especializados). Para uma investigação bem-sucedida com dados, é, portanto, essencial que os regulamentos recentemente inseridos ajudem a permitir uma investigação moderna e progressiva.

¹²⁵ WEICHERT, Thilo. "Datentransparenz" und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020. p. 543.

¹²⁶ WEICHERT, Thilo. "Datentransparenz" und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020. p. 543.

¹²⁷ Veja, quanto isso, exposição extensa em WEICHERT, Thilo. Die Forschungsprivilegierung in der DS-GVO. *Zeitschrift für Datenschutz*, v. 18, p. 21 ss., 2020.

¹²⁸ WEICHERT, Thilo. "Datentransparenz" und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020. p. 544.

¹²⁹ Essa posição já se encontra em WEICHERT, Thilo. "Datentransparenz" und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020. p. 542.

O centro de dados de investigação desempenhará, portanto, um papel fundamental na decisão de se e como a investigação bem-sucedida será implementada num sistema de saúde digitalizado na Alemanha.

II A infraestrutura telemática e a pesquisa com dados do prontuário eletrônico do paciente

Além da necessária transparência dos dados, outro motor fundamental para a digitalização do sistema de saúde é a expansão da infraestrutura telemática (§306 e seguintes do SGB V). A infraestrutura telemática (TI) é a infraestrutura de informação, comunicação e segurança interoperável e compatível que serve para prestadores de serviços de rede, pagadores, segurados e outros atores no sistema de saúde, bem como reabilitação e cuidados (Secção 306 Parágrafo 1 Sentença 2 SGB V). Em princípio, pretende-se colocar em rede todos os atores no sistema de saúde – como médicos, hospitais, seguradoras de saúde, farmácias e doentes. Os regulamentos sobre TI no SGB V são, portanto, padronizados em um capítulo separado (11º capítulo) e incluem nada menos que 77 regulamentos (§§306 – 383 SGB V). Numa primeira secção (§§306 – 309 SGB V), os requisitos gerais para o TI são padronizados e as responsabilidades em matéria de proteção de dados são definidas (§307 SGB V).¹³⁰ A segunda, terceira e quarta seções (§§310 – 333 SGB V) contêm regulamentos sobre as tarefas da Sociedade Telemática, o funcionamento da infraestrutura telemática e a monitorização da funcionalidade e segurança do TI. Central para as funcionalidades do TI é a quinta seção sobre as aplicações do TI (§§334 – 363 SGB V), que contém os regulamentos relevantes para o arquivo eletrônico do paciente (§§341 – 355 SGB V), bem como a disponibilidade de dados provenientes de aplicações do TI para fins de investigação (§363 SGB V). A sexta, sétima e oitava seções (§§364 – 383 SGB V) contêm regulamentos adicionais sobre procedimentos telemédicos, requisitos para interfaces de sistemas de tecnologia da informação, bem como disposições sobre financiamento e reembolso de custos.

1 Processamento de dados de prontuários eletrônicos de pacientes para fins de pesquisa

Com a introdução do processo eletrônico do paciente, os segurados podem agora também disponibilizar os dados nele armazenados para fins de investigação

¹³⁰ DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 1): Die elektronische Gesundheitskarte und Telematikinfrastruktur. *Medizinrecht*, n. 38, p. 979-993, 2020. p. 979-983 ss.

(artigo 341^o, n^o 2, n^o 6 do SGB V). Isto significa que a digitalização do sistema de saúde está mais uma vez a registar um enorme impulso. Embora anteriormente os dados dos pacientes pudessem ser disponibilizados para investigação, a digitalização permite agora que os dados sejam disponibilizados em todo o mundo de forma muito mais rápida, fácil e descomplicada. A Seção 363 SGB V cria, portanto, a base jurídica correspondente, que padroniza amplamente os requisitos para o processamento de dados do prontuário eletrônico do paciente para fins de pesquisa. O objetivo da norma é estabelecer uma base de dados sólida para pesquisa, garantia de qualidade e melhoria dos cuidados de saúde. Nesta base, as ligações médicas podem ser examinadas e podem ser encontradas abordagens de tratamento inovadoras que beneficiam os cuidados médicos gerais do segurado.¹³¹ Este é, portanto, um uso secundário dos dados do paciente.¹³² O novo regulamento abre basicamente duas formas de disponibilizar dados médicos para fins de investigação.¹³³ Por um lado, os dados do arquivo eletrônico do paciente são disponibilizados para fins de acordo com a Seção 303e Parágrafo 2 SGB V, desde que os segurados não tenham se oposto à transferência de dados e, por outro lado, de acordo com a Seção 363 Parágrafo 8 SGB V, eles também podem utilizar os dados para um projeto de pesquisa específico ou determinadas áreas da pesquisa científica no sentido de consentimento informado. Resta saber qual destes dois caminhos se estabelecerá na prática no futuro.

As finalidades para as quais os segurados podem divulgar os dados do arquivo eletrônico do paciente são descritas com precisão na Seção 363 Parágrafo 1 SGB V com referência à Seção 303e Parágrafo 2 SGB V. Os dados só podem ser divulgados para melhorar a qualidade dos cuidados e melhorar os padrões de segurança de prevenção, cuidados e enfermagem, para investigação científica, para apoiar processos de tomada de decisão política para o desenvolvimento do seguro de saúde legal e para realizar tarefas de notificação de saúde. Outros fins são, portanto, excluídos à partida. Se as duas primeiras finalidades mencionadas são aquelas que estão intimamente relacionadas com os pacientes, as duas últimas finalidades baseiam-se nos interesses do público em geral, que, na melhor das hipóteses, têm um benefício indireto para o segurado.¹³⁴ Parece questionável se

¹³¹ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/18793*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/18793. 2020. p. 130.

¹³² Veja, quanto a isso, também SCHNEIDER, Uwe K. *Sekundärnutzung klinischer Daten: Rechtliche Rahmenbedingungen*. Berlin: MWV Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2015.

¹³³ DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende. *Medizinrecht*, p. 115 ss., 2021. p. 118.

¹³⁴ DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende. *Medizinrecht*, p. 115 ss., 2021. p. 118.

estes objetivos amplos irão realmente ajudar as pessoas seguradas a disponibilizar os seus dados mais livremente no futuro. A aprovação de processos de tomada de decisão política provavelmente exigirá inicialmente um esforço não insignificante por parte do médico para explicar aos pacientes e, portanto, aos segurados, algo a que os médicos geralmente não podem dedicar muito tempo. Os dados divulgados são então transmitidos ao centro de dados de pesquisa (Seção 363 Parágrafo 2 SGB V). Além dos dados já recebidos das seguradoras de saúde e da SpiBuKK provenientes do processo de transparência de dados, o centro de dados de investigação receberá mais dados específicos dos pacientes, demonstrando mais uma vez a sua especial importância no contexto da investigação em saúde, uma vez que terá um impacto significativo em grande quantidade de dados de saúde. Os dados são pseudonimizados, criptografados e transmitidos ao centro de dados de pesquisa com um número comercial previamente atribuído. O centro de dados de pesquisa pode então disponibilizar esses dados para usuários legítimos autorizados, como instituições de pesquisa em saúde ou universidades (ver Seção 363, Parágrafo 4 do SGB V). Os segurados podem opor-se à transmissão de dados a qualquer momento (artigo 363, Parágrafo 5 SGB V). Em caso de revogação, o centro de dados de investigação deve eliminar os dados transmitidos, embora os dados transmitidos até a revogação e já utilizados para projetos de investigação específicos possam continuar a ser processados para esses projetos de investigação (Seção 363 Parágrafo 6 SGB V). Finalmente, o Ministério Federal da Saúde está autorizado a padronizar em regulamento legal as medidas adequadas e específicas para proteger os interesses do titular dos dados, bem como os detalhes técnicos e organizacionais da divulgação e transmissão de dados, bem como a pseudonimização (Seção 363 Parágrafo 7 SGB V). Ainda não está claro por que estes requisitos, que abordam a proteção dos pacientes e segurados, não foram imediatamente incorporados na lei. Medidas de proteção como a proibição e restrições à mudança de finalidade, obrigações de transparência, pseudonimização e procedimentos de encriptação, bem como outras precauções técnicas organizacionais devem ser regulamentadas em nível jurídico, uma vez que dizem respeito a questões essenciais do exercício dos direitos fundamentais e, portanto, não podem apenas ser padronizado em norma legal.¹³⁵

Independentemente da possibilidade de disponibilizar os dados do prontuário eletrônico do paciente para fins de pesquisa por meio do processo de transparência de dados, os segurados também podem disponibilizar os dados do prontuário eletrônico do paciente com base exclusiva no consentimento informado (Seção 363 Parágrafo

¹³⁵ Posição igualmente crítica se encontra em DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende. *Medizinrecht*, p. 115 ss., 2021. p. 119.

8 SGB V).¹³⁶ O regulamento não representa um padrão independente de autoridade para a transferência de dados, de modo que os requisitos para o consentimento informado decorrem diretamente do Artigo 9, Parágrafo 2, Carta a do RGPD, em conjunto com o Artigo 7 do RGPD.¹³⁷ No entanto, a finalidade é restringida e os dados só podem ser disponibilizados para um projeto de investigação específico ou para determinadas áreas de investigação científica.¹³⁸ Um projeto de pesquisa específico requer, portanto, um projeto de pesquisa especificamente descrito e claramente definido, com objetivos e propósitos específicos.¹³⁹ Na prática, isto pode basear-se em projetos de investigação específicos que são frequentemente financiados no setor da saúde pelo Ministério Federal da Educação e Investigação ou pelo Ministério Federal da Saúde. Um projeto de pesquisa específico pode envolver pesquisas sobre opções de tratamento para uma doença metabólica rara. Em contrapartida, o termo “certas áreas de investigação científica” deve ser interpretado de forma mais ampla. É concebível aqui que o consentimento seja concedido para certas áreas de investigação científica, como a investigação médica ou a investigação sobre o cancro.¹⁴⁰ Nestes casos, também devem ser tidos em conta os padrões éticos reconhecidos da investigação científica.¹⁴¹ Estas podem resultar de recomendações e orientações para garantir boas práticas científicas, de um código de ética ou de regulamentos profissionais.¹⁴² Em qualquer caso, um consentimento tão amplo na aceção do artigo 363^o, n^o 8 do SGB V, no contexto

¹³⁶ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/18793*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/18793. 2020. p. 132; cf., quanto a isso, já BRETTHAUER, Sebastian; APPENZELLER, Arno; BIRNSTILL, Pascal. Datensouveränität für Patienten im Gesundheitswesen: Eine Chance für die medizinische Forschung und den Datenschutz. *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, v. 45, n. 3, p. 173-179, 2021. p. 173-177 ss.

¹³⁷ BRETTHAUER, Sebastian; APPENZELLER, Arno; BIRNSTILL, Pascal. Datensouveränität für Patienten im Gesundheitswesen: Eine Chance für die medizinische Forschung und den Datenschutz. *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, v. 45, n. 3, p. 173-179, 2021. p. 132; DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende. *Medizinrecht*, p. 115 ss., 2021. p. 122; quanto a isso, também SIMITIS, Spiros; HORNUNG, Gerrit; DÖHMANN, Indra Spiecker gennant (Orgs.). *Datenschutzrecht: DS-GVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos, 2019. Art. 9, nota de rodapé 32 ss.

¹³⁸ DATENSCHUTZKONFERENZ. *Beschluss der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu Auslegung des Begriffs “bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung” im Erwägungsgrund 33 der DS-GVO, 3. April 2019*. Disponível em: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_auslegung_bestimmte_bereiche_wiss_forschung.pdf. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹³⁹ BRETTHAUER, Sebastian; APPENZELLER, Arno; BIRNSTILL, Pascal. Datensouveränität für Patienten im Gesundheitswesen: Eine Chance für die medizinische Forschung und den Datenschutz. *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, v. 45, n. 3, p. 173-179, 2021. p. 173-177.

¹⁴⁰ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/18793*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/18793. 2020. p. 132.

¹⁴¹ EG 33 DSGVO. Disponível em: <https://dsgvo-gesetz.de/erwaegungsgruende/nr-33/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹⁴² DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende. *Medizinrecht*, p. 115 ss., 2021. p. 122.

da investigação científica, pode definitivamente fazer sentido para a otimização do atendimento ao paciente, a utilização de medicina personalizada ou a utilização de inteligência artificial.¹⁴³ No entanto, a forma como os dados serão divulgados na prática de acordo com o §368, parágrafo 8 do SGB V é uma questão em aberto e requer mais esclarecimentos.¹⁴⁴ Isto diz respeito, por exemplo, aos requisitos de prova de consentimento, bem como aos requisitos técnicos e de segurança aquando da transferência de dados do TI para uma possível futura infraestrutura de dados de investigação em rede.¹⁴⁵

2 Potencial de melhoria do padrão

Com o §363 SGB V, o legislador criou uma norma que, além dos regulamentos de transparência de dados, é dedicada ao processamento de dados do prontuário eletrônico do paciente para fins de pesquisa, regulamenta isso de forma abrangente e explora as vantagens da digitalização na forma de fornecimento e transmissão eletrônica. No entanto, a norma na sua forma atual não é totalmente convincente.

As finalidades para as quais os dados podem ser processados de acordo com a Seção 363 Parágrafo 1 SGB V – as finalidades de acordo com a Seção 303e Parágrafo 2 SGB V são levadas em consideração – são muito amplas. A ligação entre a divulgação de dados para fins de investigação – este é o título da norma para a Seção 363 SGB V – e o apoio associado aos processos de tomada de decisão política para o desenvolvimento do seguro de saúde legal (Seção 303e Parágrafo 2 n.º 5 SGB V), bem como o desempenho das tarefas de relatórios de saúde (Seção 303e Parágrafo 2 n.º 7 SGB V) não são claros. O legislador aparentemente queria garantir o direito de participar do tesouro de dados e informações armazenados no arquivo eletrônico do paciente.

Também é fundamental avaliar se o segurado não tem influência sobre para quais usuários autorizados os dados divulgados são repassados. A seleção de qual usuário autorizado em qual área de avaliação de dados de acordo com a Seção 303e Parágrafo 2 SGB V recebe os dados e com que finalidade não é feita pelo segurado, mas pelo centro de dados de pesquisa. No entanto, a ideia de soberania

¹⁴³ DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende. *Medizinrecht*, p. 115 ss., 2021. p. 122.

¹⁴⁴ A mesma posição se encontra em DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende. *Medizinrecht*, p. 115 ss., 2021. p. 123.

¹⁴⁵ Cf., quanto a isso, BRETTHAUER, Sebastian; APPENZELLER, Arno; BIRNSTILL, Pascal. Datensouveränität für Patienten im Gesundheitswesen: Eine Chance für die medizinische Forschung und den Datenschutz. *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, v. 45, n. 3, p. 173-179, 2021. p. 173.

dos dados é negada porque o segurado não pode mais influenciar a utilização posterior dos seus dados.¹⁴⁶

Em última análise, a posição do centro de dados de investigação como um todo será significativamente reforçada. Além de seu papel já central nas regulamentações de transparência de dados, também atua como intermediário no processamento de dados de prontuários eletrônicos de pacientes para fins de pesquisa. Está se transformando em um “supercoletor de dados”. Portanto, isto requer salvaguardas especiais, que dizem respeito particularmente aos requisitos de segurança para proteger a sua infraestrutura de TI.¹⁴⁷

D Inteligência artificial na saúde

A utilização da inteligência artificial (IA) nos cuidados de saúde e na investigação médica é, em última análise, uma das grandes esperanças do século XXI.¹⁴⁸ Em geral, espera-se que a utilização da IA no setor da saúde traga uma melhoria significativa na prevenção e nos cuidados de saúde. Por exemplo, a sua utilização na avaliação de imagens médicas já está bem desenvolvida e difundida.¹⁴⁹ Ao analisar e avaliar numerosos registros médicos, o curso da doença e da terapia pode ser previsto individualmente e, assim, planejado e controlado de forma mais eficaz. Na sala de cirurgia, as informações processadas podem aparecer na ocular do microscópio cirúrgico ou ser preparadas para óculos de realidade aumentada. A IA também é usada em sistemas de assistência inteligentes – como robôs de atendimento. Um alicerce básico essencial para a implantação e utilização da IA no setor da saúde é a extensa recolha, processamento, análise e avaliação de dados

¹⁴⁶ Cf., quanto a isso, também DEUTSCHER ETHIKRAT. *Big Data und Gesundheit: Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung*. 2018. Disponível em: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2024.

¹⁴⁷ Cf., quanto a isso, LASSAHN, Philipp; POSCHER, Ralf. §7. In: HORNUNG, Gerrit; SCHALLBRUCH, Martin (Orgs.). *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2021. §13, nota de rodapé 1 ss.

¹⁴⁸ Cf., quanto a isso, BUNDESMINISTERIUM FÜR BILDUNG UND FORSCHUNG. *Bundesbericht Forschung und Innovation für die Menschen – Die Hightech-Strategie 2015*. 2018. p. 11 ss., 16 ss.; DETTLING, Heinz-Uwe; KRÜGER, Stefan. Digitalisierung, Algorithmisierung und Künstliche Intelligenz im Pharmarecht. *PharmR*, p. 513, 2018. p. 513; KATZENMEIER, Christian. Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin. *Medizinrecht*, v. 37, p. 259-271, 2019. p. 268; JÖRG, Johannes. *Digitalisierung in der Medizin: Wie Gesundheits-Apps, Telemedizin, künstliche Intelligenz und Robotik das Gesundheitswesen revolutionieren*. Heidelberg: Springer, 2018; HUSS, Ralf. *Künstliche Intelligenz, Robotik und Big Data in der Medizin*. Heidelberg: Springer, 2019; KERSTING, Kristian; LAMPERT, Christoph; ROTHKOPF, Constantin (Orgs.). *Wie Maschinen lernen: Künstliche Intelligenz verständlich erklärt*. Heidelberg: Springer, 2019.

¹⁴⁹ Veja, quanto a isso, BUNDESMINISTERIUM FÜR BILDUNG UND FORSCHUNG. *Digitalisierung und Künstliche Intelligenz*. Disponível em: <https://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/de/digitalisierung-und-kunstliche-intelligenz-9461.php>. Acesso em: 11 jul. 2024.

e informações. Regulamentos para a regulamentação da IA – seja de natureza geral ou específica, seja em nível nacional ou europeu – no entanto, ainda não existem.

I Projeto de regulamento da Comissão Europeia sobre Inteligência Artificial (KIVO-E)

No início de 2021, a Comissão Europeia publicou um projeto de regulamento (KIVO-E) intitulado “Lei da Inteligência Artificial”,¹⁵⁰ que visa criar o quadro jurídico para uma inteligência artificial confiável a nível europeu.¹⁵¹ Pretende-se com isso criar, pela primeira vez no contexto europeu, um quadro que padronize os requisitos gerais para a regulamentação da inteligência artificial. Os regulamentos devem, portanto, também ser aplicados num sistema de saúde digitalizado que queira utilizar ainda mais a IA no futuro do que antes. É necessário garantir que os riscos de segurança que os sistemas de IA representam no setor da saúde sejam adequadamente evitados e mitigados. Portanto, robôs autônomos na assistência e cuidados pessoais, por exemplo, devem ser capazes de trabalhar com segurança e cumprir suas funções mesmo em ambientes complexos. Da mesma forma, os sistemas de diagnóstico cada vez mais sofisticados e os sistemas de apoio às decisões humanas no setor da saúde, onde os riscos para a vida e a integridade física são particularmente elevados, devem ser fiáveis e precisos.¹⁵² Além disso, ao desenvolver determinados sistemas de IA, os atores, como os fornecedores, os organismos notificadores e outros organismos relevantes, como os centros de inovação digital, as instalações de ensaio e experimentais e os investigadores, devem poder aceder e utilizar conjuntos de dados de elevada qualidade nas respetivas áreas de atividade. A ligação com os regulamentos de transparência de dados e com o reforço da interoperabilidade e da cibersegurança é óbvia. No setor da saúde, o Espaço Europeu de Dados de Saúde¹⁵³ também se destina a facilitar o acesso não discriminatório aos dados de saúde e a formação de algoritmos de IA utilizando estes conjuntos de dados.¹⁵⁴ O KIVO-E estabelecerá, portanto, também padrões completamente novos para a utilização da IA no setor da saúde e fornecerá

¹⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Vorschlag für eine Verordnung des europäischen parlaments und des rates zur festlegung harmonisierter vorschriften für künstliche intelligenz (gesetz über künstliche intelligenz) und zur änderung bestimmter rechtsakte der union*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>. Acesso em: 30 jun. 2024.

¹⁵¹ Vgl. *Begründung KIVO-E*, S. 1.

¹⁵² *EG 28 KIVO-E*.

¹⁵³ Cf. mais detalhes em EUROPEAN COMMISSION. *European Health Data Space*. Disponível em: https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space_en. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹⁵⁴ *EG 45 KIVO-E*.

um quadro jurídico uniforme que os fornecedores e utilizadores de sistemas de IA devem aderir (ver artigo 2º do KIVO-E).

Após mais de dois anos de negociações no âmbito das negociações do tríplice, a Comissão, o Conselho Europeu e o Parlamento Europeu chegaram a acordo sobre uma proposta legislativa conjunta no final de 2023, que ainda terá de ser adotada pelo Parlamento.¹⁵⁵ Houve algumas mudanças significativas em comparação com o projeto original da Comissão de 2021.¹⁵⁶

II A utilização da IA no setor da saúde

Com o artigo 3º, nº 1, do KIVO-E, uma definição de inteligência artificial está agora ancorada na lei pela primeira vez. Um “sistema de inteligência artificial” – como o KIVO-E ainda prevê – é um *software* que foi desenvolvido utilizando uma ou mais das técnicas e conceitos listados no Anexo¹⁵⁷ e tendo em vista uma série de objetivos definidos pelos humanos, pode produzir resultados como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões que influenciam o ambiente com o qual interagem. Tais técnicas e conceitos incluem conceitos de aprendizado de máquina, incluindo aprendizado profundo – o chamado aprendizado profundo –, conceitos lógicos e baseados em conhecimento, bem como abordagens estatísticas e métodos bayesianos de estimativa, pesquisa e otimização. A definição torna-se, portanto, o ponto de partida central que decide se um sistema técnico deve ser avaliado como um sistema de IA.

No entanto, a definição foi inicialmente muito ampla na sua concepção, uma vez que abrangeu também sistemas determinísticos até sistemas especialistas normais, uma vez que os elementos característicos da inteligência artificial, como a imprevisibilidade do seu comportamento e o efeito de caixa negra, não foram mencionados de todo no texto padrão.¹⁵⁸ Os algoritmos convencionais ou os métodos estatísticos foram, portanto, rapidamente suspeitos de se enquadrarem no âmbito

¹⁵⁵ Veja EUROPEAN COMMISSION. *Commission welcomes political agreement on Artificial Intelligence Act*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6473. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁵⁶ Veja EUROPEAN COUNCIL. *Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁵⁷ Cf., quanto a isso, UNIÃO EUROPEIA. *Vorschlag für eine Verordnung des europäischen parlaments und des rates zur festlegung harmonisierter vorschriften für künstliche intelligenz (gesetz über künstliche intelligenz) und zur änderung bestimmter rechtsakte der union*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>. Acesso em: 30 jun. 2024.

¹⁵⁸ SPINDLER, Gerald. *Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E)*. *Computer und Recht*, n. 12, p. 361-374, 2021. p. 363.

do KIVO-E, conduzindo assim a uma regulamentação excessiva. A utilização de *softwares* clássicos para analisar o curso da doença, otimizar medidas terapêuticas ou avaliações gerais de prontuários, dados de pacientes e segurados já atenderia, portanto, às características da inteligência artificial no sentido do KIVO-E. Isto se aplicaria especialmente aos robôs de cuidado e assistência, que, por exemplo, tomam a decisão com base em parâmetros previamente programados entre servir comida a um paciente no hospital ou tocar uma melodia para animá-lo. No entanto, foi avaliado criticamente se os algoritmos convencionais que já são utilizados em aplicações de *software* médico clássico também deveriam ser sujeitos ao KIVO-E. Caso contrário, um grande número de sistemas técnicos no setor da saúde estaria sujeito ao KIVO-E. Isto levaria a uma regulamentação excessiva e, assim, impediria o necessário impulso à inovação.

Esta crítica foi claramente retomada no processo do trólogo. A fim de garantir que a definição de um sistema de IA contém critérios suficientemente claros para distinguir entre IA e sistemas de *software* mais simples, o compromisso agora negociado basear-se-á na abordagem proposta pela OCDE.¹⁵⁹ Assim, um sistema de IA é um sistema baseado em máquina que persegue objetivos explícitos ou implícitos e infere a partir das entradas que recebe como gerar resultados, como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais. Diferentes sistemas de IA variam no seu grau de autonomia e adaptabilidade dependendo da sua implantação.¹⁶⁰ Em comparação com a proposta do KIVO-E, a definição agora utilizada é mais restrita, pelo que os sistemas especialistas simples já não são abrangidos pela regulamentação. No entanto, a adequação desta abordagem ainda tem de ser comprovada na prática até que ponto a utilização de sistemas automatizados no setor da saúde ainda cumpre os requisitos da IA ou já não os cumpre.

III Sistemas de IA no setor da saúde e seu estatuto jurídico

O KIVO-E adota uma abordagem baseada no risco que contém requisitos obrigatórios para sistemas de IA de alto risco.¹⁶¹ Os sistemas de IA que representam

¹⁵⁹ Veja EUROPEAN COUNCIL. *Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁶⁰ Veja OECD. *Updates to the OECD's definition of an AI system explained*. Disponível em: <https://oecd.ai/en/work/ai-system-definition-update>. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁶¹ SPINDLER, Gerald. Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E). *Computer und Recht*, n. 12, p. 361-374, 2021. p. 362.

um risco inaceitável são geralmente proibidos (ver artigo 5^o KIVO-E). Isto aplica-se, em particular, aos procedimentos de influência sobre o comportamento, à pontuação social e ao reconhecimento biométrico através da IA, embora a identificação biométrica remota possa ser utilizada para a aplicação da lei em espaços públicos, desde que sejam observadas determinadas medidas de proteção.¹⁶² No entanto, esses sistemas de IA geralmente não desempenham um papel no setor da saúde, uma vez que a IA é utilizada principalmente para melhorar a prevenção e os cuidados de saúde. No entanto, no futuro, será necessário examinar se os sistemas de IA no setor da saúde devem ser classificados como sistemas de IA de alto risco, para que tenham de cumprir os extensos requisitos do artigo 8^o e seguintes do KIVO-E. Em qualquer caso, não são abrangidos os sistemas que não sejam suscetíveis de causar violações graves dos direitos fundamentais ou outros riscos significativos.¹⁶³ Apenas obrigações de transparência muito baixas seriam aplicáveis aos sistemas de IA com riscos tão limitados. No setor da saúde, haverá, portanto, uma discussão sobre se estes são sistemas de IA de alto risco que estão sujeitos a obrigações mais extensas.

Para definir sistemas de IA de alto risco, o KIVO-E utiliza uma abordagem dupla.¹⁶⁴ Por um lado, o KIVO-E centra-se na utilização de sistemas de IA como elementos relevantes para a segurança em produtos que estão sujeitos à legislação em matéria de segurança dos produtos e a uma avaliação de conformidade por terceiros e, por outro lado, para os sistemas de IA, existe um anexo III abrangente, que compreende determinados sistemas de IA *per se* classificados como de alto risco (cf. Art. 6 KIVO-E.). O primeiro grupo inclui todos os sistemas de IA utilizados na área de dispositivos médicos.¹⁶⁵ Isto afeta um grande número de sistemas correspondentes. As áreas típicas de aplicação incluem radiologia, cardiologia, endocrinologia e oncologia, que dependem cada vez mais do uso de IA. No futuro, tais aplicações deverão ser avaliadas em relação ao KIVO-E. O segundo grupo mencionado inclui sistemas de IA que impactam principalmente os direitos fundamentais. Os sistemas de IA no setor da saúde não desempenham obviamente aqui qualquer papel, uma vez que não são mencionados no anexo III. Ou porque o

¹⁶² Veja EUROPEAN COUNCIL. *Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁶³ Veja EUROPEAN COUNCIL. *Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁶⁴ SPINDLER, Gerald. Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E). *Computer und Recht*, n. 12, p. 361-374, 2021. p. 365.

¹⁶⁵ Art. 6 Abs. 1 KIVO-E iVm Anhang II, Abschnitt A Nr. 11 zu KIVO-E.

organismo de normalização considera que o setor da saúde já está abrangido pelo setor dos dispositivos médicos ou porque não está suficientemente consciente do risco específico da utilização da IA neste domínio. Uma melhoria subsequente é, portanto, indicada. Caso contrário, continua a ser verdade que apenas a utilização de sistemas de IA no setor dos dispositivos médicos está sujeita aos extensos requisitos do KIVO-E (ver artigo 8º e seguintes do KIVO-E).

IV Requisitos legais para sistemas de IA no setor da saúde

Para sistemas de IA de alto risco no setor da saúde, deve então ser estabelecido um sistema de gestão de riscos (Art. 9 KIVO-E), que deve ser atualizado regularmente ao longo de todo o ciclo de vida do sistema de IA. Isto é visto como um processo iterativo contínuo ao longo de todo o ciclo de vida de um sistema de IA e inclui, por exemplo, identificação, análise e avaliação de riscos, bem como a implementação associada de medidas de gestão de riscos (ver Artigo 9, Parágrafo 2 KIVO-E). No futuro, os fornecedores e utilizadores de sistemas de IA no setor da saúde terão de estar preparados para o fato de que esta tarefa só pode ser realizada com recursos humanos e financeiros significativos e que, por conseguinte, devem ser criadas estruturas adequadas.

Outro aspecto importante na regulamentação da IA diz respeito à qualidade dos dados. Isto é particularmente importante na pesquisa médica. Os algoritmos subjacentes à inteligência artificial baseiam-se frequentemente na análise de grandes quantidades de dados, razão pela qual a regulação destes dados utilizados é de considerável importância. Garantir a qualidade dos dados é, portanto, um pré-requisito essencial para sistemas de IA fiáveis. Isto deve aplicar-se especialmente aos sistemas nos setores da saúde e médico. O artigo 10º KIVO-E também retoma esta abordagem. Assim, os sistemas de IA de alto risco que utilizam técnicas nas quais os modelos são desenvolvidos com conjuntos de dados de treinamento, validação e teste devem atender a critérios de qualidade específicos. Os conjuntos de dados utilizados para treinar a IA devem cumprir práticas adequadas de gestão de dados. Isto aplica-se, por exemplo, à preparação e avaliação de dados e também às investigações relativas a possíveis distorções. Além disso, devem ser relevantes, representativos, isentos de erros e completos (Art. 10 Parágrafo 3 KIVO-E). No entanto, surge sempre a questão de saber se é mesmo possível, do ponto de vista técnico, garantir esta qualidade muito elevada. Deve ser esclarecido se os elevados requisitos para que os dados de treinamento sejam representativos e livres de erros podem ser atendidos. O mesmo se aplica à integridade dos dados. O KIVO-E não aborda de modo algum a forma como a utilização de dados

sintéticos¹⁶⁶ em diferentes contextos pode substituir o processamento de dados reais e até que ponto os dados sintéticos se baseiam nas propriedades dos dados reais. Esses conjuntos de dados podem ser utilizados de forma particularmente lucrativa no setor da saúde se forem utilizados como conjuntos de dados gêmeos para permitir estudos em que os requisitos particularmente elevados de proteção de dados tornem difícil trabalhar com dados reais.¹⁶⁷ É, portanto, necessário aprofundar estas considerações e uniformizá-las num regulamento final.¹⁶⁸

Finalmente, os sistemas de IA são frequentemente caracterizados pelo chamado problema da caixa preta, em que a rastreabilidade dos resultados gerados pela IA permanece obscura. Tendo em conta esta complexidade específica, a procura de transparência, explicabilidade e rastreabilidade na prática é confrontada com o fato de que muitas vezes é dificilmente possível, mesmo para especialistas, compreender e compreender plenamente todos os componentes individuais de um sistema e a sua interação. Isto é particularmente verdadeiro para métodos individuais de aprendizagem automática utilizados no setor da saúde. Pela primeira vez, o KIVO-E contém agora dois regulamentos (artigo 12º e artigo 13º KIVO-E) (registro e transparência) que se destinam a ter em conta este problema.

Os sistemas de IA de alto risco devem ser concebidos e desenvolvidos com funcionalidades funcionais que permitam o registro automático de processos e eventos – ou seja, o registro – durante o funcionamento dos sistemas de IA de alto risco. O registro deve garantir que o funcionamento do sistema de IA seja rastreável ao longo de todo o seu ciclo de vida, numa medida adequada à finalidade do sistema (artigo 12º KIVO-E).

Do mesmo modo, os sistemas de IA de alto risco devem ser concebidos e desenvolvidos de modo que o seu funcionamento seja suficientemente transparente para que os utilizadores possam interpretar e utilizar adequadamente os resultados do sistema (artigo 13º KIVO-E). No entanto, os requisitos técnicos específicos que devem existir para cumprir os requisitos legais permanecem pouco claros, e o projeto de regulamento perde-se numa infinidade de termos jurídicos vagos. Ainda não está claro qual ator ou atores precisam ser rastreáveis. É suficiente que o médico assistente consiga compreender o resultado ou o paciente também tenha que ser capaz de compreender a decisão da IA? Neste ponto, são necessários critérios precisos e suficientemente específicos. Dependendo do contexto, as

¹⁶⁶ Art. 6 Abs. 1 KIVO-E iVm Anhang II, Abschnitt A Nr. 11 zu KIVO-E.

¹⁶⁷ Cf. MECKEL, Miriam. *Realität auf Abruf: Synthetische Daten sind die Zukunft der KI*. Disponível em: <https://www.handelsblatt.com/meinung/kolumnen/kolumne-kreative-zerstoerung-realiaet-auf-abruf-synthetische-daten-sind-die-zukunft-der-ki/27286854.html>. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁶⁸ Cf., quanto a isso, já DATENETHIKKOMMISSION. *Gutachten der Datenethikkommission*. Disponível em: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6. Acesso em: 07 jul. 2024. p. 132.

decisões não precisam ser compreensíveis para todas as pessoas. Em vez disso, uma distinção deve ser feita com base no contexto de uso. Os critérios podem basear-se no nível de compreensão das pessoas afetadas. Existe também a opção de regulamentação específica do setor, que exige requisitos diferentes dependendo do contexto. Por exemplo, se no setor da mobilidade for oferecida ao utilizador a rota errada devido a uma decisão incorreta da IA, isso não terá consequências tão abrangentes como se um paciente sofresse uma desvantagem de saúde no setor da saúde como resultado de uma decisão incorreta da IA. Estas considerações devem ser levadas em conta ao projetar a rastreabilidade. Em última análise, os sistemas de IA no setor da saúde requerem supervisão humana e, em particular, devem ser protegidos contra ataques cibernéticos.¹⁶⁹

E Conclusão e perspectivas

A digitalização do sistema de saúde alemão está a progredir rapidamente e é enquadrada por inúmeras leis. Com o DigiG, a legislatura aborda a melhoria da interoperabilidade e o aumento da segurança cibernética como dois blocos centrais para um sistema de saúde moderno e preparado para o futuro. A interoperabilidade dos numerosos sistemas informáticos utilizados é necessária para permitir, de um modo geral, o intercâmbio de dados e informações entre os atores envolvidos. Além disso, a cibersegurança deve ser tida em conta e aumentada porque o setor da saúde está cada vez mais exposto a ataques cibernéticos. Com os regulamentos de transparência de dados, bem como os regulamentos sobre TI e pesquisa com dados do prontuário eletrônico do paciente no DVG e PDSG, o legislador deu mais um passo importante em direção a um sistema de saúde moderno e digitalizado. O centro de dados de investigação, em particular, tem um papel central a desempenhar, que determinará se a investigação que utiliza dados de pacientes e segurados pode ser mais direcionada e eficaz no futuro. Em última análise, a utilização da IA nos cuidados de saúde está associada ao desejo de conduzir a prevenção e os cuidados de saúde para uma nova era. Os desafios resultantes devem ser enfrentados, apoiados legalmente, contidos e controlados por um regulamento europeu para a regulamentação da inteligência artificial. No entanto, ainda é necessário fazer ajustamentos nesta altura e também é necessário estabelecer regulamentações nacionais.¹⁷⁰ No entanto, isto está longe de ser o fim

¹⁶⁹ Cf., quanto aos detalhes, Art. 14 e Art. 15 *K/VO-E*.

¹⁷⁰ Cf., quanto a isso, já DATENETHIKKOMMISSION. *Gutachten der Datenethikkommission*. Disponível em: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6. Acesso em: 07 jul. 2024.

e são necessários mais esforços para entusiasmar todos os envolvidos com um sistema de saúde digitalizado e, ao mesmo tempo, levá-los consigo.

Referências

BECKER, Ulrich; KINGREEN, Thorsten. *SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung*. München: C.H. Beck, 2022.

BITKOM. *Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz)*. Berlin, 2023. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_bitkom.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRETTHAUER, Sebastian; APPENZELLER, Arno; BIRNSTILL, Pascal. Datensouveränität für Patienten im Gesundheitswesen: Eine Chance für die medizinische Forschung und den Datenschutz. *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, v. 45, n. 3, p. 173-179, 2021.

BUNDESAMT FÜR SICHERHEIT IN DER INFORMATIONSTECHNIK. *Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2023*. Disponível em: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Lageberichte/Lagebericht2023.pdf?__blob=publicationFile&v=7. Acesso em: 07 jul. 2024.

BUNDESAMT FÜR SICHERHEIT IN DER INFORMATIONSTECHNIK. *Lagebild Gesundheit: Cyber-Sicherheit im Gesundheitswesen 2022*. Disponível em: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Broschueren/Lagebild_Gesundheit_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=6. Acesso em: 10 jul. 2024.

BUNDESGESETZBLATT. *Bundesgesetzblatt Teil I* [= Diário Oficial Federal]. Disponível em: https://www.recht.bund.de/de/bundesgesetzblatt/bgbl-1/bgbl-1_node.html. Acesso em: 10 jul. 2024.

BUNDESKRIMINALAMT. *Cybercrime: Bundeslagebild 2021*. Disponível em: https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrimeBundeslagebild2021.pdf?__blob=publicationFile&v=6. Acesso em: 10 jul. 2024.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. *Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz – BSIG)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bsig_2009/BJNR282110009.html. Acesso em: 07 jul. 2024.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. *Verordnung zur Umsetzung der Vorschriften über die Datentransparenz (Datentransparenzverordnung – DaTraV)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/datrav_2020/BJNR137110020.html. Acesso em: 11 jul. 2024.

BUNDESMINISTERIUM FÜR BILDUNG UND FORSCHUNG. *Bundesbericht Forschung und Innovation für die Menschen – Die Hightech-Strategie 2015*. 2018.

BUNDESMINISTERIUM FÜR BILDUNG UND FORSCHUNG. *Digitalisierung und Künstliche Intelligenz*. Disponível em: <https://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/de/digitalisierung-und-kunstliche-intelligenz-9461.php>. Acesso em: 11 jul. 2024.

BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT. *Stellungnahme der Gesellschaft für Qualitätsmanagement in der Gesundheitsversorgung e.V. (GQMG) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit über das Gesetz zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)*.

Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_gqmg.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *BVerfGE*, 65, 1 (43). Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 12 jul. 2024.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *BVerfGE*: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. [Decisões do Tribunal Constitucional Federal], 120, 274-350. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html. Acesso em: 07 jul. 2024.

BverwGE. *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* [= Decisões do Tribunal Administrativo Federal], 42, 26 (28).

BverwGE. *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* [= Decisões do Tribunal Administrativo Federal], 49, 16 (23)

DARMS, Martin; HAßFELD, Stefan; FEDTKE, Stephen. *IT-Sicherheit und Datenschutz im Gesundheitswesen: Leitfaden für Ärzte, Apotheker, Informatiker und Geschäftsführer in Klinik und Praxis*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019.

DATENETHIKKOMMISSION. *Gutachten der Datenethikkommission*. Disponível em: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6. Acesso em: 07 jul. 2024.

DATENSCHUTZKONFERENZ. *Beschluss der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu Auslegung des Begriffs "bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung" im Erwägungsgrund 33 der DS-GVO*, 3. April 2019. Disponível em: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_auslegung_bestimmte_bereiche_wiss_forschung.pdf. Acesso em: 11 jul. 2024.

DEHMEL, Susanne; HULLEN, Nils. Auf dem Weg zu einem zukunftsfähigen Datenschutz in Europa? Konkrete Auswirkungen der DS-GVO auf Wirtschaft, Unternehmen und Verbraucher. *Zeitschrift für Datenschutz*, ano 3, n. 4, p. 147-153, 2013.

DETLING, Heinz-Uwe; KRÜGER, Stefan. Digitalisierung, Algorithmisierung und Künstliche Intelligenz im Pharmarecht. *PharmR*, p. 513, 2018.

DEUTSCHE KRANKENHAUSGESELLSCHAFT. *Branchenspezifischer Sicherheitsstandard "Medizinische Versorgung"*. Version 1.2, 2022. Disponível em: https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/2_Themen/2.1_Digitalisierung_Daten/2.1.4._IT-Sicherheit_und_technischer_Datenschutz/2.1.4.1._IT-Sicherheit_im_Krankenhaus/Branchenspezifischer_Sicherheitsstandard_Medizinische_Versorgung_v1.2_Stand_2022-12-08.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

DEUTSCHE KRANKENHAUSGESELLSCHAFT. *Stellungnahme der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz)*. 2023. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_dkg.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

DEUTSCHER BUNDES RAT. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 435/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 435/23. 2023.

DEUTSCHER BUNDESRAT. *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Nutzung von Gesundheitsdaten (Gesundheitsdatennutzungsgesetz – GDNG) 434/23*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 434/23. 2023.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für ein Zukunftsprogramm Krankenhäuser (Krankenhauszukunftssetzung – KHZG) 19/22126*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/22126. 2020.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/13438*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/13438. 2015.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG) 19/18793*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/18793. 2020.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen 18/5293*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 18/5293. 2015.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) 20/9048*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 20/9048. 2023.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege (Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz – DVPMG) 19/27652*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 19/27652. 2021.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Nutzung von Gesundheitsdaten (Gesundheitsdatennutzungsgesetz – GDNG) 20/9046*. [Publicações do Parlamento Federal] n. 20/9046. 2023.

DEUTSCHER ETHIKRAT. *Big Data und Gesundheit: Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung*. 2018. Disponível em: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2024.

DITTRICH, Tilmann; IPPACH, Jan. IT-Sicherheit betrifft nicht nur Großkrankenhäuser – die Regulierung der IT-Sicherheit im ambulanten und stationären Bereich. *GesundheitsRecht*, n. 5, p. 285 ss., 2021.

DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 1): Die elektronische Gesundheitskarte und Telematikinfrastruktur. *Medizinrecht*, n. 38, p. 979-993, 2020.

DOCHOW, Carsten. Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende. *Medizinrecht*, p. 115 ss., 2021.

DÖHMANN, Indra Spiecker gen.; BRETTHAUER, Sebastian. Das Digitale-Versorgung-Gesetz als Einfallstor für eine Neujustierung von einstweiligem Rechtsschutz vor dem BVerfG und der Eingriffsqualität bei Datenverwendungen. *Juristen Zeitung (JZ)*, Ano 75, n. 20, p. 990-996, 2020. Disponível em: https://www.mohrsiebeck.com/artikel/das-digitale-versorgung-gesetz-als-einfallstor-fuer-eine-neujustierung-von-einstweiligem-rechtsschutz-vor-dem-bverfg-und-der-eingriffsqualitaet-bei-datenverwendungen-101628jz-2020-0326/?no_cache=1. Acesso em: 10 jul. 2024.

EG 33 DSGVO. Disponível em: <https://dsgvo-gesetz.de/erwaegungsgruende/nr-33/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission welcomes political agreement on Artificial Intelligence Act*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6473. Acesso em: 11 jul. 2024.

EUROPEAN COMMISSION. *European Health Data Space*. Disponível em: https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space_en. Acesso em: 10 jul. 2024.

EUROPEAN COUNCIL. *Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>. Acesso em: 11 jul. 2024.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR CYBERSECURITY (ENISA). *ENISA threat landscape: Health Sector*. 2023. Disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/publications/health-threat-landscape/@@download/fullReport>. Acesso em: 07 jul. 2024.

FIX, Alexander Daniel. *Das Recht auf Datenportabilität: Art. 20 DSGVO als Schnittstelle zwischen Wettbewerbsförderung und Datenschutz*. Berlin: Peter Lang, 2022.

GEMATIK. *Stellungnahme der gematik zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG)*. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_gematik.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

HÄNLEIN, Andreas; SCHULER, Rolf. (Orgs.) *Sozialgesetzbuch V: Gesetzliche Krankenversicherung*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2022.

HEINICKEL, Caroline; FEILER, Lukas. Der Entwurf für ein IT-Sicherheitsgesetz – europarechtlicher Kontext und die (eigentlichen) Bedürfnisse der Praxis. *Computer und Recht*, n. 11, p. 708-714, 2014.

HEISE ONLINE. *Cyberangriff auf Kliniken in Ostwestfalen*. Disponível em: <https://www.heise.de/news/Cyberangriff-auf-Kliniken-in-Ostwestfalen-9582719.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

HELISCH, Michael; POKOYSKI, Dietmar (Orgs.). *Security Awareness: Neue Wege zur erfolgreichen Mitarbeiter-Sensibilisierung*. Wiesbaden: Vieweg & Teubner, 2009.

HUSS, Ralf. *Künstliche Intelligenz, Robotik und Big Data in der Medizin*. Heidelberg: Springer, 2019.

INFORMATION SECURITY MANAGEMENT. *ISO/IEC 27001 Information technology – Security techniques – Information security management systems – Requirements*. Disponível em: <https://pecb.com/whitepaper/iso-27001-information-technology-security-techniques-information-security-management-systems-requirements>. Acesso em: 07 jul. 2024.

JARASS, Hans D. *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 4 Ed. Frankfurt: C. H. Beck, 2021.

JÖRG, Johannes. *Digitalisierung in der Medizin: Wie Gesundheits-Apps, Telemedizin, künstliche Intelligenz und Robotik das Gesundheitswesen revolutionieren*. Heidelberg: Springer, 2018.

JÜLICHER, Tim; RÖTTGEN, Charlotte; VON SCHÖNFELD, Max. Das Recht auf Datenübertragbarkeit – Ein datenschutzrechtliches Novum. *Zeitschrift für Datenschutz*, p. 358-362, 2016.

KAHL, Wolfgang; LUDWIGS, Markus. *Handbuch des Verwaltungsrechts*. Heidelberg: C.F. Müller, 2023.

KASSENÄRZTLICHE BUNDESVEREINIGUNG. *Entwurf eines Gesetzes zur beschleunigung der digitalisierung des gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DIGIG)*. Disponível em: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP20/DigiG/stellungnahme_kbv.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

KASSENÄRZTLICHE BUNDESVEREINIGUNG. *Richtlinie nach §75b SGB V über die Anforderungen zur Gewährleistung der IT-Sicherheit*. 2020. Disponível em: https://www.kbv.de/media/sp/RiLi___75b_SGB_V_Anforderungen_Gewahrleistung_IT-Sicherheit.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

KATZENMEIER, Christian. Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin. *Medizinrecht*, v. 37, p. 259-271, 2019.

KELBER, Ulrich. Datensouveränität und Digitalisierung. *Soziale Sicherheit*, n. 3, 2022.

KERKMANN, Christof; NAGEL, Lars-Marten. *Todesfall nach Hackerangriff auf Uni-Klinik Düsseldorf*. Disponível em: <https://www.handelsblatt.com/technik/cyberkriminalitaet-todesfall-nach-hackerangriff-auf-uni-klinik-duesseldorf/26198688.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

KERSTING, Kristian; LAMPERT, Christoph; ROTHKOPF, Constantin (Orgs.). *Wie Maschinen lernen: Künstliche Intelligenz verständlich erklärt*. Heidelberg: Springer, 2019.

KÜHLING, Jürgen; SCHILDBACH, Roman. Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 41, 2020.

KÜHLING, Martini. Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, número 12, p. 448, 2016.

LASSAHN, Philipp; POSCHER, Ralf. §7. In: HORNING, Gerrit; SCHALLBRUCH, Martin (Orgs.). *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2021.

MACHO, Andreas. *“Hacker-Angriffe auf Kliniken nehmen zu” – obwohl sie Leben kosten*. Disponível em: <https://www.welt.de/wirtschaft/article246400880/Krankenhaeuser-Hacker-Angriffe-nehmen-zu-obwohl-sie-Leben-kosten.html>. Acesso em: 12 jul. 2024.

MARKUS, Heike; MEUCHE, Thomas. *Auf dem Weg zur digitalen Verwaltung: Ein ganzheitliches Konzept für eine gelingende Digitalisierung in der öffentlichen Verwaltung*. Wiesbaden: Springer Gabler, 2022.

MAYER, Peter; BALLREICH, Fabian; DÜZGÜN; SCHWARTZ, Christian; VOLKAMER, Melanie. Erstellung von effektiven Sensibilisierungsmaterialien zur Passwortsicherheit. *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, v. 44, p. 522-527, 2020.

MECKEL, Miriam. *Realität auf Abruf: Synthetische Daten sind die Zukunft der KI*. Disponível em: <https://www.handelsblatt.com/meinung/kolumnen/kolumne-kreative-zerstoerung-realitaet-auf-abruf-synthetische-daten-sind-die-zukunft-der-ki/27286854.html>. Acesso em: 11 jul. 2024.

MÜLLMANN, Dirk; VEIT, Maxime; VOLKAMER, Melanie. Weiterleitungs-URLs in e-mails. *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, n. 5, p. 275 ss., 2023.

OECD. *Updates to the OECD’s definition of an AI system explained*. Disponível em: <https://oecd.ai/en/work/ai-system-definition-update>. Acesso em: 11 jul. 2024.

ROLFS, Christian; GIESEN, Richard; KREIKEBOHM, Ralf; MESSLING, Miriam; UDSCHING, Peter. *BeckOK Sozialrecht*. 61. Edition, München: C.H. Beck, [2012].

SCHNEIDER, Uwe K. *Sekundärnutzung klinischer Daten: Rechtliche Rahmenbedingungen*. Berlin: MWV Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2015.

SCHOCH, Friedrich; SCHNEIDER, Jens-Peter. *Verwaltungsrecht VwVfG: 3. Ergänzungslieferung*. München: C.H. Beck, 2022.

SEIBEL, Mark. Abgrenzung der “allgemein anerkannten Regeln der Technik” vom “Stand der Technik”. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 41, p. 3000, 2013.

SIMITIS, Spiros; HORNING, Gerrit; DÖHMANN, Indra Spiecker genannt (Orgs.). *Datenschutzrecht: DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

SPINDLER, Gerald. Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E). *Computer und Recht*, n. 12, p. 361-374, 2021.

STELKENS, Paul; BONK, Heiz Joachim; SACHS, Michael. *VwVfG: Verwaltungsverfahrensgesetz*. 10 ed. München: C.H. Beck, 2023.

THÜSING, Gregor; ROMBEY, Sebastian. Forschung im Gesundheitswesen: Anforderungen an einen passgenauen Datenschutz. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, p. 201-205, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001, relativa à segurança geral dos produtos (Texto relevante para efeitos do EEE)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001L0095>. Acesso em: 07 jul. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGP)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/general-data-protection-regulation-gdpr.html>. Acesso em: 30 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC (Text with EEA relevance.)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj>. Acesso em: 30 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Vorschlag für eine Verordnung des europäischen parlaments und des rates zur festlegung harmonisierter vorschriften für künstliche intelligenz (gesetz über künstliche intelligenz) und zur änderung bestimmter rechtsakte der union*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>. Acesso em: 30 jun. 2024.

UP KRITIS. *Branchenspezifischer Sicherheitsstandard für gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherer B3S-GKV/PV*. 2023. Disponível em: https://www.vdek.com/Service/branchenspezifischer-sicherheitsstandard-b3s-gkv-pv/_jcr_content/par/download/file.res/B3S_GKV-PV_V.1.3.28_final.pdf. Acesso em: 12 jul. 2024.

VOLKAMER, Melanie; SASSE, Martina A.; BOEHM, Franziska. Phishing: Kampagnen zur Steigerung der Mitarbeiter-Awareness. *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, v. 44, p. 518-521, 2020.

WEBER, Kristin; SCHÜTZ, Andreas E.; FERTIG, Tobias. *Grundlagen und Anwendung von Information Security Awareness: Mitarbeiter zielgerichtet für Informationssicherheit sensibilisieren*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2019.

WEICHERT, Thilo. “Datentransparenz” und Datenschutz. *Medizinrecht*, v. 38, p. 539-546, 2020.

WEICHERT, Thilo. Die Forschungsprivilegierung in der DS-GVO. *Zeitschrift für Datenschutz*, v. 18, p. 21 ss., 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

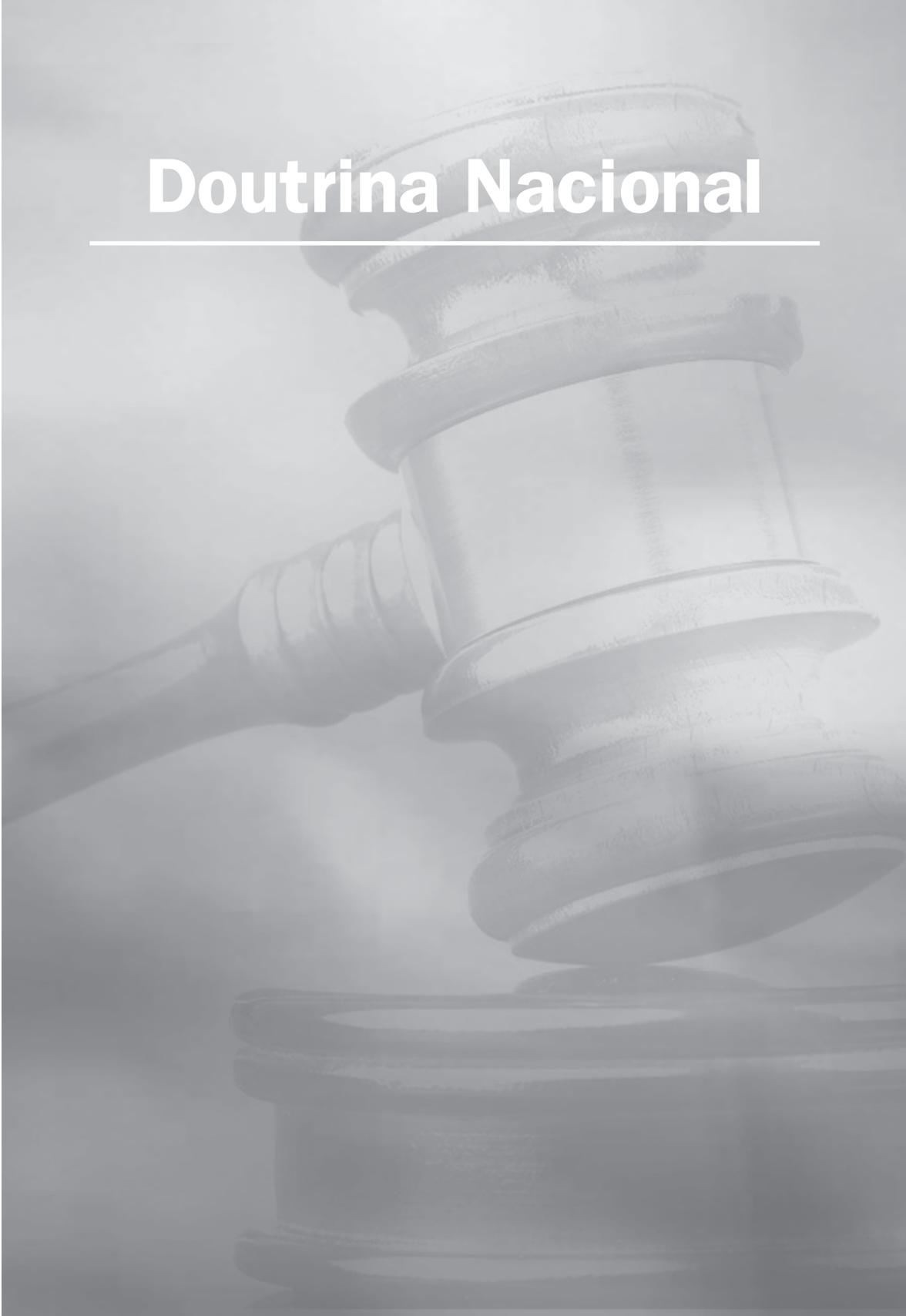
BRETTAUER, Sebastian. Um sistema de saúde digital na Alemanha – Cibersegurança, proteção de dados e inteligência artificial. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 50, p. 19-65, jan./jun. 2024.

Submissão: 13.03.2024

Aceite: 28.06.2024

Cota convite

Doutrina Nacional



OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS SEXUAIS E DE GÊNERO NO BRASIL A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS OF SEXUAL AND GENDER MINORITIES IN BRAZIL IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Alberto Barreto Goerch

Doutor em Diversidade e Inclusão pela Universidade FEEVALE, com bolsa de estudos pela Capes. Mestre em Direito pela UNISC. Professor do curso de Direito do Centro de Ensino Superior do Amapá – CEAP. *E-mail:* betogoerch@gmail.com.

Everton Rodrigo Santos

Pós-Doutor e Doutor em Ciência Política pela UFRGS. Professor Titular da Universidade FEEVALE, no Programa de Pós-Graduação em Diversidade Cultural e Inclusão Social em Novo Hamburgo, RS. *E-mail:* evertons@feevale.br.

Gabriel Eidelwein Silveira

Doutor em Sociologia. Professor da Universidade Federal do Pampa, *campus* São Borja-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Piauí (PPGS/UFPI). *E-mail:* gabrielsilveira@unipampa.edu.br.

Resumo: Este estudo visa problematizar a situação da população LGBTQIAPN+ diante das constatações e históricas violações de direitos humanos em virtude do desrespeito à diversidade sexual e identidade de gênero que não se enquadre na heteronormativa. Para tanto, objetiva-se analisar a influência do sistema de proteção internacional de direitos humanos da população LGBTQIAPN+ nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro na última década, quando jurisdiciona no referido tema. Metodologicamente, adota-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se de situações-problemas, buscando-se uma solução em específico, sendo que este estudo teórico se pauta pela técnica de pesquisa da documentação indireta. Como método de procedimento, adota-se o histórico em virtude da compreensão do assunto em um lapso temporal. A pesquisa desenvolve-se a partir da compreensão do conceito de população LGBTQIAPN+, bem como das diferenças entre orientação sexual e gênero. Também trata da evolução dos direitos humanos x principais violações contra a essa população no Brasil e no mundo. Além de buscar entender como atua a Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos da população LGBTQIAPN+. Ao concluir, percebe-se que

o sistema internacional de proteção de direitos humanos tornou-se nessa última década, uma das principais fontes de fundamentação para tomada de decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando jurisdiciona em temas que envolvem diversidade sexual e gênero de forma garantista no país.

Palavras-chave: Direito internacional. Diversidade sexual e gênero. População LGBTQIAPN+. Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Abstract: This study aims to problematize the situation of the LGBTQIAPN+ population in face of the constant and historical violations of Human Rights due to the disrespect for sexual diversity and gender identity that does not fit into the heteronormative. Therefore, the objective is to analyze the influence of the international human rights protection system of the LGBTQIAPN+ population in the decisions of the Brazilian Supreme Court in the last decade when it has jurisdiction in the referred subject. Methodologically, the method of deductive approach is adopted, starting from problem situations, seeking a specific solution, and this theoretical study is guided by the indirect documentation research technique. As a method of procedure, the history is adopted due to the understanding of the subject in a temporal lapse. The research is developed from the understanding of the concept of LGBTQIAPN+ population, as well as the differences between sexual orientation and gender. It also deals with the evolution of human rights x main violations against this population in Brazil and in the world. In addition to seeking to understand how the United Nations and regional human rights protection systems for the LGBTQIAPN+ population work. In conclusion, it is clear that the international system for the protection of Human Rights has become, in the last decade, one of the main sources of reasons for decision-making by the Brazilian Supreme Court when it adjudicates on issues involving sexual diversity and gender in a guaranteeing way in the country.

Keywords: International right. Sexual diversity and gender. LGBTQIAPN+ population. Brazilian Federal Supreme Court.

Summary: **1** Introduction – **2** Concept of the LGBTQIAPN+ population: differences between sexual orientation and gender identity in the light of Human Rights **3** – The evolution of Human Rights x main violations against the LGBTQIAPN+ population **4** – The United Nations and regional systems for the protection of LGBTQIAPN+ human rights as sources of reasoning for the Brazilian Supreme Federal Court – **5** Conclusion –References

Sumário: **1** Introdução – **2** Conceito de população LGBTQIAPN+: diferenças entre orientação sexual e identidade de gênero à luz dos direitos humanos – **3** A evolução dos direitos humanos x principais violações contra a população LGBTQIAPN+ – **4** Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos da população LGBTQIAPN+ como fontes de fundamentação para o Supremo Tribunal Federal brasileiro – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

A população LGBTQIAPN+ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, transgêneros, travestis, *queers*, intersexuais, assexuais, pansexuais, não binários e outras variações de condição sexual, identidade de gênero e expressão de gênero) sofrem historicamente resistência na aceitação social diante da diversidade sexual e de gênero. Mesmo atualmente existindo menos repressão, o que torna essas relações mais notórias e que fazem parte da nossa vida em sociedade, ainda assim, muitos continuam a ignorar a realidade desses cidadãos.

O trabalho questiona a situação da população LGBTQIAPN+ diante das constates e históricas violações de direitos humanos em virtude do desrespeito à diversidade sexual e identidade de gênero que não se enquadre na heteronormativa e analisa a influência do sistema de proteção internacional de direitos humanos da população LGBTQIAPN+ nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro na última década quando jurisdiciona no referido tema. Metodologicamente, adota-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se de situações-problemas, buscando-se uma solução em específico, sendo que este estudo teórico se pauta pela técnica de pesquisa da documentação indireta; visto que será uma abordagem interpretativa partindo-se de um panorama geral sobre jurisdição constitucional, diversidade sexual e gênero no mundo até o contexto específico da realidade brasileira a partir dos julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro da última década.

No entanto, as ciências sociais aplicadas têm um longo caminho a percorrer no sentido de se compatibilizarem com os critérios de cientificidade das ciências naturais. Os obstáculos são enormes, mas não insuperáveis. As ciências sociais não podem produzir previsões fiáveis, porque os seres humanos modificam seu comportamento em função do conhecimento que sobre ele se adquire.

O método de procedimento utilizado será o histórico, pois, será necessária a realização de pesquisa histórica dos julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre diversidade sexual e gênero da última década; tendo como marco inicial o julgamento das ações de controle de constitucionalidade ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, em 5.5.2011, que reconheceram as uniões homoafetivas como entidade familiar mesmo com a omissão do legislador constituinte. A técnica de pesquisa a ser utilizada é a da documentação indireta, ou seja, pesquisa documental e bibliográfica. Sendo adequado ainda para o estudo proposto a análise jurisprudencial da temática na esfera a ser estudada a partir dos casos julgados pela Corte Constitucional envolvendo direitos da população LGBTQIAPN+.

A pesquisa desenvolve-se a partir da compreensão do conceito de população LGBTQIAPN+, bem como das diferenças entre orientação sexual e gênero. Também trata do desenvolvimento dos direitos humanos x principais violações contra a essa população no Brasil e no mundo. Além de buscar entender como atua a Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos da população LGBTQIAPN+.

2 Conceito de população LGBTQIAPN+: diferenças entre orientação sexual e identidade de gênero à luz dos direitos humanos

Discutir o tema da diversidade sexual e gênero não é uma das tarefas mais fáceis. Especialmente em países de forma predominantemente conservadora, com

baixo grau de instrução e indicadores elevados de crença religiosa como no Brasil. Diante desse contexto, faz-se necessária uma reflexão sobre questões conceituais e de definições sobre o tema, especialmente com o intuito de informar e consequentemente diminuir o preconceito que quase sempre desencadeia discriminação.

De acordo com Luiz Paulo da Moita Lopes (2008, p. 23), entre as pautas propostas para o debate público na atual conjuntura sociocultural, encontram-se as questões sobre gênero, sexualidade e identidade, que trazem à tona posições diversificadas, explicitando discursos favoráveis e outros negativos em relação a certas políticas reivindicadas pela sociedade, de modo que, neste cenário, “a reflexão sobre os gêneros e as sexualidades se transformou em um tema crucial de nossos tempos”, sobretudo o que se refere aos discursos emergentes da mídia, da academia e dos espaços públicos nos quais se discutem, com certo fervor, os princípios de democracia e de igualdade, ambos necessários aos homens e às mulheres para o seu convívio social.

Em relação à sexualidade humana, compreendida como a base constitutiva do ser humano, pode-se afirmar que vive-se sob a determinação classificatória de uma sociedade falocêntrica, na qual prevalece “o coroamento do homem, ser do sexo masculino, como origem, destino, forma e padrão epistemológico” (INÁCIO, 2010, p. 113), de modo que aqueles que não se enquadram em determinadas classificações e representações não ocupam, de fato, posições de sujeito, pois “os homens tendem a construir posições-de-sujeito para as mulheres tomando a si próprios como ponto de referência” (WOODWARD, 2009, p. 10). Estes fatos nos remetem a uma necessidade de aprofundarmos o campo dos estudos sobre as questões de gênero, identidade e sexualidades em diversas áreas do saber (ARAUJO, 2011, p. 24).

Dessa forma, observar as diferenças e semelhanças sobre orientação sexual e gênero terá o objetivo de desmitificar alguns mitos que contribuem para a propagação da desinformação e fomento das práticas discriminatórias contra a população LGBTQIAPN+. Assim, na sequência, abordar-se-ão conceitos e definições sobre a temática em discussão neste capítulo.

Sexualidade refere-se às construções culturais sobre os prazeres e os intercâmbios sociais e corporais que compreendem desde o erotismo, o desejo e o afeto, até noções relativas à saúde, à reprodução, ao uso de tecnologias e ao exercício do poder na sociedade. As definições atuais da sexualidade abarcam, nas ciências sociais, significados, ideias, desejos, sensações, emoções, experiências, condutas, proibições, modelos e fantasias que são configurados de modos diversos em diferentes contextos sociais e períodos históricos. Trata-se, portanto, de um conceito dinâmico que vai evoluindo e que está sujeito a diversos usos, múltiplas e contraditórias interpretações e que se encontra sujeito a debates e a disputas políticas.

Opção sexual é uma expressão incorreta. O termo aceito é “orientação sexual”. A explicação provém do fato de que ninguém “opta”, conscientemente, por sua orientação sexual. Assim como a pessoa heterossexual não escolheu essa forma de desejo, a pessoa homossexual ou bissexual (tanto feminina quanto masculina) também não. Gênero é um conceito formulado nos anos 1970 com profunda influência do movimento feminista. Foi criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social, baseando-se no raciocínio de que há machos e fêmeas na espécie humana, levando em consideração, no entanto, que a maneira de ser homem e de ser mulher é realizada pela cultura. Assim, gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não somente decorrência da anatomia de seus corpos (GÊNERO, 2009). Se faz necessária por exemplo, a substituição do termo homossexualismo por homossexualidade, visto que é incorreto e preconceituoso devido ao sufixo “ismo”, que denota doença e anormalidade. O termo substitutivo é homossexualidade, que se refere da forma correta à orientação sexual do indivíduo, indicando “modo de ser e sentir”.

Sexo biológico em termos simples, diz respeito às características biológicas que a pessoa tem ao nascer. Podem incluir cromossomos, genitália, composição hormonal, entre outros. Em um primeiro momento, isso infere que a pessoa pode nascer macho, fêmea ou intersexual. Não há gênero no sexo biológico em si, o que existe é uma expectativa social de gênero em relação ao corpo/genital (CADERNO, 2017). Intersexualidade é um termo guarda-chuva que descreve pessoas que nascem com anatomia reprodutiva ou sexual e/ou um padrão de cromossomos que não podem ser classificados como sendo tipicamente masculinos ou femininos (GLAAD, 2016). Ainda são comuns a prescrição de terapia hormonal e a realização de cirurgia, destinadas a adequar aparência e funcionalidade da genitália, muitas vezes antes dos 24 meses de idade. Contudo, algumas pessoas intersexuais submetidas a este processo relatam que não se adaptaram e rejeitaram o sexo designado ao nascimento, respaldando uma conduta terapêutica que defende o adiamento da intervenção até que a/o jovem sujeito possa participar na tomada da decisão (SANTOS; ARAÚJO, 2004).

Aliados(as) são pessoas que, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero, tomam ação para promover os direitos e a inclusão LGBTQIAPN+. Elas são comumente conhecidas como “simpatizantes”. A orientação sexual refere-se à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006). Basicamente, há três orientações sexuais preponderantes: pelo mesmo sexo/gênero (homossexualidade), pelo sexo/gênero oposto (heterossexualidade) ou pelos dois sexos/gêneros (bissexualidade).

Estudos demonstram que as características da orientação sexual variam de pessoa a pessoa (KINSEY *et al.*, 1948). Assim, as três orientações sexuais preponderantes mencionadas acima não são as únicas. Assexual é um indivíduo que não sente nenhuma atração sexual, seja pelo sexo/gênero oposto ou pelo sexo/gênero igual. Bissexual é a pessoa que se relaciona afetiva e sexualmente com pessoas de ambos os sexos/gêneros (PEREIRA; BARRETO; ARAÚJO, 2009). O termo “bi” é o diminutivo para se referir a pessoas bissexuais.

Gay é pessoa do gênero masculino (cis ou trans) que tem desejos, práticas sexuais e/ou relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero masculino. Não precisa ter tido, necessariamente, experiências sexuais com outras pessoas do gênero masculino para se identificar como gay (PEREIRA; BARRETO; ARAÚJO, 2009). A palavra “gay” vem do inglês e naquele idioma antigamente significava “alegre”. A mudança do significado para homossexual

remonta aos anos 1930 [...] e se estabeleceu nos anos 1960 como o termo preferido por homossexuais para se autodescreverem. [A palavra] Gay no sentido moderno se refere tipicamente a homens (enquanto que lésbica é termo padrão para mulheres homossexuais). (REIS, 2018, p. 23)

Lésbica mulher que é atraída afetiva e/ou sexualmente por pessoas do mesmo sexo/gênero (cis ou trans). Não precisa ter tido, necessariamente, experiências sexuais com outras mulheres para se identificar como lésbica (PEREIRA; BARRETO; ARAÚJO, 2009).

Heterossexual é um indivíduo atraído amorosa, física e afetivamente por pessoas do sexo/gênero oposto. Heterossexuais não precisam, necessariamente, terem tido experiências sexuais com pessoas do outro sexo/gênero para se identificarem como tal. Já homossexual é a pessoa que se sente atraída sexual, emocional ou afetivamente por pessoas do mesmo sexo/gênero (REIS, 2018, p. 21). Assim, o termo “homossexual” pode se referir a homossexuais femininas – lésbicas, ou homossexuais masculinos – gays. Homoafetivo é um adjetivo utilizado para descrever a complexidade e a multiplicidade de relações afetivas e/ou sexuais entre pessoas do mesmo sexo/gênero. Esse termo não é sinônimo de homoerótico e homossexual, pois conota também os aspectos emocionais e afetivos envolvidos na relação amorosa entre pessoas do mesmo sexo/gênero. É um termo muito utilizado no mundo do direito. Não é usado para descrever pessoas, mas sim as relações entre as pessoas do mesmo sexo/gênero (ABGLT, 2010).

Considera-se que a pansexualidade é uma orientação sexual, assim como a heterossexualidade ou a homossexualidade. O prefixo “pan” vem do grego e

se traduz como “tudo”. Significa que as pessoas pansexuais podem desenvolver atração física, amor e desejo sexual por outras pessoas, independentemente de sua identidade de gênero ou sexo biológico. A pansexualidade é uma orientação que rejeita especificamente a noção de dois gêneros e até de orientação sexual específica (MARSHALL CAVENDISH CORPORATION, 2010).

Identidade de gênero é uma experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos e outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006). Identidade de gênero é a percepção que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independentemente de sexo biológico. Trata-se da convicção íntima de uma pessoa de ser do gênero masculino (homem) ou do gênero feminino (mulher) (ABGLT, 2010). A identidade de gênero da pessoa não necessariamente está visível para as demais pessoas. “Expressão de gênero” é como a pessoa manifesta publicamente, por meio do seu nome, da vestimenta, do corte de cabelo, dos comportamentos, da voz e/ou características corporais e da forma como interage com as demais pessoas, e nem sempre corresponde ao seu sexo biológico.

O gênero define pessoa que não se identifica ou não se sente pertencente a nenhum gênero. Androginia é um termo genérico usado para descrever qualquer indivíduo que assuma postura social, especialmente a relacionada à vestimenta, comum a ambos os gêneros. Binarismo de gênero é a ideia de que só existe macho-fêmea, masculino-feminino, homem-mulher, sendo considerada limitante para as pessoas não binárias. Cisgênero é um termo utilizado por alguns para descrever pessoas que não são transgênero (mulheres trans, travestis e homens trans) (REIS, 2018, p. 27).

“Cis” é um prefixo em latim que significa “no mesmo lado que” e, portanto, é oposto de “trans” (REIS, 2018, p. 27). Refere-se ao indivíduo que se identifica, em todos os aspectos, com o gênero atribuído ao nascer.

O conceito de gênero tem a sua origem em Simone de Beauvoir (1949), escritora francesa e uma das principais feministas da história, que foi autora de um dos axiomas mais complexos e revolucionários da história do feminismo, que dá início ao primeiro capítulo do segundo volume de sua matricial obra *O segundo sexo*: “Não se nasce mulher, torna-se mulher” (BEAUVOIR, 1949). Com isso, Simone de Beauvoir afirmou que ser mulher e, atualmente, acrescentamos que ser homem, também está implicado às construções sociais e culturais da sociedade em que estamos inseridos e não somente pela definição biológica (BORGES, 2018). Em *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*, a historiadora Joan Scott (1995) entende

gênero como elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças das relações sociais, políticas, econômicas e culturais estabelecidas entre os sexos, bem como uma forma primária de significar as relações hierárquicas e de poder.

Drag queen é o homem que se veste com roupas femininas de forma satírica e extravagante para o exercício da profissão em *shows* e outros eventos. Uma *drag queen* não deixa de ser um tipo de “transformista”, pois o uso das roupas está ligado a questões artísticas – a diferença é que a produção necessariamente focaliza o humor, o exagero. Já a versão “masculina” da *drag queen* é *drag king*, ou seja, trata-se de uma mulher que se veste com roupas masculinas para fins de trabalho artístico (ABGLT, 2010). Gênero fluido (*gender-fluid*) trata-se de pessoa que se identifica tanto com o sexo masculino quanto com o feminino. Sente-se homem em determinados dias e mulher em outros.

Transformista é um indivíduo que se veste com roupas do gênero oposto movido por questões artísticas. Transgênero é a terminologia utilizada para descrever pessoas que transitam entre os gêneros. São pessoas cuja identidade de gênero transcende as definições convencionais de sexualidade. Segundo Letícia Lanz (2015), não faz sentido escrever “travestis, transexuais e transgêneros”, ou usar TTT na sigla LGBTI+, uma vez que travestis e transexuais são transgênero por definição. Ou escreva-se travestis e transexuais, ou escreva-se transgêneros, ou, de preferência, pessoas trans. Transexual é pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. As pessoas transexuais podem ser homens ou mulheres, que procuram se adequar à identidade de gênero. Algumas pessoas trans recorrem a tratamentos médicos, que vão da terapia hormonal à cirurgia de redesignação sexual. São usadas as expressões homem trans e mulher trans (CADERNO, 2017). Mulher trans é a pessoa que se identifica como sendo do gênero feminino embora tenha sido biologicamente designada como pertencente ao sexo/gênero masculino ao nascer.

Homem trans é a pessoa que se identifica como sendo do gênero masculino embora tenha sido biologicamente designada como pertencente ao sexo/gênero feminino ao nascer. Travesti é a pessoa que nasceu com determinado sexo, ao qual foi atribuído culturalmente o gênero considerado correspondente pela sociedade, mas que passa a se identificar e construir nela mesma o gênero oposto. No caso de pessoas travestis com identidade de gênero feminina, muitas modificam seus corpos por meio de hormonioterapias, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas, porém, vale ressaltar que isso não é regra para todas. Atualmente, o termo travesti adquiriu um teor político de resignificação de termo historicamente tido como pejorativo (CADERNO, 2017). *Queer* trata de um adjetivo utilizado por algumas pessoas, em especial pessoas mais jovens, cuja orientação sexual não é exclusivamente heterossexual. De modo geral, para as pessoas que se identificam

como *queer*, os termos lésbica, gay e bissexual são percebidos como rótulos que restringem a amplitude e a vivência da sexualidade. O termo *queer* também é utilizado por alguns para descrever sua identidade e/ou expressão de gênero. Quando a letra “Q” aparece ao final da sigla LGBTI+, geralmente significa *queer* e, às vezes, *questioning* (questionamento de gêneros) (GLAAD, 2016).

Assim, pode-se afirmar então que, expressão de gênero é a forma como cada pessoa sente que ela é em relação ao gênero masculino e feminino, lembrando que nem todas as pessoas se enquadram, nem desejam se enquadrar, na noção binária de homem/mulher, como no caso de pessoas agênero e *queer*, por exemplo. Identidade de gênero é a forma como cada pessoa sente que ela é em relação ao gênero masculino e feminino, lembrando que nem todas as pessoas se enquadram nem desejam se enquadrar, na noção binária de homem/mulher, como no caso de pessoas agênero e *queer*, por exemplo. E, por fim, sexo biológico é o que existe objetivamente: órgãos, hormônios e cromossomos. Feminino = vagina, ovários, cromossomos xx; masculino = pênis, testículos, cromossomos xy; intersexual = combinação dos dois.

3 A evolução dos direitos humanos x principais violações contra a população LGBTQIAPN+

Compreender o que são direitos humanos, sua evolução e aplicabilidade é extremamente necessário para o entendimento da sua relação com a necessidade de proteção desses direitos da população LGBTQIAPN+. Perceber que gênero e diversidade sexual são direitos humanos diuturnamente violados tanto no Brasil como em diferentes países do mundo, bem como reconhecer a necessidade do debate em alto nível científico para a construção de um ambiente social pautado na segurança jurídica dos direitos desses cidadãos, é pedra fundamental para a concretização de direitos humanos fundamentais nos Estados soberanos.

O reconhecimento jurídico dos direitos da diversidade sexual e gênero coloca em pauta a análise de diferentes concepções científicas que abordam as temáticas “gênero”, “sexo” e “sexualidade” em suas múltiplas formas de expressão – essas, por sua vez, de fundamental importância para a melhor compreensão das relações interpessoais para o reconhecimento dos direitos da diversidade sexual e de gênero no Brasil e no mundo (ABÍLIO, 2019, p. 20).

Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos. Todos têm direito aos direitos humanos sem discriminação, seja qual for nossa nacionalidade, local de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, idioma ou qualquer outra situação, como idade, deficiência, condições de saúde,

orientação sexual ou identidade de gênero. Esses direitos, não importa se forem direitos civis e políticos (como o direito à vida, à igualdade perante a lei e à liberdade de expressão) ou econômicos, sociais e culturais (como o direito ao trabalho, à segurança social e educação), são indivisíveis, universais, interdependentes e interligados (MALGARÉ, 2002, p. 334).

Como uma resposta às atrocidades da II Guerra Mundial, buscaram-se estimular os direitos humanos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948). Os direitos humanos universais são frequentemente mencionados e garantidos por lei, na forma de tratados, pelo direito consuetudinário internacional, através dos princípios gerais e outras fontes do direito internacional. O direito internacional dos direitos humanos estabelece as obrigações dos governos para agir de determinadas maneiras ou abster-se de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais de indivíduos ou grupos. Dispõe a Organização das Nações Unidas ainda:

Ao assinar e tornar-se partes de tratados internacionais, os Estados assumem obrigações e deveres sob a lei internacional de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos. A obrigação de respeitar significa que os Estados devem abster-se de interferir ou cercear o gozo dos direitos humanos. A obrigação de proteger requer que os Estados protejam os indivíduos e grupos contra violações de direitos humanos por terceiros. A obrigação de cumprir significa que os Estados devem tomar medidas para facilitar o gozo dos direitos humanos básicos. (ONU, 2020)

Considerando que os direitos humanos surgiram no Ocidente, em uma sociedade organizada sobre os princípios do individualismo, é compreensível que se questione a sua validade universal. No entanto, será que hoje, com o decurso da história, quando os direitos humanos já correspondem a um conjunto que vai muito além dos direitos meramente individuais, não teriam esses direitos realmente uma aplicabilidade em todo o mundo? Parece que fundar os direitos humanos na dignidade humana ainda é o que pode tornar os direitos humanos legítimos e emancipatórios nas mais diversas concepções de sociedade (PIACENTINI, 2007).

Segundo Plínio Malgaré (2002, p. 337), circunscrever a temática dos direitos humanos a essa situação (a de apenas protegê-los) significa tratá-los de um modo extremamente procedimental. Ademais, corre-se o risco de remeter a proteção dos direitos humanos demasiadamente à esfera da prática política que, conforme a História já nos demonstrou, não é a mais indicada. Norberto Bobbio (1992, p. 24) defende que os direitos humanos são direitos historicamente relativos, isto é, que “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas”. Afirma ainda que encontrar um fundamento

que sirva como justificção racional aos direitos humanos não é suficiente para que eles sejam colocados em prática. Contudo, ter uma base que valha para todo o conjunto dos direitos humanos é o primeiro passo rumo à sua efetivação, em especial se encontrarmos um fundamento que tenha equivalentes nas diversas culturas.

A dignidade humana, segundo Dulce Piacentini (2007), destarte, vem sendo considerada uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, derivando daí a certeza de que a destruição de um causaria a destruição do outro. Daí o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituírem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do direito. Cumpre registrar o conceito de Ingo Sarlet (2004, p. 27), que nos parece bastante completo, para quem a dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse sentido, pode-se afirmar, por exemplo, que os direitos humanos se referem, portanto, e antes de tudo, a uma categoria de direitos que têm o caráter de abrigar e proteger a existência e o exercício das diferentes capacidades do ser humano, e que irão encontrar na ideia de dignidade da pessoa humana o seu ponto convergente (BARRETO, 2004, p. 298). O que evidentemente deveria se aplicar em relação ao respeito à diversidade sexual e gênero da população LGBTQIAPN+, mas que infelizmente ainda não é o que ocorre como deveria no Brasil e em alguns lugares do mundo.

Dessa forma, com a ausência de proteção dos direitos mínimos das minorias sexuais e de gênero, observa-se uma ascensão de toda forma de violência praticada contra a população LGBTQIAPN+. Sejam elas morais, psicológicas, patrimoniais, sexuais e físicas. Por vezes, o ciclo de violência é tão intenso e constante, que pode ocorrer sua reprodução até mesmo entre pessoas com diversidade sexual e gênero diferente da heteronormativa, denominada LGBTQIfobia internalizada. É quando a própria pessoa LGBTQIAPN+ assimila os valores negativos predominantes na sociedade acerca deste tópico e se percebe sob essa ótica (BLUMENFELD, 1992). Esse comportamento pode levá-la a adotar atitudes preconceituosas ou até violentas contra outras pessoas LGBTQIAPN+.

Apesar dos recentes avanços, a sociedade brasileira tem muito a percorrer para garantir direitos iguais à população LGBTQIAPN+. O Brasil é um dos países mais perigosos para ser LGBTI+ no mundo, mas, mesmo assim, a legislação patina em combater a violência baseada na orientação sexual e identidade de gênero. De acordo com o Grupo Gay da Bahia, só em 2016, 343 pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais foram assassinadas no Brasil tendo o crime motivado pela orientação sexual. É como se um LGBTI+ fosse morto a cada 25 horas no país. Infelizmente, parte da sociedade credita as mortes de LGBTI+ à violência em geral, mas crimes motivados pela intolerância mostram que essa população está mais vulnerável a crimes com requinte de crueldade. Publicação da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Governo Federal descreve com detalhes chocantes a natureza desses homicídios:

22,4% das vítimas sofreram facadas; 21,9% foram alvejados a tiros; 8,6% foram espancados; 6,2% foram estrangulados; 5,2% foram apedrejados; 4,4% sofreram pauladas; 2,6% foram asfixiados; 1,6% foram carbonizados e 0,5% foram afogados. Algumas vítimas sofreram mais de um tipo desses ataques. (BRASIL, 2016)

Infelizmente o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122/06, que previa a criminalização de diversas formas de discriminação em todo o território nacional, inclusive a discriminação LGBTIfóbica, depois de oito anos em tramitação, foi arquivado sem conseguir aprovação. De acordo com a edição de 2017 do relatório *Homofobia de Estado*, da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex (ILGA, 2017), 13 estados brasileiros já possuem jurisprudência própria para proibir a discriminação baseada na orientação sexual com diferentes níveis de proteção. São eles: Amazonas, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

Quinze estados têm legislações ainda mais específicas para punir a discriminação baseada na orientação sexual, com imposição de sanções, como multas e revogações de licenças, por exemplo, aos atos de violência e discriminação por orientação sexual. São os estados: Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Ainda que não haja nenhuma disposição no Código Penal brasileiro que penalize a incitação ao ódio devido à orientação sexual, cinco estados já promulgaram legislações locais que proíbem expressamente a conduta. São eles: Amazonas, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba e Rio de Janeiro. Os dados mostram que enquanto a população LGBTI+ do Sudeste está toda coberta por legislações estaduais que

proíbem a discriminação por orientação sexual, no Norte do país apenas os estados do Amazonas e do Pará têm uma lei local sobre o tema. Por outro lado, apenas cinco estados penalizam a incitação ao ódio (REIS, 2018).

Enquanto o Brasil caminha a passos lentos para criminalizar a LGBTIfobia, algumas legislações federais geram contrassenso sobre a proteção da população LGBTI+. É o caso da Lei nº 12.852/13, que institui o Estatuto da Juventude. A legislação dá direito às e aos jovens, com idade entre 15 e 29 anos, à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades e os protege da discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero. Na teoria, o indivíduo LGBTI+ com idade entre 15 e 29 anos está protegido por lei da discriminação por motivo de orientação sexual (BRASIL, 2016). O questionamento que fica é: o que acontece quando essa pessoa completa 30 anos e deixa de ser protegida pelo Estatuto da Juventude e passa a ficar descoberta, tendo em vista que o Brasil não tem uma legislação específica para toda a população no que se refere à proteção por motivo de orientação sexual?

Questionamentos como esse e sem retorno social de fato, tornam o processo de discriminação cada vez mais pujante e exponencial contra a comunidade LGBTQIAPN+. Como exemplo, apesar do avanço do Conselho Federal de Medicina em regulamentar a redesignação sexual, a entidade ainda tratava a transexualidade como uma doença, ao considerar o/a paciente transexual “portador/a de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio” (BRASIL, 2010).

Por outro lado, a Resolução CFP nº 01/2018 teve o objetivo de impedir o uso de instrumentos ou técnicas psicológicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou discriminação e veda a colaboração com eventos ou serviços que contribuam para o desenvolvimento de culturas institucionais discriminatórias. Cada país teve até 1º.1.2022 para se adaptar à nova CID. A edição anterior estava em vigor desde maio de 1990, ano em que o termo “homossexualismo” foi removido da lista e deixou de ser entendido como doença.

Muitas são as distorções de projetos que garantem dignidade a LGBTQIAPN+. Projetos como o Escola sem Homofobia, que previa material didático para discutir violência de gênero e preconceito em escolas, acabam sendo distorcidos por determinados setores (ultra) conservadores e fundamentalistas da população, como forma de deslegitimação dos direitos da população LGBTI+ – vale lembrar que o projeto ganhou a alcunha de “Kit Gay” e foi combatido em diversas esferas da sociedade (REIS, 2018).

A defesa do Estado laico é também uma bandeira do movimento LGBTI+. Um Estado laico não é um Estado ateu ou intolerante às liberdades religiosas. Ao contrário, é exatamente a laicidade do Estado o que permite que cada indivíduo

decida se quer comungar de determinadas crenças religiosas. Em um Estado laico, os órgãos públicos devem ser neutros em matéria religiosa. Isso não significa que as/os profissionais de comunicação não possam professar suas crenças individualmente ou com suas famílias e tampouco que sua liberdade de expressão religiosa possa ser cerceada. Significa apenas que sua atuação profissional não deve se pautar pelo sermão do padre, pela pregação do pastor, pelas orientações da mãe de santo ou pelas crenças de outras religiões. Em um Estado laico, não há nem perseguição religiosa nem proteção às religiões. Simplesmente, qualquer cidadão é livre para criar a própria igreja ou filiar-se às centenas já existentes no Brasil (DINIZ, 2011).

Os grupos neonazistas hoje tendem a negar a morte dessas pessoas, lésbicas e gays, afirmando que foram mortos por condições de trabalho, ou por doenças como tifo. Alguns grupos de ódio cristãos nos EUA negam completamente a presença de pessoas homoafetivas em campos de concentração, como pode se ver no livro *A suástica rosa*, um exemplo de negacionismo religioso. Por isso é muito importante divulgar informações sobre a perseguição nazista à homoafetividade (DIAS, 2018).

Há muitas pessoas com deficiência que são homoafetivas e muitas pessoas homoafetivas que vivem a experiência da deficiência. Mas, apesar disso, ainda é bastante incomum o diálogo entre as duas comunidades, diálogo que poderia muito contribuir para pensar questões acerca do corpo e de suas dimensões políticas. O capacitismo, o preconceito às pessoas com deficiência, narrativa social que considera o corpo das pessoas com deficiência, menor, inferior, menos humanos, menos apto à vida, à felicidade, à realização pessoal, é a matriz social da hierarquização entre humanidades. Segundo Adriana Dias (2018):

Ao permitir que se possibilite hierarquização entre humanidades, que surja a viabilização entre considerar um corpo mais humano ou menos humanos que outro, abre-se espaço para o racismo, para o machismo, para a homofobia, para a transfobia, para a lesbofobia, visto que se abre a possibilidade de se considerar alguém menos humano que o homem de elite, hétero, branco, sem defeitos ou deficiências, a quem desde o surgimento dessa narrativa dominante deu-se o lugar universal de fala. Quanto mais o ser se afasta desse lugar de fala, ou por ser lésbica, ou por ter deficiência, ou por ser negra, ou por ser negra com deficiência e lésbica, mais distante está de um lugar de fala. Por isso, é muito importante que as diversas comunidades se aproximem para politizar o corpo como um lugar de fala constante. E também para viabilizar políticas públicas semelhantes aos corpos que, por trajetórias diversas necessitam de políticas que atendam necessidades análogas, ganhando força na pluralidade dos sujeitos

envolvidos nas demandas. É preciso parar de hierarquizar direitos humanos no Brasil.

Nesse sentido, um mecanismo de propagação da importância do debate da defesa dos direitos humanos da população LGBTQIAPN+ é a instituição de datas alusivas às essas lutas. Dessa forma, garante-se a representatividade da diversidade sexual e gênero no campo social, político, cultural... buscando a concretização dos direitos desses cidadãos. Que como todos os demais arcam com seus deveres, mas quase nunca têm assegurados os seus direitos.

Dia da Visibilidade Travesti e Transexual (29 de janeiro), data escolhida porque nesse dia, em 2004, o Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais do Ministério da Saúde lançou a campanha “Travesti e Respeito”, com o objetivo de sensibilizar educadores e profissionais de saúde e motivar travestis e transexuais para sua própria cidadania e autoestima. Desde então, algumas cidades brasileiras programam atividades para celebrar a ocasião. Dia de Combate à LGBTIfobia (17 de maio), pois entre 1948 e 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificava a homossexualidade como transtorno mental. Em 17.5.1990, a Assembleia Geral da OMS aprovou a retirada da homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças. Nesta data simbólica, organizam-se eventos em vários países para chamar a atenção dos governos e da opinião pública para a situação de opressão, marginalização, discriminação e exclusão social em que vivem os grupos LGBTI+ na maior parte dos países (REIS, 2018). Afirma ainda o autor,

A data de 28 de junho (Dia do Orgulho LGBTQIAP+) tem sua origem nas lutas em torno do Bar Stonewall, em Nova York, em 28 de junho de 1969, quando uma multidão se rebelou contra a polícia, que tentava prender homossexuais, travestis e transexuais. Por três dias e por três noites pessoas LGBTI+ e aliadas resistiram ao cerco policial e a data ficou conhecida como a Revolta de Stonewall. A partir de então, foi criado o Gay Pride e a resistência conseguiu a atenção de muitos países, em especial dos Estados Unidos, para os seus problemas. Essas pessoas buscavam apenas o respeito próprio e social, além do reconhecimento de que tinham e têm direitos civis iguais. Nasceu o moderno movimento pelos direitos das pessoas LGBTQIAPN+. (REIS, 2018)

No Brasil, o 17 de maio foi instituído como o Dia Nacional de Combate à Homofobia, por decreto assinado pelo Presidente da República em 4.6.2010. Dia da Visibilidade Bissexual, pois nesse dia é uma chamada às pessoas bissexuais e suas famílias, amigos/as e aliados/as para reconhecer e celebrar a bissexualidade,

a história, a comunidade e a cultura bissexual, bem como a vida das pessoas bissexuais. O dia começou a ser celebrado a partir de 23.9.1999. O Dia Internacional de Ação pela Despatologização Trans existe desde 2007, com manifestações em diversas cidades do mundo. Tem por objetivo promover a consciência de que as identidades trans ainda são consideradas transtorno mental pela Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, e exigir que aquelas sejam despatologizadas (retiradas da Classificação).

Por fim, conforme ainda informa Toni Reis (2018), algumas datas, como o Dia da Visibilidade Intersexual, surgiram a partir do dia 26.10.1996, quando integrantes da *Intersex Society of North America* protestaram publicamente após serem impedidos de apresentar seus trabalhos na Conferência Anual da Academia Americana de Pediatria, questionando a forma desrespeitosa com que pessoas intersexuais eram submetidas a cirurgias “normalizadoras”. Dia Mundial de Combate à Aids (1º de dezembro), dia em que internacionalmente vários governos e entidades se unem para conscientizar as pessoas ao redor do mundo sobre a Aids. E Dia da Visibilidade Lésbica (29 de agosto) refere-se ao dia em que se realizou o primeiro Seminário Nacional de Lésbicas (Senale), em 2006, no Brasil. É um dia dedicado a se discutir e dar visibilidade à comunidade de lésbicas no país.

Nota-se o quanto é simbólica e representativa a alusão às datas aqui mencionadas. Não que essas tenham a eficiência de gerar transformação social imediata, até porque todos os dias são dias de luta pela visibilidade e reconhecimento de direitos. Mas especialmente, porque pelo menos nelas, a sociedade de alguma forma desenvolve maior reflexão sobre o tema e com isso legitima o protagonismo daquela causa.

4 Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos da população LGBTQIAPN+ como fontes de fundamentação para o Supremo Tribunal Federal brasileiro

Consideram-se direitos humanos todos aqueles direitos reconhecidos no direito internacional, isto é, que estejam consagrados em algum tratado ou declaração internacional de direitos humanos. Pode-se argumentar contra isto que o reconhecimento no âmbito internacional ensinaria já a devida consideração por parte dos vários Estados em relação a esses direitos e, sendo assim, não caberia mais discutir seu fundamento.

O direito internacional dos direitos humanos estabelece obrigações que os Estados devem respeitar. Através da ratificação de tratados internacionais de direitos

humanos, os Estados se comprometem a adotar medidas e criar uma legislação nacional compatível com as obrigações decorrentes desses tratados. Nos casos em que os processos jurídicos nacionais não abordem os abusos de direitos humanos, existem mecanismos e procedimentos para fazer denúncias individuais que estão disponíveis nos níveis regional e internacional para ajudar a garantir que os padrões internacionais de direitos humanos sejam de fato respeitados, implementados e aplicados em nível local. Em nível internacional estes mecanismos incluem organismos de tratados, comitês de especialistas estabelecidos pelos tratados e encarregados de monitorar e implementar as obrigações dos mesmos, e relatores especiais e outros especialistas independentes nomeados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas para investigar e informar sobre desafios urgentes de direitos humanos.

Embora haja uma intenção clara de quase todos os países do mundo, que são parte de distintas convenções de direitos humanos, de privilegiar esses direitos, na hora de estabelecer um diálogo sobre sua prática não se pode abrir mão da sua justificativa (PIACENTINI, 2007). É exatamente a questão do alicerce dos direitos humanos que passa a ser objeto de discussão quando o que está em debate é a efetividade dos direitos humanos da população LGBTQIAPN+ nas mais diversas culturas.

Orientação sexual e a identidade de gênero também são direitos humanos. Nesse sentido, desde 2008, tanto a Organização das Nações Unidas (ONU, 2008) quanto a Organização dos Estados Americanos (OEA) têm aprovado declarações e resoluções afirmando que a orientação sexual e a identidade de gênero também devem ser consideradas direitos humanos. Em 2012, o Escritório do Alto Comissariado das Nações para os Direitos Humanos lançou uma publicação intitulada *Nascidos livres e iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos* (UNHCHR, 2012). A publicação elenca cinco obrigações legais dos Estados em relação à proteção dos direitos humanos de pessoas LGBTI+ que, resumidamente, são:

Proteger indivíduos de violência homofóbica e transfóbica; prevenir tortura e tratamento cruel, desumano e degradante de pessoas LGBTI+; descriminalizar a homossexualidade; proibir discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero; respeitar as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica. (ONU, 2012, p. 3)

Além disso, em 9.1.2018, a OEA publicou oficialmente a Opinião Consultiva nº 24/17, a qual consolida o reconhecimento do casamento civil igualitário para parceiros de mesmo sexo nas Américas, bem como a possibilidade de retificação de nome civil e redesignativo de sexo/gênero sem cirurgia de transgenitalização.

Os Estados-Membros da OEA que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, como o Brasil, terão a obrigação de adequar sua legislação interna aos parâmetros internacionais. Para Ban Ki-moon, ex-secretário-geral das Nações Unidas, a violência e discriminação contra as pessoas LGBTI+ são uma monumental tragédia para os que se preocupam e uma mancha na nossa consciência coletiva (UNHCHR, 2012, p. 29).

O direito à igualdade e não discriminação são princípios fundamentais dos direitos humanos, consagrados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos tratados internacionais de direitos humanos. As palavras da abertura da Declaração Universal dos Direitos Humanos são inequívocas: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (ONU, 1948). A garantia de igualdade e não discriminação oferecida pelo direito internacional dos direitos humanos se aplica a todas as pessoas, independentemente de sexo, orientação sexual e identidade de gênero ou “outra situação”. Não existem cláusulas escondidas em letras miúdas em qualquer um dos tratados de direitos humanos que permitem um Estado garantir os direitos para alguns, mas negá-los a outros com base na orientação sexual e identidade de gênero.

Além disso, os organismos de tratados de direitos humanos da ONU confirmam, periodicamente, que é proibida – sob o direito internacional dos direitos humanos – a discriminação devido à orientação sexual ou à identidade de gênero. Isso significa que é ilegal fazer qualquer distinção nos direitos das pessoas com base no fato de que elas são gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros, *queers*, intersexuais, assexuais, pansexuais e outras diversidades sexuais e de gêneros (LGBTQIAPN+), assim como é ilegal fazê-lo com base na cor da pele, raça, sexo, religião ou qualquer outra condição. Esta posição foi confirmada repetidamente nas decisões e orientações gerais emitidas por vários órgãos de tratados, como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê sobre os Direitos da Criança, o Comitê contra a Tortura e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

O Escritório de Direitos Humanos da ONU documentou uma ampla gama de violações dos direitos humanos cometidos contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero.

Ataques violentos, que vão desde abuso verbal agressivo e intimidação psicológica até agressão física, espancamentos, tortura, sequestro e assassinatos seletivos. Leis discriminatórias, muitas vezes usadas para assediar e punir as pessoas LGBT, incluindo leis que criminalizam relações consensuais de pessoas do mesmo sexo, que violam os direitos à privacidade e à não discriminação. Cerceamento à liberdade de expressão, restrições ao exercício dos direitos de liberdade de

associação e reunião, incluindo as leis que proíbem a divulgação de informações sobre a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo, sob o pretexto de restringir a propagação da chamada “propaganda” LGBT. Tratamento discriminatório, que pode ocorrer de diversas formas diariamente, incluindo locais de trabalho, escolas, lares e hospitais. Sem leis nacionais que proíbam a discriminação por terceiros com base na orientação sexual e na identidade de gênero, estes tratamentos discriminatórios continuam sem controle, deixando poucos recursos para as pessoas afetadas. Nesse contexto, a falta de reconhecimento legal das relações de pessoas do mesmo sexo ou da identidade de gênero de uma pessoa também pode ter um impacto discriminatório em muitas pessoas LGBT. (ONU, 2020, p. 2)

A Assembleia-Geral das Nações Unidas, em uma série de resoluções, apelou aos Estados-Membros para assegurar a proteção do direito à vida de todas as pessoas sob sua jurisdição e para investigar rápida e completamente todos os assassinatos, incluindo aqueles motivados pela orientação sexual e identidade de gênero da vítima (ver, por exemplo, a resolução A/RES/67/168). Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas tornou-se o primeiro organismo intergovernamental da ONU a adotar uma resolução sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. A Resolução nº 17/19 expressou a “grave preocupação” do Conselho com a violência e a discriminação contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero, e encomendou um estudo sobre o alcance e a extensão destas violações e as medidas necessárias para resolvê-las.

A pesquisa solicitada, elaborada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), foi lançada em dezembro de 2011. Ela mostrou um padrão de violência e discriminação dirigido a indivíduos devido à sua orientação sexual e identidade de gênero. Suas conclusões e recomendações formaram a base de um painel de discussão que aconteceu no Conselho em março de 2012 – a primeira vez que um debate intergovernamental formal sobre o assunto foi realizado nas Nações Unidas.

Algumas medidas práticas são exigidas pelo direito internacional aos Estados para salvaguardar os direitos das pessoas LGBTQIAPN+. As obrigações legais fundamentais dos Estados no que diz respeito à proteção dos direitos humanos dessa população incluem:

Proteger os indivíduos de violência homofóbica e transfóbica e prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante. Promulgar leis contra crimes de ódio que desencorajem a violência contra indivíduos com base na orientação sexual. Criar sistemas eficazes para

relatar atos de violência motivados pelo ódio, incluindo a investigação destes crimes e o julgamento de seus autores, levando os responsáveis à justiça. Oferecer treinamento para policiais e monitorar os locais de detenção e fornecer um sistema de compensação para as vítimas. Além disso, leis e políticas de asilo deveriam reconhecer que a perseguição com base na orientação sexual pode ser uma base válida para um pedido de asilo. Revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo toda a legislação que criminaliza a conduta sexual privada entre adultos. Certificar-se de que indivíduos não sejam presos ou detidos com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero e que não estejam sujeitos a qualquer tipo de exames físicos degradantes destinados a determinar sua orientação sexual. Proibir a discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar legislação que proíba a discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Educar as pessoas, para evitar a discriminação e estigmatização de pessoas LGBTQIAPN+ e intersexuais. Garantir as liberdades de expressão, associação e reunião pacífica para todas as pessoas LGBTQIAPN+ e garantir que qualquer restrição a esses direitos - mesmo quando tais restrições pretendam servir a um propósito legítimo e sejam razoáveis e proporcionais - não seja discriminatória em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Promover uma cultura de igualdade e diversidade que englobe o respeito aos direitos das pessoas LGBTQIAPN+. (ONU, 2020, p. 3)

A inédita Resolução nº 2.435/2008 – Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero foi aprovada pela Assembleia-Geral da OEA em 3.6.2008. O documento, fruto de iniciativa da delegação brasileira, com esteio nas disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos (seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, com capacidade para gozar os direitos e liberdades, a salvo de toda forma de discriminação), da Declaração Americana dos Direitos do Homem (o direito de todo ser humano à vida, liberdade e segurança) da Carta da OEA (a missão histórica de América de propiciar ao ser humano uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e a realização justa de suas aspirações), e, ainda, com base nos princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, expressou a preocupação do órgão com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero” (OEA, 2008, p. 2).

A aprovação da histórica Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, em 5.6.2013, cristalizou o *zeitgeist* subjacente à aprovação das resoluções contra a homofobia e transfobia, coligadas com as

declarações da CIDH21 de repúdio à discriminação e violência contra pessoas LGBTI. Trata-se do primeiro documento internacional juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero (OEA, 2013, p. 7).

Já a Corte Europeia de Direitos Humanos tem uma jurisprudência consistente sobre os direitos de pessoas de orientação sexual dissidente, cobrindo um arco temporal de mais de 30 anos em decisões que se estendem das leis de sodomia e idade de consentimento para práticas homossexuais à regulação da homoconjugalidade, inclusive de transgêneros, e homoparentalidade (NAGAMINE, 2017).

Contrariamente a outros diplomas que são a base dos outros instrumentos de proteção de direitos humanos, sejam os regionais ou o internacional, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE (incorporada na estrutura legal da UE com o Tratado de Lisboa) contém uma referência aos direitos LGBT no artigo 21º:

é proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou *orientação sexual*. (MAURICIO, 2018, p. 93)

Essa referência é limitada porque está confinada ao contexto de direitos de igualdade, ou seja, mesmo garantindo tratamento igual a homossexuais e heterossexuais, esta norma nada diz quanto a direitos de liberdade ou regulação da sexualidade, pelo que não protege contra ingerência indevida na vida sexual como tal, garantindo apenas que tal ingerência se verifique para com homossexuais e heterossexuais na mesma medida (OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 2020).

Em 2013, o Conselho dos Assuntos Estrangeiros lançou um documento similar, intitulado *Linhas de Orientação para Promover e Proteger o Gozo de Direitos Humanos por Pessoas LGBTI*. Observa-se que através do Conselho Europeu (ou Conselho de Ministros), Comissão Europeia, Parlamento Europeu e *Court of Justice of the European Union* (CJEU). Todos têm desempenhado um papel decisivo na Europa no que diz respeito ao desenvolvimento dos direitos LGBT como direitos humanos, frequentemente em cooperação com o Conselho da Europa.

Passando para o continente africano, embora todos os elementos essenciais para um sistema de proteção de direitos humanos em nível regional existam, o sistema africano é muito mais fraco do que os sistemas interamericano e europeu. A sua natureza estrutural, que conta com várias limitações, a insuficiente determinação política por parte dos seus membros e a insuficiente capacidade doméstica dos

membros afetam a sua eficácia. Não deixa, todavia, de ter significado simbólico no nível regional, e tem providenciado incentivo e suporte consideráveis aos ativistas nacionais (DONNELLY, 2017).

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos é o mecanismo previsto na ACHPR que visa a monitorização e respeito pela mesma, promoção e proteção dos direitos humanos. A Comissão recebe petições tanto de Estados quanto de indivíduos, se bem que as petições feitas por indivíduos não sejam algo que se verifica com facilidade – aliás o número de queixas apresentadas não chega nem de perto das violações de direitos humanos que se verificam no continente (OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 2020). Além disso, os membros da Comissão Africana, contrariamente às suas contrapartes americana e europeia, não beneficiam do mesmo grau de independência e poucos são os Estados que cooperam com as decisões da Comissão.

Segundo Álvaro Filipe da Silva Mauricio (2018, p. 107), não obstante a ACHPR reproduzir, de uma forma geral, os direitos universais consagrados na UDHR, ela revela-se omissa em muitos aspectos, nomeadamente em questões relacionadas com a orientação sexual e identidade do gênero, algo que também não é expressamente previsto na UDHR. De acordo com o art. 2º:

Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

O elenco não é exaustivo, e entendemos que a orientação sexual se encontra incluída na expressão “qualquer outra situação”. Este entendimento nos países do continente africano não é consensual.

Contrariamente aos sistemas americano e europeu, a utilização de terminologia relativa a uma identidade ou orientação sexuais, isto é, a aplicação do modelo substitutivo não surte os efeitos desejados em todo o continente africano, onde a maioria 106 dos países e povos é extremamente homofóbica e a perseguição de homossexuais é violenta. Esta situação só é igualizada pelos países do Médio Oriente. Sempre com a exceção da África do Sul, os direitos LGBT na África encontram-se fortemente limitados, e as violações dos seus direitos humanos são frequentes e até mesmo apoiadas pelos próprios governos (MAURICIO, 2018).

Até à data, nenhum caso de violação de direitos humanos de pessoas LGBTQIAPN+ conseguiu chegar ao ACTHPR, uma vez que existem fortes restrições às queixas apresentadas por indivíduos e por ONGs (RUDMAN, 2015). A única forma de trazer as violações dos direitos dessa população à apreciação pelo ACTHPR é através da Comissão Africana.

5 Conclusão

Diante do que fora exposto, cumpre ressaltar que o trabalho se propunha a problematizar a situação da população LGBTQIAPN+ diante das constantes e históricas violações de direitos humanos em virtude do desrespeito à diversidade sexual e identidade de gênero que não se enquadre na heteronormativa.

Além disso, perceber a influência do sistema de proteção internacional de direitos humanos da população LGBTQIAPN+ nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro na última década quando jurisdiciona no referido tema; especialmente se existia fundamentação do direito internacional para embasamento da jurisprudência que se constituiu nesse período.

Tinha ainda por norte e alcançou sua finalidade, a compreensão do conceito de população LGBTQIAPN+, bem como das diferenças entre orientação sexual e gênero. Também tratando da evolução dos direitos humanos x principais violações contra a essa população no Brasil e no mundo. Buscando entender como atua a Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos da população LGBTQIAPN+.

Logo, percebe-se que o sistema internacional de proteção de direitos humanos se tornou, nesta última década, uma das principais fontes de fundamentação para tomada de decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando jurisdiciona em temas que envolvem diversidade sexual e gênero de forma garantista no país. Tudo decorrente do fato, de que o direito internacional dos direitos humanos estabelece obrigações que os Estados devem respeitar. Através da ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, os governos se comprometem a adotar medidas e criar uma legislação nacional compatível com as obrigações decorrentes desses tratados ou como na análise em concreto, servindo de fundamentação para tomadas de decisões no âmbito do Poder Judiciário.

Referências

ABGLT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Manual de Comunicação LGBT*. Curitiba: ABGLT, 2010.

- ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. *Gênero, diversidade sexual e de gênero nas relações de trabalho: afirmar direitos e promover inclusão*. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2019.
- AMORIM, Celso. A ONU hoje. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Belo Horizonte, ano 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017.
- ARAÚJO, Rubenilson Pereira. *Gênero, diversidade sexual e currículo: um estudo de caso de práticas discursivas e de (não) subjetivação no ambiente escolar*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Ensino de Língua e Literatura) – UFT, Araguaína, 2011.
- BARRETO, Vicente. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? *In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BLUMENFELD, W. J. Internalized homophobia: from denial to action – An interactive workshop. *In: BLUMENFELD, W. J. (Ed.). Homophobia: how we all pay the price*. Boston: Beacon Press, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORGES, Bruna Angélica. *“Aqui tem homofobia!”: um estudo das representações sociais de gênero e diversidade sexual no contexto escolar*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Psicologia) – UNIR, Porto Velho, 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Secretaria Especial de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. *Orientações para apresentação de emendas ao projeto de lei orçamentária anual – PLOA 2017 – PL Nº 18/2016/CN*. Brasília, 2016.
- CADERNO Globo 12. *Corpo*: artigo indefinido. São Paulo: Globo Comunicação e Participantes S.A., 2017.
- DIAS, Adriana. Deficiências e direitos LGBTI. *In: REIS, T. (Org.). Manual de Comunicação LGBTI+*. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI/GayLatino, 2018.
- DINIZ, D. *Quem tem medo da laicidade?* Brasília: [s.n.], 2011.
- DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, Denver, v. 29, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/236754959_The_Relative_Universality_of_Human_Rights. Acesso em: 31 jul. 2020.
- GLAAD. *Media Reference Guide 2016*. New York e Los Angeles: [s.n.], 2016.
- ILGA – INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION. *State-sponsored homophobia: a world survey of sexual orientation laws, criminalisation, protection and recognition*. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=ilga&oq=ilga&aqs=chrome..69i57j0j46j0i1012j46i10j0i10j46i10.1811j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- INÁCIO, Emerson da Cruz. Para uma estética pederasta. *In: COSTA, Horácio et al. (Org.). Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado, 2010.
- KINSEY, A. C; POMEROY, W. B; MARTIN, C. E. *Sexual Behavior in the Human Male*. Philadelphia; London: W. B. Saunders Co. 1948.
- MALGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – Para além dos reducionismos tradicionais. *Revista Ajuris*, n. 88, dez. 2002.
- MARSHALL CAVENDISH CORPORATION. *Sex and society*. 2010.

MAURÍCIO, Álvaro Filipe da Silva. *A atuação dos sistemas de proteção de direitos humanos na defesa da comunidade LGBT*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

NAGAMINE, R. *Os direitos de identidade sexual: a não discriminação por orientação sexual no direito internacional*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2017.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *AG/RES. 2435 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 2008. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2435_xxxviii-o-08.pdf. Acesso em: 11 out. 2020.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. *Resolución n. 2807, de 06 de jun. de 2013*. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/ag-res_2807_xliii-o-13.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Regional Office for South-East Asia. *Regional Human Rights Systems in other Parts of the World: Europe, the Americas and Africa*. Disponível em <http://bangkok.ohcr.org/programme/other-regional-systems.aspx>. Acesso em: 6 set. 2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 11 out. 2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Joint Statement No. A/63/635 on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/lgbti-recognitionrights2019.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

PEREIRA, Maria Elisabete; BARRETO, Andreia; ARAÚJO, Leila. *Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em gênero, orientação sexual e relações étnico-raciais*. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. *Direitos humanos e interculturalismo: análise da prática cultural da mutilação genital feminina*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2007.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Yogyakarta, Indonésia, 2006.

REIS, T. (Org.). *Manual de Comunicação LGBTI+*. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI+/GayLatino, 2018.

REIS, T.; EGGERT, E. Ideologia de gênero: uma falácia construída sobre os planos de educação brasileiros. *Educ. Soc.*, v. 38, n. 138, p. 9-26, jan 2017. ISSN 0101-7330. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14530>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SANTOS, Moara de Medeiros Rocha; ARAUJO, Tereza Cristina Cavalcanti Ferreira de. Intersexo: o desafio da construção da identidade de gênero. *Rev. SBPH*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 17- 28, jun. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2. p. 71-99, jul./dez. 1995.

UNHCHR – UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Nascidos livres e iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos*. Nova York e Genebra, 2012. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. *In*: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOERCH, Alberto Barreto; SANTOS, Everton Rodrigo; SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. Os direitos humanos fundamentais das minorias sexuais e de gênero no Brasil a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 50, p. 69-94, jan./jun. 2024.

Submissão: 14.3.2022

Pareceres: 22.4.2022, 27.7.2022, 23.6.2022

Aceite: 22.8.2023

OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA E O SEU GRAU DE INFLUÊNCIA NO PROCESSO LEGISLATIVO E NAS DECISÕES JUDICIAIS DA ARGENTINA E DO BRASIL

THE YOGYAKARTA PRINCIPLES AND THEIR DEGREE OF INFLUENCE ON THE LEGISLATIVE PROCESS AND JUDICIAL DECISIONS IN ARGENTINA AND BRAZIL

Felipe Nicolau Pimentel Alamino

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito na FADISP. Membro Fundador e Pesquisador do Centro de Pesquisas em Proteção Internacional de Minorias – CEPIM da Universidade de São Paulo (USP). Coorganizador do Fórum Permanente sobre Genocídio e Crimes contra a Humanidade da Universidade de São Paulo (USP).

Carlos Henrique Perini Miranda

Mestrando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro de Pesquisas em Proteção Internacional de Minorias – Cepim da Universidade de São Paulo (USP).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar os Princípios de Yogyakarta e os Princípios de Yogyakarta +10 à luz da produção legislativa e da jurisprudência de dois dos principais patrocinadores do documento internacional, o Brasil e a Argentina, como forma de aferir sua eficácia diante da ausência de caráter vinculante e impositivo de suas diretrizes, devido à sua natureza doutrinária, bem como dos atos de violência e da necessidade de garantir a proteção dos direitos civis às comunidades LGBTQIAP+.

Palavras-chave: Direito internacional. Princípios de Yogyakarta. LGBTQIAP+. Brasil. Argentina.

Abstract: This article aims to analyze the Yogyakarta Principles and the Yogyakarta Principles +10 in the light of legislative production and jurisprudence from two of the main sponsors of the international document, Brazil and Argentina, in order to ascertain their effectiveness in the absence of binding and enforceable character of their guidelines, due to its doctrinal nature, as well as in the face of acts of violence and the need to guarantee the protection of civil rights to LGBTQIAP+ communities.

Keywords: International law. Yogyakarta Principles. LGBTQIAP+. Brazil. Argentina.

Summary: **1** Introduction – **2** The pursuit of international protection for the rights of the LGBTQIAP+ community – **3** The Yogyakarta Principles in Argentina – **4** The Yogyakarta Principles in Brazil – **5** Conclusion – References

Sumário: **1** Introdução – **2** A busca pela proteção internacional dos direitos da comunidade LGBTQIAP+ – **3** Os Princípios de Yogyakarta na Argentina – **4** Os Princípios de Yogyakarta no Brasil – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

Os Princípios de Yogyakarta formam um interessante documento que busca estabelecer um mínimo de garantias jurídicas à população LGBTQIAP+, embora não tenha nenhum poder vinculante, não podendo ser considerado formalmente como um tratado ou convenção, não havendo sido criado e assinado por estados ou organizações internacionais, mas por especialistas da área e por organizações não governamentais.

Ainda que sem força vinculante, os Princípios de Yogyakarta buscam influenciar os poderes Legislativo e Judiciário dos países para que paulatinamente reconheçam os direitos fundamentais ao grupo protegido da mesma forma que aos demais grupos, sem distinção, conforme apregoadado no documento.

A forma como alguns países têm recepcionado a doutrina surgida na Indonésia, porém, varia, tendo na América do Sul dois dos principais patrocinadores da iniciativa, Argentina e Brasil, países que tiveram nacionais na participação da elaboração e assinatura do documento.

A Argentina e o Brasil, entre as décadas de 1960 e 1980, foram marcados pela imposição de regimes autoritários caracterizados pelo tolhimento de direitos e de garantias, especialmente aqueles relativos ao exercício da cidadania e ao sufrágio universal. Tanto a ditadura civil-militar brasileira (1964-1985) quanto a argentina (1976-1983) foram responsáveis por consolidar princípios nacionalistas, fundamentados, sobretudo, por noções conservadoras da realidade, ecoando tais princípios ao âmbito da ética e da religião. Ao final destes regimes, entretanto, a redemocratização de ambos os países buscou, paulatinamente, redefinir os parâmetros de cidadania e ampliar o escopo dos direitos fundamentais a recortes da sociedade que antes eram relegados à sua margem.¹

Neste contexto, grupos LGBTQIAP+ passaram a reivindicar seus direitos diante dos poderes Judiciário e Legislativo. Tais reivindicações, ao longo da história recente, obtiveram frutos, tanto no campo judicial quanto no campo político e, em ambos,

¹ GAMA, Maria Clara Brito. O Movimento Homossexual Brasileiro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/88). *Revista Brasileira de Estudos da Homocultura*, v. 4, p. 82-108, 2021. p. 82.

os princípios de Yogyakarta e Princípios de Yogyakarta +10 foram subsídio material para a consolidação de tais reivindicações.

O artigo, portanto, busca identificar a extensão da relevância dos Princípios de Yogyakarta e Princípios de Yogyakarta +10 quando de sua inserção nos ordenamentos jurídicos dos dois países ante a ausência de caráter vinculante e, a partir dessa leitura, concluir se sua instrumentalização se deu de maneira uniforme entre Brasil e Argentina, destacando eventuais contrastes e semelhanças no que diz respeito à incorporação dos direitos e das garantias fundamentais das comunidades LGBTQIAP+.

Em primeiro momento, o trabalho se utiliza de análise qualitativa dos dados coletados de fontes primárias, consistentes em decisões judiciais selecionadas pelo critério de inovação no ordenamento jurídico, ou seja, aquelas que de alguma forma deram interpretação às normas de maneira favorável à proteção aos direitos LGBTQIAP+ nos dois países, dando-lhes tratamento jurídico específico. Da mesma forma, serão analisados projetos de lei e legislação aprovada que tenham ampliado o gozo a tais direitos. Tanto na análise de decisões judiciais quanto de projetos de lei, destacam-se aqueles que tenham se voltado aos Princípios de Yogyakarta expressamente como parte de sua fundamentação, ou que, de certa forma, tenham sido por eles influenciado.

A análise das fontes primárias possui como base a interpretação de fontes secundárias, a partir de bibliografia selecionada pelos critérios de atualidade e relevância no cenário acadêmico, assim, estabelecendo o quadro geral a respeito de como os Princípios de Yogyakarta são recebidos pelos poderes Judiciário e Legislativo de ambos os países, como forma de se medir o respeito a princípios jurídicos que tem origem no direito internacional, ao privilegiar documentos que não possuem caráter vinculante.

2 A busca pela proteção internacional dos direitos da comunidade LGBTQIAP+

A proteção dos direitos humanos em nível internacional teve grandes avanços no século XX. Houve avanços significativos com relação aos grupos mais vulneráveis, isto é, aqueles grupos que, seja por razões políticas seja por razões sociais, encontram-se mais a mercê do Estado, necessitando de maior amparo para alcançar igualdade de tratamento com os demais súditos do território em que habitam.

Existem diversos documentos que procuram proteger grupos específicos ou que buscam o combate ao preconceito em suas variadas formas, como exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, conhecida por seu acrônimo em inglês – CEDAW, a Convenção

sobre os Direitos da Criança, de 1989, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, conhecida por seu acrônimo em inglês – ICERD, a Convenção nº 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, entre outras, porém, com relação à comunidade LGBTQIAP+,² ainda nenhum documento logrou ser elaborado garantindo direitos, ou em nível mundial ou regional a seus membros.

Ainda que não exista qualquer documento vinculante que garanta medidas de proteção a este grupo especificamente, especialistas e organizações não governamentais (ONGs) envidaram esforços, em 2005, para mapear as experiências de violações de direitos humanos sofridas por pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, permitindo-se analisar as obrigações dos Estados quanto às garantias básicas dos indivíduos pertencentes a estes grupos, referente ao acesso aos mesmos direitos que membros de grupos não LGBTQIAP+ podem gozar na mesma sociedade.³

Especialistas de vinte e cinco países diferentes firmaram, em Yogyakarta, Indonésia, na Universidade de Gadjah Mada, em 2006, um documento, os Princípios de Yogyakarta, que não estabelece novos direitos aos membros desta comunidade, mas reflete as garantias já existentes em documentos internacionalmente vinculantes sobre direitos humanos, explicitando que tais direitos também devem ser estendidos aos membros da comunidade LGBTQIAP+, sem diferenciação, reforçando a obrigação estatal na tutela, aplicação e proteção destes direitos.⁴

Entre os especialistas, destaca-se a participação da brasileira Sonia Onufer Corrêa, na função de copresidenta do grupo de redação dos princípios e cocoordenadora do Observatório de Sexualidade e Política, e do pesquisador e ativista argentino Mauro Cabral que, junto com a costa-riquenha Ana Elena Obando Mendoza, formam os únicos signatários dos Princípios de Yogyakarta oriundos da América Latina. A presença de uma brasileira e de um argentino no grupo de elaboração do documento não reflete, necessariamente, o comprometimento de seus respectivos países quanto à adesão ao texto, já que não houve participação dos Estados no processo, mas demonstra, em certa medida, o comprometimento da sociedade

² O acrônimo LGBTQIAP+ é considerado atualmente o mais abrangente e correto ao se designar esta comunidade. Representa os coletivos lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, *queer*, intersexuais, assexuais, pansexuais, acrescidos do sinal "+", com o objetivo de não permitir acrescentar as demais orientações sexuais e identidades de gênero existentes, sem haver qualquer tipo de discriminação ou exclusão.

³ O'FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, jan. 2008. p. 232-233.

⁴ ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 113, p. 645-668, 2019. p. 648-649.

civil no que diz respeito ao aprimoramento da garantia dos direitos fundamentais aos grupos LGBTQIAP+ nestes países.

Os Princípios de Yogyakarta⁵ formam um documento que cobre amplamente o escopo dos direitos humanos positivados em nível internacional em relação a direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, tendo sido patrocinado junto às Nações Unidas, ainda que sem sucesso, no ano de 2007, tendo como principais defensores da iniciativa países como Argentina e Brasil.⁶ Dos 29 princípios elencados, chamam atenção, especialmente, o “Princípio 18” – “Proteção contra Abusos Médicos”, o “Princípio 23” – “Direito de Buscar Asilo” e o “Princípio 24” – “Direito de Constituir Família”, por tratarem de questões que, embora toquem outras comunidades componentes do Estado, atingem diretamente indivíduos pertencentes da comunidade LGBTQIAP+.

O “Princípio 18”⁷ recomenda aos Estados a busca por medidas legislativas, administrativas e outras necessárias que assegurem a proteção das pessoas, impedindo serem submetidas a tratamentos, procedimentos ou testes, físicos ou psicológicos, ou serem confinadas em instalações médicas com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero. Destaca especialmente a proteção a crianças, não devendo ter seus corpos alterados de forma irreversível por procedimentos médicos na tentativa de impor uma identidade de gênero, sem o pleno e livre consentimento da criança, baseado em informações confiáveis, de acordo com a idade e a maturidade do menor, pautado na primazia do interesse da criança.

O “Princípio 23”,⁸ por sua vez, reconhece o direito dos membros da comunidade LGBTQIAP+ de buscar e de desfrutar asilo em outros países para escapar de perseguição, inclusive a relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero,

⁵ Os princípios trazidos no documento são 29, o direito ao gozo universal dos direitos humanos; direito à igualdade e a não discriminação; direito ao reconhecimento perante a lei; direito à vida; direito à segurança pessoal; direito à privacidade; direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade; direito a um julgamento justo; direito a tratamento humano durante a detenção; direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante; direito à proteção contra todas as formas de exploração, venda ou tráfico de seres humanos; direito ao trabalho; direito à seguridade social e outras medidas de proteção social/direito a um padrão de vida adequado; direito à educação; direito ao padrão mais alto alcançável de saúde; proteção contra abusos médicos; direito à liberdade de opinião e expressão; direito à liberdade de reunião e associação pacíficas; direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; direito à liberdade de ir e vir; direito de buscar asilo; direito de constituir uma família; direito de participar da vida pública; direito de participar da vida cultural; direito de promover os direitos humanos; direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes e responsabilização (*accountability*).

⁶ ETTLEBRICK, Paula L.; ZERÁN, Alia Trabucco. *The impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development: a study of november 2007 – june 2010 Final Report*. p. 13. Disponível em: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/10/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf. Acesso em: 22 maio 2023.

⁷ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Jul. 2007. p. 26. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

⁸ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Jul. 2007. p. 30. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

não devendo um Estado transferir, extraditar ou expulsar determinada pessoa para outro onde possa experimentar temor de tortura, perseguição ou qualquer forma de tratamento ou punição cruel em relação à sua condição de orientação sexual ou identidade de gênero.

Este “Princípio 23” caminha em consonância com o grande fluxo de pessoas que, embora não seja, especificamente, reconhecida no principal documento sobre o tema, a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951 e seu Protocolo de 1967.

A Convenção e seu Protocolo têm por condão definir o conceito de refugiado e garantir sua proteção, considerando, como tal, pessoas que tenham fundado temor de serem perseguidas em razão de “raça”,⁹ religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, conforme o art. 1º do documento.¹⁰ Embora não conste em nenhum dos grupos elencados, a comunidade LGBTQIAP+ tem cada vez mais sido reconhecida por alguns Estados como integrante do conceito “grupo social”, um grupo de pessoas que compartilham ao menos uma característica comum, imutável, ligada a experiências passadas, sendo um marco fundamental em sua identidade, somado ao risco de serem perseguidas, ou que são consideradas como um grupo pelas sociedades a qual compõem.¹¹

Finalmente, o “Princípio 24”¹² garante o direito de constituir uma família a todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, devendo os Estados tomar medidas legislativas, administrativas e todas as outras necessárias para assegurar tal direito, reforçando leis e políticas que reconheçam a diversidade de formas de família, com garantias contra a discriminação e respeito à assistência social, emprego e imigração.

Estes princípios, embora não esgotem todo o esforço acadêmico dos pesquisadores responsáveis pela reunião e publicação do documento, elenca direitos humanos universais, garantidos a todos os seres humanos, mas que muitas vezes são atacados, quando no contexto dos direitos das comunidades LGBTQIAP+, seja pelo Estado, seja por setores mais conservadores da sociedade, como no caso do Brasil.¹³

⁹ Conforme conceito trazido no texto, refletindo a época em que foi redigido.

¹⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

¹¹ ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; VILLAS BOAS, Izabela Zonato. LGBTQIA+ asylum: From recognition to data provision in Brazil. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 13, n. 2, p. 563-588, 2023. p. 570.

¹² PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Jul. 2007. p. 30-31. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

¹³ QUINALHA, Renan. Os direitos LGBT sob o governo Bolsonaro. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 31 maio 2029. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/os-direitos-lgbt-sob-o-governo-de-bolsonaro/>. Acesso em: 10 jun. 2023.

Dez anos após a publicação do documento “Princípios de Yogyakarta”, novamente, especialistas se reuniram, com o escopo de suplementar os 29 princípios originais, com nove princípios adicionais além do reconhecimento de obrigações estatais ante esta comunidade, cobrindo direitos que surgiram das evoluções da matéria, além do entendimento das violações sofridas por estes grupos, com base na orientação sexual e na identidade e expressão de gênero. Este novo documento, “Princípios de Yogyakarta Mais 10”,¹⁴ publicado em 2017, reafirma parâmetros legais internacionais¹⁵ que devem ser aplicados a todas as pessoas, baseado em sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e características sexuais, devendo os Estados cumprir tais princípios como obrigações legais, mantendo o compromisso com a universalidade dos direitos humanos.¹⁶

O novo documento traz o importante conceito de expressão de gênero, a forma como cada pessoa apresenta seu gênero através da aparência física, incluindo desde vestimentas, acessórios, maquiagem e penteado ao gestual, fala, comportamento, nomes e referências pessoais, podendo ou não coincidir a expressão com a identidade de gênero.¹⁷

Este reconhecimento indica importantes garantias às pessoas transgênero, como é cristalizado na declaração do “Princípio 31” em que é traduzida a garantia do reconhecimento jurídico sem referência ou sem requerer a revelação do sexo, orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais, o que, consagrado o direito a obter documentos, garante a prerrogativa de mudança de informação a respeito do gênero nesses, quando houver necessidade para tanto, sendo cabível, inclusive a possibilidade do gênero neutro.¹⁸

¹⁴ Interessante destacar que mesmo tendo havido grande mudança no quadro de especialistas a participar deste novo documento, em relação ao primeiro, a representante brasileira, copresidenta do *Sexual Policy Watch*, Sonia Onufer Corrêa, participou e foi signatária do “Princípios de Yogyakarta Mais 10” (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Jul. 2007. p. 26. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023).

¹⁵ Princípios de Yogyakarta Mais 10 é um documento com nove princípios suplementares ao Princípios de Yogyakarta de 2007, sendo eles: direito à proteção do Estado; direito ao reconhecimento legal; direito à integridade física e mental; direito de toda pessoa humana de não ser sujeita a criminalização e sanção baseada na sua orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou nas suas características sexuais; direito à proteção contra a pobreza; direito ao saneamento; direito ao gozo de direitos humanos relativos a tecnologias da informação e a comunicação; direito à verdade e direito a praticar proteger, preservar e reviver a diversidade sexual.

¹⁶ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA MAIS 10. Set. 2017. p. 5. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pfdc/midiатеca/outras-publicacoes-de-direitos-humanos/pdfs/principios-de-yogyakarta-mais-10-2017-1/at_download/file. Acesso em: 11 jun. 2023.

¹⁷ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA MAIS 10. Set. 2017. p. 6. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pfdc/midiатеca/outras-publicacoes-de-direitos-humanos/pdfs/principios-de-yogyakarta-mais-10-2017-1/at_download/file. Acesso em: 11 jun. 2023.

¹⁸ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA MAIS 10. Set. 2017. p. 9. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pfdc/midiатеca/outras-publicacoes-de-direitos-humanos/pdfs/principios-de-yogyakarta-mais-10-2017-1/at_download/file. Acesso em: 11 jun. 2023.

Naturalmente o novo documento, além de não substituir o de 2007, mas suplementá-lo, não se restringe ao direito à documentação, mas também traz importantes posicionamentos acerca dos direitos da comunidade com relação à integridade física e mental, incluindo a proibição de exames anais e genitais em procedimentos legais e administrativos, não sujeição à criminalização e sanção em razão de seu pertencimento ao grupo LGBTQIAP+, entre outros princípios que ampliaram o escopo do documento original.¹⁹

Estes esforços, embora de natureza doutrinária, haja vista terem sido criados em um contexto de encontro de especialistas, sem a chancela de Estados ou de organizações internacionais, não possuindo, por sua natureza, força vinculante (ideia de obrigatoriedade no cumprimento), foram referenciados por diversos Estados e já houve tentativa de apresentá-los, ainda que indiretamente, no contexto onusiano.

Sobretudo o documento de 2007, que acabou recebendo maior visibilidade, sendo reconhecida sua importância por Estados e sendo citado, no Relatório do Relator Especial das Nações Unidas sobre o Direito à Educação, fazendo referência à educação sexual em um contexto de diversidade, mostrando serem os Princípios de Yogyakarta um importante documento a dar perspectivas às políticas públicas quanto ao tema.²⁰ Todavia, ao ser apresentado à Assembleia-Geral das Nações Unidas, tal relatório não obteve o apoio necessário, em realidade poucos foram os Estados que apoiaram,²¹ sendo rejeitado,²² perdendo a chance de, ainda que de forma indireta, haver o devido reconhecimento da importância do documento e a necessidade da implementação de medidas assecuratórias dos direitos ali cristalizados.

Ainda que com característica juridicamente não vinculante, é inegável a importância destes documentos, haja vista que diversos países, como o Brasil, aplicam seu conteúdo como forma de norteamento das respostas políticas a incidentes de violência e de discriminação, relativa a questões de direitos humanos, de marcos legais e de desenvolvimento de políticas públicas.²³

¹⁹ ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 113, p. 645-668, 2019. p. 661-662.

²⁰ GENERAL ASSEMBLY. *Report of the United Nations Special Rapporteur on the right to education: Note by the Secretary-General*. 23 jul. 2010. p. 17. Disponível em: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/UNSR_Sexual_Education_2010.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

²¹ Canadá, Costa Rica, Liechtenstein, Noruega e Suécia.

²² INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS. Majority of GA Third Committee unable to accept report on the human right to sexual education. *International Service for Human Rights News*, 26 out. 2010. Disponível em: <https://ishr.ch/latest-updates/majority-ga-third-committee-unable-accept-report-human-right-sexual-education/>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²³ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. Nineteenth session. 17 nov. 2011. §75. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf. Acesso em: 14 maio 2023.

Pela natureza doutrinária é possível que, em algum momento futuro, os Estados que atualmente baseiam suas mudanças legislativas em razão da existência dos Princípios de Yogyakarta e de seu suplemento possam vir a alterar o entendimento, deixando de considerá-lo, todavia, desde o advento destes documentos, ao menos regionalmente, na América do Sul, grandes alterações já tiveram lugar, sendo os Princípios de Yogyakarta explicitamente citados em diversas oportunidades, tanto na esfera legislativa, quanto na esfera judiciária nos dois maiores países do continente, Argentina e Brasil.

3 Os Princípios de Yogyakarta na Argentina

Como demonstrado, nem os Princípios de Yogyakarta Mais 10 (2017) nem os Princípios de Yogyakarta (2007) têm força vinculante, tratando-se de material de natureza doutrinária. Dessa maneira, por não constituir propriamente uma obrigação legal, por forma convencional ou mesmo havendo o reconhecimento por resolução, os Estados-Membros da Organização das Nações Unidas não são objetivamente obrigados à inteligência expressa nos textos dos documentos elaborados em Yogyakarta.

Ainda que não vinculantes, estes documentos influenciaram profundamente a evolução da produção legislativa e o desenvolvimento jurisprudencial em diversos países, que, desde então, têm ampliado significativamente a aplicação dos direitos fundamentais aos grupos LGBTQIAP+, sendo muitas vezes citados diretamente em decisões judiciais ou em justificativas para a produção legislativa em matéria de direitos humanos.

Neste sentido, os princípios existentes nos documentos produzidos em 2007 e 2017 funcionam como diretrizes humanitárias balizadoras na produção legislativa e na aplicação dos direitos humanos às pessoas que formam parte dos grupos LGBTQIAP+.

A Argentina, que viveu momentos históricos difíceis para a comunidade LGBTQIAP+, havendo cifras que totalizam pelo menos 400 pessoas pertencentes a estes grupos tendo desaparecido durante a ditadura militar naquele país,²⁴ passou por diversos esforços da sociedade civil organizada para obter igualdade de tratamento no campo civil, dentro de um cenário religioso e conservador, como

²⁴ Ainda que o próprio autor reconheça que o dado estatístico não seja oficial, não figurando no Informe da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas “Nunca Mais” – Conadep, tendo sido informado por um dos integrantes responsáveis pela referida comissão (JÁUREGUI, Carlos. *La homosexualidad en la Argentina*. Buenos Aires: Tarso, 1987. p. 158).

exemplo, ferrenha oposição à legalização do casamento de pessoas do mesmo gênero, quase trinta anos após a redemocratização, em 2010.²⁵

A estrutura normativa argentina entendia como requisito para a celebração do casamento civil, no art. 172 do Código Civil,²⁶ a existência do livre consentimento expressado por homem e mulher. Neste caso, a indicação expressa dos termos “homem” e “mulher” no texto normativo conduzia à interpretação literal e exegética da norma por parte dos órgãos de registro público, que não aceitavam a celebração do matrimônio por indivíduos do mesmo gênero. Por sua vez, o art. 188 do mesmo código²⁷ dispunha que o oficial público deveria receber, de cada um dos cônjuges, declarações de que ambos aceitavam se tomar por marido e mulher. Da mesma forma como no art. 172, a indicação dos termos “marido” e “mulher” impedia a ampliação desse direito básico aos indivíduos LGBTQIAP+.

Ademais, a legislação argentina era omissa em relação a qualquer dispositivo que reconhecesse a existência de indivíduos transgênero, tampouco continha normas que lhes garantisse equidade nas relações civis, de modo que apenas o sexo biológico era considerado no tratamento dos cidadãos em âmbito público. Tal fato causava uma série de graves violações aos direitos básicos das populações transexuais, desde os mais corriqueiros, como proibições de uso de sanitários correspondentes ao gênero, até os mais severos, como a condução de mulheres transexuais a presídios masculinos, em vez de femininos.

Vários grupos e associações ligados ao movimento LGBTQIAP+ já existiam desde a década de 1970, como a Frente de Libertação Homossexual (FLH), que desde o governo do Ex-Presidente Héctor Cámpora, ainda antes do golpe militar, liderou atos civis e encampou reivindicações pela ampliação dos direitos fundamentais aos grupos LGBTQIAP+, porém, apenas muito depois do fim da ditadura militar, com a redemocratização, em 2005, o movimento passou a se organizar de maneira mais sólida junto ao poder público.

No mês de maio daquele ano, ocorreu o primeiro encontro das organizações LGBTQIAP+ do Mercosul, ocorrido na cidade de Rosário, na Argentina, e que culminou na união dos grupos *Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de*

²⁵ APÓS 14 horas de debate, Senado da Argentina aprova casamento gay. *G1 Mundo*, 15 jul. 2010. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁶ “Art. 172 – Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

²⁷ “Art. 188 – [...] En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio”.

Argentina, *La Fulana*, *Nexo Asociación Civil*, *Fundación Buenos Aires SIDA* e *VOX Asociación Civil*,²⁸ com a finalidade de endossar suas reivindicações e se articular política e juridicamente para atingir suas respectivas finalidades.

Já em 2007, no campo judicial, María Rachid e Claudia Castro requisitaram sua união civil perante o *Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, requisição que foi negada pelas autoridades, que aplicaram a exegética dos arts. 172 e 188 do Código Civil. Diante deste fato, as requerentes impetraram uma *acción de amparo*,²⁹ que foi rejeitada na primeira instância sob argumento de que o casamento “destina-se à continuidade da espécie e à educação dos filhos”.³⁰ Após terem seu recurso negado, levaram o caso à *Corte Suprema de Justicia*, que finalmente decidiu a seu favor, depois de vários anos em tramitação.³¹

Caso semelhante ocorreu com Alex Freyre e José María di Bello, que requisitaram sua união civil perante o Registro Civil no ano de 2009. Após a negativa das autoridades, impetraram, de forma parecida como no caso anteriormente narrado, uma *acción de amparo* contra a cidade de Buenos Aires.³²

Diferentemente do caso anterior, neste, os impetrantes obtiveram uma sentença favorável, em que a magistrada considerou todos os aspectos da vida civil os quais os impetrantes foram impedidos de exercer em razão da decisão do Registro Civil em negar sua união, como exemplo, direitos de herança e de pensão, privilégios de testemunho e benefícios em políticas migratórias, decidindo, por fim e no exercício do controle difuso, pela inconstitucionalidade, no caso concreto, dos arts. 172 e 188 do Código Civil argentino.³³

²⁸ FEDERACIÓN ARGENTINA LGBT. *Matrimonio para todas y todos: el largo camino a la igualdad*. Disponível em: <http://www.lgbt.org.ar/blog/Matrimonio/matrimonio.htm>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁹ A ação de amparo é um remédio constitucional argentino descrito na Lei nº 16.986, definida em seu art. 1º como uma ação “contra qualquer ato ou omissão do poder público que, atual ou iminentemente, fira, restrinja, altere ou ameace, com arbítrio ou manifesta ilegalidade, direitos ou garantias expressa ou implicitamente reconhecidos na Constituição Nacional, com exceção da liberdade individual protegido por habeas corpus”.

³⁰ OSOJNIK, Andrés. *La moral y las buenas costumbres. Página 12 – Sociedad*, 27 jun. 2007. Disponível em: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87227-2007-06-27.html>. Acesso em: 11 jun. 2023.

³¹ GARCÍA RINCÓN, Mário Alejandro. *Mecanismos de protección de los derechos fundamentales en las personas de los sectores LGBTI: la acción de tutela en Colombia y la acción de amparo en Argentina. Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, v. IX, n. 17, p. 129-146, ene./jun. 2018. p. 140.

³² GARCÍA RINCÓN, Mário Alejandro. *Mecanismos de protección de los derechos fundamentales en las personas de los sectores LGBTI: la acción de tutela en Colombia y la acción de amparo en Argentina. Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, v. IX, n. 17, p. 129-146, ene./jun. 2018. p. 141.

³³ GARCÍA RINCÓN, Mário Alejandro. *Mecanismos de protección de los derechos fundamentales en las personas de los sectores LGBTI: la acción de tutela en Colombia y la acción de amparo en Argentina. Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, v. IX, n. 17, p. 129-146, ene./jun. 2018. p. 141.

Estes dois casos, que são os primeiros a tratar do casamento homoafetivo na Argentina, foram julgados com pouco espaço de tempo dos esforços empreendidos à elaboração e à apresentação dos Princípios de Yogyakarta ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Entretanto, a despeito de a decisão do caso de Alex Freyre e José Maria di Bello não citar expressamente seu texto, o conteúdo nele inserido foi refletido na sentença que reconheceu o direito de ambos contraírem matrimônio, que encontra consonância com o “Princípio 24”, que estabelece que os estados devem “tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família”, bem como “assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família”.³⁴

As reivindicações desses e de outros casos no campo judicial argentino iniciaram um intenso e polêmico debate político acerca da ampliação dos direitos e das liberdades individuais às comunidades LGBTQIAP+,³⁵ em especial no âmbito legislativo. Após tramitação e aprovação pelo Congresso argentino, em 16.7.2010 o Senado Argentino sancionou a Lei nº 26.618 que, entre várias disposições, alterou o Código Civil nos arts. 172 e 188, com a finalidade de tornar juridicamente possível a união civil de indivíduos do mesmo gênero.

De acordo com os arts. 2º e 3º da lei mencionada, tanto o art. 172³⁶ quanto o 188 do Código Civil³⁷ substituíram o termo “homem e mulher” por “ambos os contraentes”, excluindo o subterfúgio técnico exercido por meio de uma hermenêutica exegética que conduzia ao impedimento do exercício dos direitos civis aos indivíduos LGBTQIAP+ no que dizia respeito ao casamento.

Assim, da mesma forma como havia realizado o Poder Judiciário, o Poder Legislativo passara a privilegiar a disposição constante no “Princípio 24” de Yogyakarta,³⁸ tornando possível a união civil e, por consequência, a constituição de uma unidade familiar, com todos os direitos e obrigações decorrentes, formada por indivíduos do mesmo gênero. Essa conquista levou à ampliação posterior desses

³⁴ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Jul. 2007. p. 30-31. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

Conforme conceito trazido no texto, refletindo a época em que foi redigido.

³⁵ SABA, Roberto P. Activismo judicial en Argentina y el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. In: FUCHS, Marie Christine; LEAL, Mônica Clarissa Henning (Org.). *Un Análisis a partir del matrimonio civil igualitario*. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2022. p. 99.

³⁶ “Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo”.

³⁷ “Artículo 188: El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales”

³⁸ “Princípio 24 – Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros”.

direitos, como o direito à fertilização assistida não discriminatória, descrita na Lei nº 26.862 e aprovada pelo Congresso argentino em 2013.

Em 2010 foram apresentados, perante a Câmara dos Deputados da Argentina, três projetos de lei que visavam à ampliação do gozo dos direitos civis às populações transexuais. Cada um destes projetos propunha a adoção de medidas legislativas que aumentariam consideravelmente o exercício de capacidades civis e tinham como fundamento a autodeterminação e a autonomia destes cidadãos em relação à sua identidade de gênero.

Apesar de estes três projetos terem textos diferentes, sua essência e seus objetivos eram os mesmos e todos foram construídos expressamente sob bases principiológicas constantes em textos normativos de ordem internacional, notadamente os Princípios de Yogyakarta.

O primeiro projeto (7243-D-2010) citou, em seus fundamentos, a definição conferida pelos Princípios de Yogyakarta a respeito do termo “identidade de gênero”, citando expressamente a possibilidade de reconhecimento do caráter vinculante do texto.³⁹

O mesmo ocorreu com o segundo projeto apresentado (7644-D-2010), em que os Princípios de Yogyakarta foram citados como instrumento apto a conferir bases normativas para a modificação legislativa em matéria de direitos humanos, e lembrando que o estado argentino foi um dos países que apoiou o texto apresentado perante as Nações Unidas, em 2007.⁴⁰ O terceiro projeto (8126-D-2010) também citou a definição de “identidade de gênero” conferida pelos Princípios de Yogyakarta, utilizando-se de suas recomendações como justificativa para as

³⁹ Nos fundamentos do Projeto de Lei nº 7243-D-2010, lê-se: “En tal sentido, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, han elaborado una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los Derechos Humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, conocidos como Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Los Principios de Yogyakarta (www.yogyakartaprinciples.org) definen la identidad de género como ‘...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales’”.

⁴⁰ Nos fundamentos do Projeto de Lei nº 7644-D-2010, lê-se: “La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos desarrolló una serie de principios legales denominados Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género que fueron presentados en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra en marzo de 2007, siendo nuestro país uno de los que auspiciaron el evento. El ex director para los Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores argentino, Federico Villegas Beltrán, recordó en declaraciones a la prensa, en aquel momento, que ‘buena parte del contenido de esos principios están ya incluidos en el plan contra la discriminación que nuestro país aprobó en 2005. De esta manera, se reconoce el derecho de que cada persona viva según la identidad sexual que desea, sin ser discriminado por ello y con el goce pleno de todos los derechos’”.

normas que propôs, salientando que ele “reafirma os princípios fundamentais da não discriminação no direito internacional”.⁴¹

Este terceiro projeto também cita os Princípios de Yogyakarta enquanto instrumento apto a constituir as bases normativas do projeto de lei, invocando sua eficácia por meio do Comentário Geral nº 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que dispôs a respeito da não discriminação, citando expressamente os Princípios de Yogyakarta, ainda que de forma discreta, indicando o documento como fonte para entender definições sobre a temática de orientação sexual e identidade de gênero.

Os projetos apresentados foram anexados e discutidos de maneira ampla, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, originando um texto unificado, aprovado e sancionado em 9.5.2012 como a Lei nº 26.746, que estabelece o direito à identidade de gênero das pessoas.

É possível identificar várias correspondências entre as normas constantes na Lei nº 26.746 e os Princípios de Yogyakarta. Em primeiro lugar, a definição de “identidade de gênero” constante no art. 2º da lei argentina reproduz exatamente a definição conferida pelo preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta, de forma que a conceituação conferida pelo instrumento internacional não apenas influenciou de maneira subjetiva, mas também diretamente no texto normativo vigente, inclusive com relação às expressões de gênero como vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Além disso, a Lei de Identidade de Gênero argentina, em matéria de gozo universal dos direitos humanos, igualdade e não discriminação, reconhecimento civil, privacidade e saúde, encontra correspondência nos Princípios 1, 2, 3, 6 e 17 em seus artigos, demonstrando que a base de Yogyakarta serviu tanto para parâmetro interpretativo e de produção de normas, mas também fornecendo subsídios para a redação das normas constantes na lei argentina, demonstrando, portanto, a eficácia dos Princípios de Yogyakarta acerca da transformação do direito, como estrutura institucional que garante o exercício da cidadania às populações LGBTQIAP+.

Não apenas os Princípios de Yogyakarta encontraram eco na promulgação da referida lei, mas também são usados para interpretar, em casos concretos, a resolução justa e adequada às intenções e objetivos da Lei de Identidade de Gênero.

Em 2018, uma mulher trans requereu a cobertura de uma cirurgia afirmativa de gênero que não constava no rol do *Programa Médico Obligatorio* (implante capilar),

⁴¹ Nos fundamentos do Projeto de Lei nº 8126-D-2010, lê-se: “La Resolución señala la importancia de la adopción de los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género y reafirma los principios fundamentales de la no discriminación en el derecho internacional. Los Estados también resolvieron organizar una sesión especial ‘con el objetivo de discutir la aplicación de los principios y normas’ del Sistema Interamericano a abusos cometidos por orientación sexual e identidad de género”.

tendo sido impedida de realizá-lo. Após impetrar uma *acción de amparo*, teve seu direito reconhecido. Na decisão do recurso, o Superior Tribunal de Justiça de Rio Negro confirmou a sentença, concedendo-a o direito de realizar a cirurgia com cobertura completa, citando os princípios de Yogyakarta nos fundamentos da decisão:

A lei de gênero 26.743 e seu decreto regulatório 903/15, em consonância com os “Princípios de Yogyakarta”, reconheceu o direito à identidade de gênero como um direito humano fundamental que inclui o acesso ao gozo à saúde integral e às intervenções cirúrgicas como as requeridas nos autos (implante capilar), incluindo as práticas no Programa Médico Obrigatório e a proibição de restringir ou limitar o exercício do direito à identidade.⁴²

Não foi um caso isolado, em 2020, uma mulher trans diagnosticada com HIV positivo requereu o benefício de prisão domiciliar, em razão do contexto pandêmico decorrente do Covid-19. Em sede de recurso, a conversão da pena para domiciliar foi concedida. Nos fundamentos, reconheceu-se que o caso se tratava do debate em relação aos direitos às comunidades transexuais, vez que o direito à saúde da mulher trans se encontrava ameaçado por uma ação do Estado argentino. Os fundamentos da decisão citaram expressamente os Princípios de Yogyakarta, especificamente a disposição acerca do tratamento humano dispensado às populações LGBTQIAP+:

Com efeito, as normas e obrigações assumidas internacionalmente em relação à população LGBTI partem de um marco específico de proteção às mulheres trans no direito internacional dos direitos humanos que inclui a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e, especificamente, a Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero (Princípios de Yogyakarta). Em particular, nos princípios de Yogyakarta, no número 9, está previsto que: “Toda pessoa privada de sua liberdade será tratada com humanidade e com o respeito devido à dignidade

⁴² “La ley de género 26.743 y su decreto reglamentario 903/15 [...] en consonancia con los ‘Principios de Yogyakarta’, reconoció el derecho a la identidad de género como un derecho humano fundamental que incluye el acceso al goce a la salud integral y a las intervenciones quirúrgicas como las requeridas en autos [implante capilar], incluyendo las prácticas en el PMO y la prohibición de restringir o limitar el ejercicio del derecho a la identidad” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA RÍO NEGRO. Sentencia Echegaray, Azul c/ U.P.C.N. s/ amparo (c) s/ apelación – FA 118050029, 12 jul. 2018. Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/superior-tribunal-justicia-local-rio-negro-echegaray-azul-upcn-amparo-apelacion-fa118050029-2018-07-12/123456789-920-0508-1ots-eupmocsollaf?>. Acesso em: 22 maio 2023).

inerente ao ser humano. A orientação sexual e a identidade de gênero são fundamentais para a dignidade de cada pessoa”.⁴³

O contexto jurídico e institucional da Argentina, tal como influenciado pelos Princípios de Yogyakarta, está munido com uma ferramenta importante para a produção de legislação em matéria de direitos humanos às populações LGBTQIAP+ e para a interpretação dessas normas quando aplicadas a casos concretos. Neste sentido, o contexto argentino mostra o valor dado ao documento que, ainda que com caráter doutrinário, não vinculante, inspirou a fundamentação jurídica para a ampliação da proteção dos direitos fundamentais da população LGBTQIAP+.

4 Os Princípios de Yogyakarta no Brasil

O Estado brasileiro, apesar de nunca ter abertamente criminalizado a homossexualidade, em diversos momentos coibiu a comunidade LGBTQIAP+ ou foi leniente com a violência sofrida por essa comunidade nos mais diferentes ambientes sociais.

Sobretudo durante o período do regime militar iniciado em 1964, houve a sedimentação da cultura de rejeição às populações LGBTQIAP+ porque, para o governo militar, a liberdade sexual era a maior antagonista de uma das bases de sustentação social propagada pelo governo, qual seja a “família tradicional cristã”,⁴⁴ uma concepção que, muitas vezes, era apoiada por setores da imprensa simpáticos ao regime.⁴⁵

⁴³ “En efecto, los estándares y obligaciones internacionalmente asumidos acerca de la población LGBTI, parten de un marco de protección específico para mujeres trans en el derecho internacional de los derechos humanos que incluye la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y, específicamente, los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta). En particular, en los principios de Yogyakarta, en el numeral 9, se dispone que: “Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona” (CÂMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL. *Sentencia P.P.N. s/ recurso de casación – FA20260035*. 24 abr. 2020. Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recurso-casacion-fa20260035-2020-04-24/123456789-530-0620-2ots-eupmocsollaf?>. Acesso em: 22 maio 2023).

⁴⁴ LOPES, Rodrigo Cruz. Da censura ao camburão: a regulação da homossexualidade na ditadura civil militar brasileira. *Temáticas*, Campinas, v. 28, n. 56, p. 231-254, 2020. p. 237. Disponível em: <https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/tematicas/article/view/13177/9802>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁴⁵ Pode-se ver como exemplo o jornal *A Tarde de Salvador*, que publicou uma matéria em junho de 1981 com o seguinte título: “Quem poderia negar que o homossexualismo se trata de um desvio biológico, mental e lógico? E os homossexuais, desviados?” (LOPES, Rodrigo Cruz. Da censura ao camburão: a regulação da homossexualidade na ditadura civil militar brasileira. *Temáticas*, Campinas, v. 28, n. 56, p. 231-254, 2020. p. 236. Disponível em: <https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/tematicas/article/view/13177/9802>. Acesso em: 10 jun. 2023).

Os instrumentos institucionais de repressão utilizados contra as populações LGBTQIAP+ consistiam em disposições normativas com o objetivo de resguardar a “moral e os bons costumes”, descritas em leis que impunham a censura, por exemplo, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) que, no art. 17, entende que constitui abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação “ofender a moral pública e os bons costumes”, do qual decorre pena de detenção de três meses a um ano e multa.

Em um dos vários exemplos, Celso Curi, colunista do jornal Meia Hora, do Rio de Janeiro, e que concedia espaço em sua coluna para cartas de leitores homossexuais, foi processado por “atentado à moral e aos bons costumes” e por “promover a licença de costumes e o homossexualismo especificamente”.⁴⁶

De tal forma estavam arraigadas as concepções excludentes em relação às populações LGBTQIAP+ do Brasil que, mesmo após o fim do regime militar, os membros deste grupo continuaram à margem da sociedade e, mais do que isso, continuaram a sofrer perseguições por estratos da sociedade que mantiveram as concepções conservadoras da “moral e dos bons costumes” tão deturpadamente defendidos no período anterior à redemocratização.

Mesmo passados anos da redemocratização, a sociedade brasileira ainda sente reflexos da violência com relação a estes grupos, como pode ser observado no dossiê de mortes e violências contra a população LGBTQIAP+ no Brasil, que revelou que o número de mortes violentas dessas populações mais que duplicou em duas décadas no século XXI, saindo de 136 no ano de 2000 para 273 em 2022 – tendo como pico o ano de 2017, com 445 mortos.⁴⁷

Em análise mais detida, destas 273 mortes,⁴⁸ mais de 58% são de travestis e mulheres transexuais, seguidas por mais de 25% de gays, com lésbicas, homens

⁴⁶ LOPES, Rodrigo Cruz. Da censura ao camburão: a regulação da homossexualidade na ditadura civil militar brasileira. *Temáticas*, Campinas, v. 28, n. 56, p. 231-254, 2020. p. 240. Disponível em: <https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/tematicas/article/view/13177/9802>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁴⁷ OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTQI+ NO BRASIL. *Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTQI no Brasil 2022*. p. 19. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁴⁸ O dossiê observa que das 273 mortes registradas de forma violenta no Brasil, em decorrência de um contexto de fobia estrutural contra este grupo, com discriminação, aversão ou ódio, seja ele individual ou coletivo contra estas pessoas, baseado na ideia de inferioridade das pessoas que o compõe em relação à heterocisnormatividade, 228 foram assassinatos, 30 suicídios e 15 por outras causas, sendo, na maior parte dos casos, 33,33%, a vítima encontrava-se na faixa dos 20 aos 29 anos (OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTQI+ NO BRASIL. *Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTQI no Brasil 2022*. p. 28. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023).

trans e pessoas transmasculinas, pessoas não binárias e outros segmentos compondo os quase 6% restantes.⁴⁹

O dossiê também indica que o maior número de mortes violentas relativo à população LGBTQIAP+ encontra-se na região Nordeste, tanto em números absolutos (118 casos), quanto em números relativos (número de mortes por milhão de habitantes – 2,13), seguido a certa distância pela região Sudeste, com 71 casos (compondo 0,81 mortes por milhão de habitantes) e tendo como a região com menor índice de mortes o Sul do país, com 19 casos e 0,62 mortes por milhão de habitantes. Todavia, embora o Centro-Oeste tenha registrado apenas 37 casos do total, é a região mais violenta comparativamente à população, com 2,24 mortes a cada milhão de habitantes.⁵⁰

Ainda assim, para registrar apenas os municípios, Manaus e São Paulo lideram o *ranking* de maior número de mortes, com 12 e 11 casos respectivamente, seguidos por Belo Horizonte, Juazeiro do Norte (CE) e Rio de Janeiro com 7 casos cada um. O dossiê também permite a observação de que, além das capitais, diversas cidades do interior do Nordeste, como Juazeiro do Norte (CE), Mossoró (RN), Timon (MA), Arapiraca (AL), Cabo de Santo Agostinho (PE) e Forquilha (CE) apresentam a maior quantidade de casos.⁵¹

Note-se que estes dados alarmantes são do ano de 2022, muito depois dos Princípios de Yogyakarta terem sido publicados, bem como depois de diversas alterações legislativas terem tido lugar no Brasil, país que, desde sua Assembleia Constituinte de 1988, teve maior participação de movimentos políticos⁵² LGBTQIAP+ reivindicando direitos fundamentais a esta população.⁵³

⁴⁹ OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. *Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI no Brasil 2022*. p. 23. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁵⁰ OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. *Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI no Brasil 2022*. p. 49. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁵¹ OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. *Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI no Brasil 2022*. p. 55. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁵² Entre os grupos que iniciaram as articulações políticas na Constituinte de 1988 estavam o grupo Somos, o Triângulo Rosa, o Grupo Gay da Bahia e a Ação Lésbica Feminista, cuja união estabeleceu um movimento denominado de Movimento Homossexual Brasileiro.

⁵³ GAMA, Maria Clara Brito. O Movimento Homossexual Brasileiro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/88). *Revista Brasileira de Estudos da Homocultura*, v. 4, p. 82-108, 2021. p. 88.

Entre as demandas constavam a proibição de discriminação devido à orientação sexual e a retirada da homossexualidade da classificação de doença mental.⁵⁴ Entretanto, as articulações não prosperaram, especialmente devido à participação maciça da bancada evangélica nas subcomissões, que obteve êxito ao pressionar os parlamentares simpáticos à causa.⁵⁵

A ausência de dispositivos normativos objetivos quanto ao reconhecimento da equidade nas relações civis às comunidades LGBTQIAP+ proporcionou um contexto jurídico incerto e dependente da interpretação do Poder Judiciário em relação às suas demandas. No que diz respeito ao casamento, por exemplo, o art. 226 da Constituição Federal, no §3º, define a entidade familiar como “união estável entre o homem e a mulher”, e o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), no art. 1.723, define “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”.

Neste caso, a ausência de uma disposição normativa clara que reconheça os direitos civis das populações LGBTQIAP+ propiciou uma interpretação exegético-gramatical dos termos “homem e mulher” por parte dos órgãos de registro civil, que muitas vezes negaram pedidos de união civil entre pessoas do mesmo gênero.⁵⁶

Isso significa que os direitos fundamentais dessas populações estiveram submetidos ao crivo da interpretação de cartorários, juízes e membros do Ministério Público que, não raras vezes, negavam as requisições para o registro de casamento ou conversão de união estável entre pessoas do mesmo gênero, fundamentados pela Constituição Federal e pelo Código Civil, conferindo insegurança jurídica ao gozo de garantias básicas a milhares de indivíduos.

Tal contexto de insegurança apenas se modificou em 2011, ano em que o Supremo Tribunal Federal foi provocado por meio de duas ações, uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 132/RJ), proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, e uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.277/DF), proposta pela Procuradoria-Geral da República.

O objeto de ambas as ações consistia justamente na postura que muitos tomadores de decisão adotavam em relação ao casamento entre pessoas do mesmo gênero e o contexto de insegurança jurídica decorrente. Neste sentido, o objetivo de ambas foi o de garantir a interpretação conforme a Constituição do

⁵⁴ FACCHINI, Regina. *Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 96.

⁵⁵ GAMA, Maria Clara Brito. O Movimento Homossexual Brasileiro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/88). *Revista Brasileira de Estudos da Homocultura*, v. 4, p. 82-108, 2021. p. 93-95.

⁵⁶ POZZETTI, Valmir César; SILVA, Urbanete de Angiolis. A Resolução n. 175 do CNJ e os requisitos para a celebração do casamento. *Scientia Iuris*, v. 17, n. 2, p. 107-130, 2013. p. 123. DOI: 10.5433/2178-8189.2013v17n2p107. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16585>. Acesso em: 11 jun. 2023.

art. 1.723 do Código Civil para equiparar o casamento homoafetivo ao heteroafetivo em todas as suas acepções.

Essas ações foram julgadas em conjunto com relatoria de Ayres Britto, tendo sido julgadas procedentes por unanimidade. No voto, o relator decidiu que se deveria excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo “sexo” como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de “família”.

Neste quadro, os Princípios de Yogyakarta foram fundamentais na formação da cognição da Corte, cujas diretrizes principiológicas serviram como ferramentas para orientar seus votos no sentido de equiparar os direitos civis sobre casamento às comunidades LGBTQIAP+. Este fato pode ser exemplificado por meio do voto do então Ministro Celso de Mello, que reconheceu a adequação do Texto de Yogyakarta às ações que estavam sob o exame do STF, citando o documento por traduzir recomendações dirigidas aos Estados nacionais, especificamente se referindo ao “Princípio 24”, que dispõe acerca do direito à constituição de família, restando evidente a importância dos princípios ao orientar o entendimento do STF.

A decisão do Supremo Tribunal Federal alterou profundamente o contexto em que as populações LGBTQIAP+ estavam inseridas, uma vez que reconheceu que o tema em debate transcendia os limites da jurisdição estadual, conferindo, desta maneira, eficácia *erga omnes* à decisão, aplicando suas diretrizes em âmbito nacional e, assim, obrigando o Poder Judiciário a autorizar os pedidos de celebração de casamento ou conversão de união estável por indivíduos do mesmo gênero.

Após a referida decisão, em maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de conferir eficácia à interpretação conforme a Constituição pelo STF, editou a Resolução nº 175, determinando que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”.⁵⁷

Se a decisão do STF conferiu uniformidade na interpretação do casamento entre pessoas do mesmo gênero no âmbito judicial, vinculando todas as cortes do país, a resolução do CNJ conferiu uniformidade administrativa, o que passou a impedir que eventuais requisições negadas tivessem que ser objeto de ações judiciais. Nesse sentido, e a partir da resolução, o casamento homoafetivo passou a receber o mesmo tratamento que os casamentos heteroafetivos.

No que diz respeito aos direitos relativos às pessoas transexuais, o Supremo Tribunal Federal também adotou uma postura garantista com base nos Princípios de Yogyakarta. Em 2018, também por provocação da Procuradoria-Geral da República,

⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 11 jun. 2023.

o tribunal decidiu o mérito da ADI nº 4.275/DF, que foi proposta com a finalidade de garantir, a pessoas transexuais, o direito de retificar seus respectivos registros civis para adequá-los ao gênero reivindicado, independente de realização de cirurgia de adequação de gênero.

A ação foi julgada procedente e, entre os fundamentos, os Princípios de Yogyakarta foram citados expressamente. O voto do Ministro Edson Fachin levou em consideração a definição do termo “identidade de gênero” proposta pelo referido texto, utilizando sua conceituação para estabelecer os direitos que devem ser garantidos às populações transexuais:

No que tange à noção de identidade de gênero, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.⁵⁸

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber legitimou as normas imperativas constantes nos Princípios de Yogyakarta como uma obrigação do Estado, aplicando-as de forma objetiva, especificamente, para o caso concreto, o “Princípio 3”, que diz respeito ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e à proibição, ao Estado, a forçar que o indivíduo deva realizar qualquer cirurgia como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.⁵⁹

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a relevância da aplicação dos Princípios de Yogyakarta no caso concreto, citando que as obrigações que os princípios estabelecem aos Estados devem ser plenamente observados e cumpridos para que possa ser viabilizada sua operacionalização:

Para operacionalizar esse princípio, os Estados deverão adotar todas as medidas para “respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa” (princípio 3, b), bem como para garantir que “existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa” (princípio 3,

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 4275/DF – Distrito Federal 0005730-88.2009.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno. *DJe*, 045, 7 mar. 2019. p. 33.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 4275/DF – Distrito Federal 0005730-88.2009.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno. *DJe*, 045, 7 mar. 2019. p. 78-79.

c), assegurando que “esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas” (princípio 3, d).⁶⁰

Neste caso, percebe-se que o voto destaca a necessidade de conferir eficácia aos Princípios de Yogyakarta, especificamente por meio do respeito às imposições que este direciona ao Estado, que deve cumpri-las plenamente, uma vez que, tal como destaca o voto, “os Princípios de Yogyakarta voltam-se a tutelar a indivíduo diante da violência, do assédio, da discriminação, da exclusão, da estigmatização e do preconceito [...]”.⁶¹

É de especial importância a análise desta ADI, uma vez que se nota, pela forma como os ministros do STF trataram os Princípios de Yogyakarta, que embora este tenha por sua natureza *status* de doutrina,⁶² nos votos dos ministros o texto é tratado como instrumento vinculante, tendo sido considerado inclusive como ratificado pelo Brasil, conforme o voto da Ministra Rosa Weber,⁶³ o que permite concluir que, de certa forma, ignora-se o valor doutrinário e tem reconhecido como tendo seu caráter vinculante para o Brasil, por refletir os direitos que não devem ser negados à comunidade LGBTQIAP+, além de apresentar medidas que os Estados devem seguir para garantir tais direitos, portanto devendo ser aplicado internamente.⁶⁴

A partir dessa interpretação, o Supremo Tribunal Federal passou a garantir outros direitos por meio de decisões judiciais de caráter vinculante, como em 2021, no julgamento cautelar da ADPF nº 527/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, quando foi garantido o direito de transferência de mulheres transexuais a presídios femininos, com base na aplicação do “Princípio 9”, citando-o expressamente:

No que respeita ao assunto aqui em exame, tais princípios (de Yogyakarta) previram que os Estados devem tomar uma série de medidas voltadas

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 4275/DF – Distrito Federal 0005730-88.2009.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno. *DJe*, 045, 7 mar. 2019. p. 116.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 4275/DF – Distrito Federal 0005730-88.2009.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno. *DJe*, 045, 7 mar. 2019. p. 117.

⁶² Advindo do entendimento de especialistas e ONGs acerca dos direitos relativos à população LGBTQIAP+.

⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 4275/DF – Distrito Federal 0005730-88.2009.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno. *DJe*, 045, 7 mar. 2019. p. 77-78.

⁶⁴ Ao suscitar, em seu voto, que “Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes [...] ratificado pelo Brasil”, a Ministra Rosa Weber reconhece expressamente a natureza vinculante dos Princípios de Yogyakarta, como se tratado fosse. Entendemos que se trata, como visto, da conversão da natureza jurídica do documento a partir da hermenêutica efetuada por autoridade interna do país, cujas prerrogativas inerentes ao cargo, ou seja, de intérprete da Constituição, permitiram que seu voto denotasse o caráter impositivo às suas diretrizes, utilizadas no caso examinado como elemento obrigatório na cognição da Corte no sentido de garantir os direitos civis às comunidades LGBTQIAP+, um importante avanço na matéria.

a proteger a população LGBTI no sistema carcerário, tais como: (i) cuidar para que a detenção não produza uma marginalização ainda maior de tais pessoas, procurando minimizar risco de violência, maus-tratos, abusos físicos, mentais e sexuais; (ii) implantar medidas concretas de prevenção a tais abusos, buscando evitar que elas impliquem maior restrição de direitos do que aquelas que já atingem a população prisional; (iii) proporcionar monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e de organizações não-governamentais; (iv) implementar programas de treinamento e conscientização para agentes e demais envolvidos com instalações prisionais; e, finalmente, (v) assegurar, na medida do possível, que pessoas detidas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero (Princípio 9 de Yogyakarta).⁶⁵

Alguns anos antes, também o STF decidiu o mérito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO nº 26), proposta pelo Partido Popular Socialista, e o Mandado de Injunção (MI nº 4.733), impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, e que visavam à equiparação das práticas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo sendo, portanto, passíveis de repressão penal. As ações, julgadas procedentes, mais uma vez consideraram o conceito de “identidade de gênero” dos Princípios de Yogyakarta como parâmetro para a definição das garantias e direitos a serem observados às populações LGBTQIAP+.⁶⁶

A despeito do êxito nas reivindicações da população LGBTQIAP+, a ADO nº 26 expôs uma característica marcante no que diz respeito à garantia desses direitos no Brasil, qual seja, a ausência de legislação que tutele tais direitos. A via escolhida foi a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, houve o reconhecimento expresso de que o Congresso Nacional e o Poder Legislativo como um todo permanecem inertes ante a atual situação das populações LGBTQIAP+, um fato que pode ser constatado no dispositivo do acórdão:

[...] julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADF: 527/DF 0073759-78.2018.1.00.0000. Relator: Roberto Barroso, Data de Julgamento: 18/03/2021, Data de Publicação: 23/03/2021. p. 6.

⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO: 26/DF 9996923-64.2013.1.00.0000. Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 13 jun. 2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020. p. 45-46.

art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União.⁶⁷

Diferentemente do que se pode observar na Argentina, o Brasil não promulgou qualquer lei ou ato normativo que pudesse garantir os direitos e garantias fundamentais às populações LGBTQIAP+ especificamente, levando o STF a reconhecer a inconstitucionalidade da omissão normativa que regule o tema, embora alguns projetos de lei tenham sido apresentados.

Ainda no ano 2011, muito antes das decisões do STF, a então Senadora Marta Suplicy propôs um projeto de lei (PL nº 612/2011), que tinha como objetivo alterar o art. 1.723 do Código Civil, substituindo o termo “homem e mulher” por “duas pessoas”, de maneira a evitar interpretações restritivas quanto ao reconhecimento da união homoafetiva, de forma muito similar ao que ocorreu na Argentina por meio da Lei nº 26.618 de julho de 2010. Entretanto, diferente do que ocorreu no país vizinho, o projeto proposto nunca foi aprovado e, ao final da legislatura da proponente, foi definitivamente arquivado.

Em 2013, o então Deputado federal Jean Wyllys propôs um projeto de lei (PL nº 5.002/2013) sobre identidade de gênero, cujas disposições reconhecem diversos direitos e garantias às populações transexuais, como o reconhecimento do gênero reivindicado (art. 1º), a retificação do registro civil (art. 3º), entre outros. A justificativa para o projeto de lei citou expressamente os Princípios de Yogyakarta, especialmente no que diz respeito à definição de “identidade de gênero” e, tal como na experiência argentina, reproduziu em boa medida o conceito contido no documento originário, no texto normativo, como consta em seu artigo 2º.

Infelizmente, tal como ocorreu com o projeto de lei sobre o casamento homoafetivo, o texto, após anos de atraso, foi definitivamente arquivado em razão do término da legislatura do proponente.

A análise a respeito da presença, extensão e relevância dos Princípios de Yogyakarta no contexto jurídico brasileiro revela, sobretudo, a inércia do Poder Legislativo em garantir, a partir de normas jurídicas positivas, os direitos básicos descritos no documento. As garantias previstas nos princípios, entretanto, estão, mesmo que parcialmente, asseguradas às comunidades LGBTQIAP+, mas o foram por meio de decisões vinculantes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, a partir de instâncias judiciárias que refletem um campo que passou, por

⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO: 26/DF 9996923-64.2013.1.00.0000. Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 13 jun. 2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020. p. 565.

necessidade, a se configurar um espaço de luta ético-política⁶⁸ desse (e de outros) recorte da sociedade brasileira.

O Supremo Tribunal Federal, exercendo função contramajoritária, no sentido de legitimar as prerrogativas políticas inerentes a um grupo com pouca voz no contexto legislativo brasileiro,⁶⁹ e por meio dos recursos e ferramentas do processo constitucional (em especial do controle concentrado de constitucionalidade), se utilizaram dos Princípios de Yogyakarta para fundamentar tais decisões. Ressalte-se que, vinculante ou não, o documento de Yogyakarta possui natureza doutrinária, de forma que sua utilização como fundamento não é meramente decorativa,⁷⁰ mas sim, é realizada a partir de um modelo de convergência entre as necessidades materiais da sociedade brasileira com o contexto da proteção internacional dos direitos humanos.

Ainda acerca da natureza jurídica dos Princípios de Yogyakarta tal como aplicadas pelo STF, Paulo Iotti, por ocasião da análise do voto do Ministro Edson Fachin no MI nº 4.733, citado anteriormente, identificou que, nele, os princípios foram utilizados como “fontes interpretativas das normas de direitos humanos”,⁷¹ ou seja, não como normas impositivas, mas como diretrizes para a interpretação e aplicação das normas de direitos humanos a um recorte específico, uma ferramenta para a aplicação mais eficaz e justa dos direitos fundamentais às populações LGBTQIAP+.

É digna de nota, também, a orientação do Estado brasileiro, embora sem que haja qualquer legislação específica que o obrigue a tanto, na recepção de refugiados em razão de sua orientação sexual ou em sua identidade de gênero.

Conforme indica estudo feito pelo Conare (Comitê Nacional para Refugiados) e pela ACNUR (Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), em 2018, baseado no período de 2010 a 2016, e que não recebeu atualização nem há liberação de informação para que se possa fazer o levantamento e complementar tais dados,⁷² o Brasil é um país receptor de refugiados LGBTQIAP+, ainda que o

⁶⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2013.

⁶⁹ ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, v. 921, p. 191-214, jul. 2012. p. 191-214.

⁷⁰ Na acepção de Tavares, como “uma mera referência desnecessária, referência morta, a elementos não nacionais, como meio de impor soluções previamente engendradas, uma forma de demonstrar conhecimento e autoridade” (TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out. 2009).

⁷¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo*. São Paulo: Spessotto, 2020. p. 90.

⁷² ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; VILLAS BOAS, Izabela Zonato. LGBTQIA+ asylum: From recognition to data provision in Brazil. *Ônati Socio-Legal Series*, v. 13, n. 2, p. 563-588, 2023. p. 578-581.

grupo não se encontre plenamente acolhido pela Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, e seu Protocolo de 1967.⁷³

A vulnerabilidade de tais membros vinha sendo atendida pelo conceito de proteção a grupos sociais perseguidos,⁷⁴ ainda que não houvesse qualquer legislação nacional para respaldá-lo. Essa decisão do Estado brasileiro, ao reconhecer pessoas LGBTQIAP+ como passíveis do reconhecimento de refúgio para escapar de perseguições em seus países de origem, ressoa o entendimento do “Princípio 23” dos Princípios de Yogyakarta, que defende tal direito.⁷⁵

Em maio de 2023, na 170ª Reunião Ordinária do Conare, houve finalmente o reconhecimento interno no Brasil da população LGBTQIAP+ como integrante de grupo social com temor de perseguição (conforme disposto no art. 1º da Convenção), o que facilita o reconhecimento de refugiados deste grupo⁷⁶ e finaliza a dúvida quanto à possibilidade de se reconhecer refúgio no Brasil a este grupo, consagrando tal direito, em conformidade com os Princípios de Yogyakarta.

5 Conclusão

É possível observar que ainda que os Princípios de Yogyakarta e os Princípios de Yogyakarta Mais 10 sejam matéria doutrinária, haja vista haverem sido constituídos no contexto de reuniões entre especialistas e organizações não governamentais, portanto, não possuindo força vinculante, não tendo o condão de obrigar os Estados a tomar determinadas decisões, foram aceitos na América do Sul, sobretudo nos dois maiores países, Argentina e Brasil.

As transformações legislativas argentinas garantidoras de direitos fundamentais à comunidade LGBTQIAP+ daquele país tiveram como força instigadora os esforços contidos nos princípios elaborados na Indonésia, tendo sido debatidos e citados nos projetos de lei antes de sua aprovação legislativa e mesmo em julgamentos, ainda que poucos, como forma de fundamentar a decisão, dando aporte à cognição dos magistrados.

⁷³ O art. 1º da Convenção em questão traz como seu escopo proteger pessoas que por motivos de “raça”, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas sofrem perseguição ou ameaça de perseguição em seu país de origem ou de residência.

⁷⁴ ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; VILLAS BOAS, Izabela Zonato. LGBTQIA+ asylum: From recognition to data provision in Brazil. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 13, n. 2, p. 563-588, 2023. p. 570.

⁷⁵ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Jul. 2007. p. 30. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

⁷⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Conare aprova procedimentos simplificados para reconhecimento de refugiados LGBTQIA+. *Gov.com*, 18 maio 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/conare-aprova-procedimento-simplificado-para-reconhecimento-de-refugiados-lgbtqia>. Acesso em: 10 jun. 2023.

Interessante perceber que, *a contrario sensu*, no Brasil a doutrina elaborada em Yogyakarta foi recebida de forma diferente do país vizinho, não tendo sido instrumentalizado para justificar as razões de projetos de lei que garantissem o gozo dos direitos fundamentais da população LGBTQIAP+, sendo citado apenas no contexto do Projeto de Lei nº 5.002, de 2013, do Deputado federal Jean Wyllys. Por outro lado, os Princípios de Yogyakarta foram fortemente recebidos pelo Judiciário brasileiro, sobretudo por sua corte constitucional.

O STF em diversas oportunidades, ao tratar do julgamento de ações envolvendo direitos fundamentais à população LGBTQIAP+, citou Yogyakarta, muito em razão da inatividade do Poder Legislativo brasileiro em regular a matéria, inclusive algumas vezes de forma a considerar o documento não por seu caráter doutrinário, mas como se uma verdadeira norma fosse, como um tratado ou costume, cuja obrigatoriedade devesse ser reconhecida e seguida pelo país, considerando os ditames contidos no documento vinculante – ainda que tal documento não tenha passado pelo processo de assinatura e de ratificação pelo Estado brasileiro – ainda assim, como analisado na ADI nº 4.275/DF, o STF entendeu a obrigatoriedade da adoção dos princípios, em importante avanço em matéria de direitos fundamentais.

No caso em análise, portanto, por um lado é possível identificar uma semelhança na forma pela qual ambos os países receberam os Princípios de Yogyakarta e os Princípios de Yogyakarta +10 que, mesmo desprovidos de caráter vinculante, influenciaram e continuam a influenciar seu desenvolvimento jurisprudencial e legislativo em direção à manutenção e à aplicação dos direitos básicos às comunidades LGBTQIAP+, como exemplo, o reconhecimento à constituição da unidade familiar homoafetiva e ao tratamento equitativo dos indivíduos transgêneros na vida civil, direitos hoje assegurados tanto no Brasil quanto na Argentina.

Por outro lado, a análise da presença dos Princípios de Yogyakarta como fundamento para a disposição desses direitos revela um contraste na forma pela qual eles foram instrumentalizados e inseridos na vida institucional e civil. Na Argentina, observa-se que, em um primeiro momento, os princípios integraram o fundamento de teses jurídicas insertas em decisões judiciais que, a partir de sua consolidação, incentivaram movimentos de reivindicação política o que, em um segundo momento, provocaram a movimentação do Poder Legislativo, que passou a incorporá-los como justificativa para a produção de normas aplicáveis em todo o território nacional.

No Brasil, por sua vez, identifica-se a presença desses princípios quase que exclusivamente em decisões judiciais, inicialmente em instâncias estaduais, e posteriormente por meio de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que, à guisa da inércia do Congresso Nacional, assegurou a eficácia dos direitos básicos às populações LGBTQIAP+ na aplicação de sua função contramajoritária.

Mesmo quando não citam expressamente, nota-se a influência dos Princípios de Yogyakarta nas decisões relativas aos direitos da comunidade LGBTQIAP+, como a não discriminação de direitos fundamentais universais a este grupo, como o caso do reconhecimento do casamento homoafetivo ou da garantia de refúgio, que caminham em conformidade com o que foi inicialmente estabelecido em 2007 no país asiático. Apesar de seu caráter doutrinário, os Princípios de Yogyakarta têm se mostrado um documento relevante no cenário internacional, influenciando a mudança legislativa nos países e mesmo, como no caso do Brasil, sendo reconhecido como possuindo caráter vinculante.

Referências

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, v. 921, p. 191-214, jul. 2012.

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 113, p. 645-668, 2019.

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; VILLAS BOAS, Izabela Zonato. LGBTQIA+ asylum: From recognition to data provision in Brazil. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 13, n. 2, p. 563-588, 2023.

APÓS 14 horas de debate, Senado da Argentina aprova casamento gay. *G1 Mundo*, 15 jul. 2010. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html>. Acesso em: 11 jun. 2023.

ARGENTINA. *Ley nº 16.986*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm>. Acesso em: 15 maio 2023.

ARGENTINA. *Ley nº 26.618*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>. Acesso em: 17 maio 2023.

ARGENTINA. *Ley nº 26.743*. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley-26.743-identidad-de-genero_0.pdf. Acesso em: 22 maio 2023.

ARGENTINA. *Ley nº 26.862*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>. Acesso em: 27 abr. 2023.

ARGENTINA. *Proyecto de Ley 7243-D-2010*. Disponível em: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=7243-D-2010>. Acesso em: 17 maio 2023.

ARGENTINA. *Proyecto de Ley 7644-D-2010*. Disponível em: <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/clgeneral/proyectos/proyecto.jsp?exp=7644-D-2010>. Acesso em: 17 maio 2023.

ARGENTINA. *Proyecto de Ley 8126-D-2010*. Disponível em: <https://hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=8126-D-2010>. Acesso em: 17 maio 2023.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2013.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 65.810 de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 11 jun. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 5002/2013*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- CÂMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL. *Sentencia P.P.N. s/ recurso de casación* – FA20260035. 24 abr. 2020. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recurso-casacion-fa20260035-2020-04-24/123456789-530-0620-2ots-eupmocsollaf?>. Acesso em: 22 maio 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- ETTLEBRICK, Paula L.; ZERÁN, Alia Trabucco. *The impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development: a study of november 2007 – june 2010 Final Report*. Disponível em: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/10/Yogyakarta_Principles_Impact_Tracking_Report.pdf. Acesso em: 22 maio 2023.
- FACCHINI, Regina. *Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- FEDERACIÓN ARGENTINA LGBT. *Matrimonio para todas y todos: el largo camino a la igualdad*. Disponível em: <http://www.lgbt.org.ar/blog/Matrimonio/matrimonio.htm>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- GAMA, Maria Clara Brito. O Movimento Homossexual Brasileiro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/88). *Revista Brasileira de Estudos da Homocultura*, v. 4, p. 82-108, 2021.
- GARCÍA RINCÓN, Mário Alejandro. Mecanismos de protección de los derechos fundamentales en las personas de los sectores LGBTI: la acción de tutela en Colombia y la acción de amparo en Argentina. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, v. IX, n. 17, p. 129-146, ene./jun. 2018.
- GENERAL ASSEMBLY. *Report of the United Nations Special Rapporteur on the right to education: Note by the Secretary-General*. 23 jul. 2010. Disponível em: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/UNSR_Sexual_Education_2010.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.
- INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS. Majority of GA Third Committee unable to accept report on the human right to sexual education. *International Service for Human Rights News*, 26 out. 2010. Disponível em: <https://ishr.ch/latest-updates/majority-ga-third-committee-unable-accept-report-human-right-sexual-education/>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- JÁUREGUI, Carlos. *La homosexualidad en la Argentina*. Buenos Aires: Tarso, 1987.
- LOPES, Rodrigo Cruz. Da censura ao camburão: a regulação da homossexualidade na ditadura civil militar brasileira. *Temáticas*, Campinas, v. 28, n. 56, p. 231-254, 2020. Disponível em: <https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/tematicas/article/view/13177/9802>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Conare aprova procedimentos simplificados para reconhecimento de refugiados LGBTQIA+. *Gov.com*, 18 maio 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/conare-aprova-procedimento-simplificado-para-reconhecimento-de-refugiados-lgbtqia>. Acesso em: 10 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)*. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

O'FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, jan. 2008.

OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL. *Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI no Brasil 2022*. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

OIT. *Convenção nº 169 Sobre Povos Indígenas e Tribais*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

OSOJNIK, Andrés. La moral y las buenas costumbres. *Página 12 – Sociedad*, 27 jun. 2007. Disponível em: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87227-2007-06-27.html>. Acesso em: 11 jun. 2023.

PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo. *Juzgado de Primera Instancia nº 15*. Sentencia: Exp 34292/0, Buenos Aires, 10 de noviembre de 2009. Disponível em: <http://identidadydiversidad.adc.org.ar/wpcontent/uploads/2017/05/F.-A.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

POZZETTI, Valmir César; SILVA, Urbanete de Angiolis. A Resolução n. 175 do CNJ e os requisitos para a celebração do casamento. *Scientia Iuris*, v. 17, n. 2, p. 107-130, 2013. DOI: 10.5433/2178-8189.2013v17n2p107. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16585>. Acesso em: 11 jun. 2023.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA MAIS 10. Set. 2017. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pfdc/midiateca/outras-publicacoes-de-direitos-humanos/pdfs/principios-de-yogyakarta-mais-10-2017-1/at_download/file. Acesso em: 11 jun. 2023.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Jul. 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

PROTOCOLO SOBRE O ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d70946.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

QUINALHA, Renan. Os direitos LGBT sob o governo Bolsonaro. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 31 maio 2029. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/os-direitos-lgbt-sob-o-governo-de-bolsonaro/>. Acesso em: 10 jun. 2023.

SABA, Roberto P. Activismo judicial en Argentina y el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. In: FUCHS, Marie Christine; LEAL, Mônica Clarissa Henning (Org.). *Un Análisis a partir del matrimonio civil igualitario*. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2022. p. 85-125.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 612, de 2011*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3986495&ts=1630442704910&disposition=inline&_gl=1*x4nldm*_ga*MTY1NTA5MjcwLjE2ODY0NDU1NTk.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjQ0NTU1OS4xLjAuMTY4NjQ0NTU1OS4wLjAuMA. Acesso em: 10 jun. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA RÍO NEGRO. Sentencia Echegaray, Azul c/ U.P.C.N. s/ amparo (c) s/ apelación – FA 118050029, 12 jul. 2018. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/superior-tribunal-justicia-local-rio-negro-echegaray-azul-upcn-amparo-apelacion-fa118050029-2018-07-12/123456789-920-0508-1ots-eupmocsollaf?>. Acesso em: 22 maio 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 4275/DF – Distrito Federal 0005730-88.2009.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno. *DJe*, 045, 7 mar. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 4277/DF, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO: 26/DF 9996923-64.2013.1.00.0000. Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 13 jun. 2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF: 132/RJ, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF: 527/DF 0073759-78.2018.1.00.0000. Relator: Roberto Barroso, Data de Julgamento: 18/03/2021, Data de Publicação: 23/03/2021.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out. 2009.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Nineteenth session. 17 nov. 2011. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf. Acesso em: 14 maio 2023.

VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo*. São Paulo: Spessotto, 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; MIRANDA, Carlos Henrique Perini. Os Princípios de Yogyakarta e o seu grau de influência no processo legislativo e nas decisões judiciais da Argentina e do Brasil. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 50, p. 95-125, jan./jun. 2024.

Submissão: 13.6.2023

Pareceres: 2.8.2023, 28.7.2023, 12.6.2024

Aceite: 17.6.2024

FEDERALISMO FISCAL; SAÚDE PÚBLICA: ANÁLISE APLICADA AO FINANCIAMENTO PÚBLICO E A ESCASSEZ DE RECURSOS PARA AÇÕES DE SAÚDE DOS MUNICÍPIOS NA COSTA DO DESCOBRIMENTO

FISCAL FEDERALISM; PUBLIC HEALTH: AN ANALYSIS APPLIED TO PUBLIC FINANCING AND THE SCARCITY OF RESOURCES FOR HEALTH ACTIONS BY MUNICIPALITIES ON THE COSTA DO DESCOBRIMENTO

André Portella

Pós-Doutor em Sociologia, Filosofia e Ciência Política pela Université de Nanterre, Paris X. Doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidad Complutense de Madrid. Pesquisador do CNPq. Professor da UFBA, UCSal e UNIFACS. Coordenador do NEF – Tributação e Finanças Públicas. Advogado (aaportella@pq.cnpq.br). *E-mail:* aaportella@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0196-9633>.

Hebert Souza Santos

Bacharel Interdisciplinar em Humanidade – UFBA. Graduado em Direito – UFBA. Pós-Graduando em Direitos, Desigualdades e Governança Climática (DDGC – UFBA). Membro do NEF – Tributação e Finanças Públicas. *E-mail:* hebertt.santos@outlook.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0473-8793>.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar as fragilidades do financiamento público brasileiro decorrentes do modelo de distribuição de competências administrativas e financeiras estabelecidas na Constituição Federal de 1988 (CF/88) e, bem como, seu impacto sobre a efetividade de direitos fundamentais vinculados à promoção da dignidade humana. De forma mais precisa, trata-se de examinar se a atual política de regionalização de ações de saúde, no âmbito do atendimento básico e considerando a realidade orçamentária dos municípios, impacta no atendimento das demandas de saúde pública locais. A análise será aplicada à realidade dos municípios que constituem o território de identidade da Costa do Descobrimento, no Estado da Bahia, com base em dados públicos referentes aos orçamentos municipais e aos indicadores de saúde de cada municipalidade. Para fins de prospecção metodológica, busca-se responder à seguinte pergunta: o cumprimento percentual (por força de lei) e, de igual forma, a inobservância ou a não progressividade do mínimo constitucional no financiamento à saúde, dentro do contexto das obrigações e disposições orçamentárias municipais, suscitariam (quais) efeitos consequenciais na garantia de acesso a este direito fundamental? A partir da premissa

da geografização da cidadania, de Milton Santos (1987), a qual aponta a impossibilidade de dissociar a cidadania concreta do componente territorial, firmou-se a hipótese, a saber, de que o desequilíbrio entre atribuições administrativas e fontes de financiamento dos municípios inviabiliza a efetividade dos direitos fundamentais de uma forma geral, e das ações de saúde pública, de forma específica, insere na tessitura de uma instrumentação territorial cidadã. A metodologia contou com duas fases. A primeira de caráter exploratório, com revisão bibliográfica, sobre os conceitos de federalismo de cooperação; financiamento público municipal; território de identidade; dignidade da pessoa humana; e ações de saúde. A segunda, de caráter analítico-crítico dos dados orçamentários e indicadores de saúde das municipalidades estudadas por meio de 4 (quatro) critérios cumulativos, sendo eles: (i) a aplicação do mínimo constitucional no financiamento em ações e serviços de saúde (ASPS); (ii) a progressividade e/ou a não progressividade deste percentual municipal; (iii) da análise dos resultados (i) e (ii), buscam-se identificar os efeitos consequenciais no financiamento à saúde por meio dos indicadores regionais e municipais de saúde (E-gestor, entre outros); e (iv) a análise de outras despesas constitucionais (educação) e legais (despesas com pessoal) das municipalidades ante o financiamento à saúde. Além disso, o trabalho baseou-se nas obras de Milton Santos (1987) e Jairnilson Paim (2015), bem como em dados publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Instituto de Pesquisa Economia Aplicada (Ipea), Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil (Datasus), Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais do Estado da Bahia (SEI).

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Financiamento público. Federalismo fiscal. Município. Atenção Básica na Saúde.

Abstract: This paper aims to analyze the weaknesses of Brazilian public financing resulting from the distribution model of administrative and financial competences established in the Federal Constitution of 1988 (CF/88), and its impact on the effectiveness of fundamental rights linked to the promotion of human dignity. More precisely, it is a matter of verifying whether the current policy of regionalization of health actions, within the scope of basic care and considering the budgetary reality of the municipalities, impacts on meeting local public health demands. The analysis will be applied to the reality of the municipalities that constitute the identity territory of the Costa do Descobrimento, in the State of Bahia, based on public data referring to the municipal budgets and health indicators of each municipality. The concepts of cooperation federalism will be addressed; municipal public financing; identity territory; dignity of human person; and health actions. The work was based on the works of Milton Santos (1987) and Jairnilson Paim (2015), as well as data published by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), Institute of Applied Economics Research (IPEA), IT department of the System Unified Health System of Brazil (DATASUS), National Council of Municipal Health Secretariats (CONASEMS) and Superintendence of Economic and Social Studies of the State of Bahia (SEI).

Keywords: Dignity of the human person. Public financing. Fiscal federalism. County. Primary Health Care.

Summary: 1 Introduction – 2 Administrative decentralization and municipal autonomy, with special reference to the health sector – 3 Analysis of health financing based on budget data and health indicators for municipalities in the Costa do Descobrimento region – 4 Conclusion – References

Sumário: 1 Introdução – 2 Descentralização administrativa e autonomia municipal, com especial referência à área da saúde – 3 Análise do financiamento da saúde a partir dos dados orçamentários e indicadores de saúde dos municípios da região da Costa do Descobrimento – 4 Conclusão – Referências

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) constitui um marco histórico tanto no que se refere ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, como

no tocante ao estabelecimento de uma organização política-administrativa simétrica, constituída por entes dotados de autonomia. Trata-se de uma organização política-administrativa que, do ponto de vista conceitual, enquadra-se na categoria de federalismo de cooperação, caracterizada pela distribuição de competências entre unidades federativas não hierarquizadas e que devem conjugar esforços na implementação das distintas políticas públicas. Assim, União, estados, Distrito Federal (DF) e municípios são concebidos como entes dotados de autonomia política, administrativa e financeira.

A previsão constitucional de um sistema federativo não é exclusividade do texto de 1988. A organização do Estado brasileiro em moldes federativos consta já da Constituição de 1891, e desde então sempre esteve presente nas Constituições seguintes, ainda que os contornos tenham sofrido alterações ao longo do tempo, num movimento de avanços e retrocessos no que se refere à autonomia política, administrativa e financeira. Cabe, entretanto, ao texto da CF/88 o caráter de maior descentralização e autonomia, no que se refere ao tratamento conferido ao ente municipal como unidade federativa. Em termos comparativos, os modelos anteriores abriam maior margem a interferências políticas autoritárias e ao exercício de um maior centralismo administrativo e financeiro.

A proposta deste trabalho é analisar de forma crítica o impacto desta organização política administrativa sobre o financiamento público das ações de saúde, no plano municipal. Decorrendo, neste sentido, para formulação da hipótese, a adoção da premissa da *geografização da cidadania*, conceituada por Milton Santos (1987), a qual aponta a impossibilidade de dissociar a cidadania concreta do componente territorial. Tendo em vista que “a igualdade dos cidadãos supõe, para todos, uma acessibilidade semelhante aos bens e serviços (no e independentemente do território que estejam), sem os quais a vida não será vivida com aquele mínimo de dignidade que se impõe” (SANTOS, 1998, p. 116).

Acompanhando essa linha de raciocínio, observa-se que, por outro lado, a alocação de recursos e a autonomia dos gastos públicos, no plano municipal, deverá ser estabelecida segundo regras flexíveis, capazes de contemplar as mais diversas escalas geográficas da administração, com caráter redistributivista, permitindo “[...] uma autêntica instrumentação do território que a todos atribua, como direito indiscutível, todas aquelas prestações sociais indispensáveis a uma vida decente e [...] [que] constituem um dever impostergável da sociedade como um todo e, neste caso, do Estado” (SANTOS, 1998, p. 113). A partir desta premissa, entendeu-se, como hipótese da pesquisa, que o profundo desequilíbrio entre atribuições administrativas e fontes de financiamento dos municípios inviabiliza a efetividade dos direitos fundamentais de uma forma geral, e das ações de saúde pública, de forma específica, obstando, assim, a insurgência de uma instrumentação territorial cidadã.

No que se refere especificamente ao financiamento da saúde, haveria um descompasso entre os valores destinados ao financiamento público da saúde no plano municipal – mesmo naqueles casos em que o percentual mínimo estabelecido em lei seja regularmente observado pelo gestor –, e as demandas sociais que são efetivamente geradas na área, com vistas à promoção da dignidade humana. Compreendendo que, no caso, o direito fundamental à saúde significa, conforme firmado na 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986),¹ cujo presidente foi Sergio Arouca,² a garantia, pelo Estado, de acesso à cidadania e, por conseguinte, de cumprimento da dignidade da pessoa humana;³ importando perguntar, portanto: o cumprimento percentual (por força de lei) e, de igual forma, a inobservância ou a não progressividade do mínimo constitucional no financiamento à saúde, no contexto das obrigações e disposições orçamentárias das municipalidades examinadas, suscitariam quais efeitos consequenciais na garantia de acesso a este direito fundamental?

A pesquisa adota, além disso, vertente jurídico-sociológica e exploratória, com vistas a compreender o impacto de um fenômeno jurídico – organização político-administrativa do Estado – sobre um problema de natureza social – realidade em que se encontram as prestações de saúde no país –, de forma aplicada aos municípios do Território de Identidade da Costa do Descobrimento da Bahia, como local de análise, no período de 2009 a 2018.

No tocante à qualidade das prestações de saúde, serão considerados indicadores do nível da Atenção Básica. Tal escolha se justifica, primeiro, por razões metodológicas, na medida em que permite um maior grau de precisão com relação ao objeto. Em segundo lugar, também encontra justificativa no que se refere ao impacto social e ao caráter democrático do atendimento básico, na medida em que é voltado à totalidade dos indivíduos, em especial àqueles que constituem os estratos mais pobres da população brasileira, e onde se concentra o maior contingente

¹ A 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em Brasília/DF, em 1986 (BRASIL, 1987), é tratada como o momento mais significativo na construção de plataformas e estratégias do movimento pela democratização da saúde, que resultou na aprovação e criação de um sistema único de saúde, apesar dos boicotes dos setores privados, que constituiria um novo arcabouço constitucional e um dever do Estado a todos os seus cidadãos, a garantia social à saúde (art. 196) (SCOREL *et al.*, 2005; RODRIGUEZ NETO, 2019).

² O médico sanitário Sérgio Arouca foi um dos principais teóricos e líderes do movimento sanitário em prol da democratização da saúde. De acordo com Arouca, a saúde não resultaria da ausência de doença, tampouco seria uma abstração do direito, devendo, porém, ser compreendida como um bem-estar físico, social e afetivo, e ainda, como ausência do medo decorrente das violências e incertezas de cunho social, ambiental e político (CONASEMS, 2015).

³ Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade – item 3 do Tema 1: Saúde como Direito, Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986) (BRASIL, 1987).

de cidadãos. Em terceiro lugar, a Atenção Básica é constituída por ações que têm baixo custo *per capita* em relação à média e alta complexidades, e devem estar presentes em quaisquer municípios, inclusive naqueles localizados em zona rural.

Foram dois os momentos metodológicos. Primeiro, procedeu-se à revisão bibliográfica, em caráter exploratório, sobre conceitos fundamentais para o trabalho, quais sejam, os de federalismo fiscal, dignidade de pessoa humana, território de identidade, Sistema Único de Saúde (SUS), financiamento público municipal de uma forma geral e nas ações de saúde em particular. Foi especialmente importante nesta fase, sobretudo para construção do caráter crítico da análise, o estudo das obras de Milton Santos (1987) e Jairnilson Paim (2015).

No segundo momento, procedeu-se à análise de dados empíricos orçamentários e de indicadores de saúde referentes à região da Costa do Descobrimento. Neste ponto, a presente análise considerou 4 (quatro) critérios cumulativos para fins de aprofundamento e prospecção metodológica, sendo eles: (i) a aplicação do mínimo constitucional no financiamento em ações e serviços de saúde (ASPS); (ii) a progressividade e/ou a não progressividade deste percentual municipal; (iii) da análise dos resultados (i) e (ii), buscam-se identificar os efeitos consequenciais no financiamento à saúde por meio dos indicadores regionais e municipais de saúde (E-gestor, entre outros); e (iv) a análise de outras despesas constitucionais (educação) e legais (despesas com pessoal) das municipalidades ante o financiamento à saúde. Para o cumprir deste escopo, foram consultados estudos publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pelo Instituto de Pesquisa Economia Aplicada (Ipea), pelo Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil (Datasus), pelo Conselho Nacional de Secretárias Municipais de Saúde (Conasems), e pela Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia (SEI), assim como as leis orçamentárias anuais (LOA) e relatórios dos tribunais de contas municipais (TCM).

A pesquisa deparou-se com algumas dificuldades no levantamento de dados relativos às ações de saúde no período de 2016-2018; indisponibilidade ou inviabilidade de acesso às LOA de alguns municípios no período de 2015-2018; e dificuldade para obtenção de dados acerca da prestação de contas que delimitassem os investimentos nas ações de saúde e o cumprimento no mínimo constitucional. Para abranger dados apontados, recorreu-se aos demonstrativos e relatórios do Siops e do TCM, no que concerne às questões orçamentárias, e Datasus e E-gestor para os indicadores de saúde.

O estudo encontra-se disposto em dois tópicos gerais de desenvolvimento, além de Introdução e Conclusão. O tópico 2 trata do financiamento público brasileiro, com especial atenção ao plano municipal, o que se faz tanto em termos conceituais, com a abordagem de discussões sobre federalismo fiscal, cooperação

político-administrativa, divisão de atribuições, como em termos de análise empírica de arrecadação efetiva no território considerado.

O tópico 3 destina-se à análise sistematizada dos dados de financiamento da saúde e dos indicadores de Atenção Básica, de forma comparada e em perspectiva crítica, a fim de verificar se a atual estrutura de financiamento público vigente no país oferece bases a partir das quais seja possível atender de forma satisfatória às demandas de saúde pública.

2 Descentralização administrativa e autonomia municipal, com especial referência à área da saúde

O Estado brasileiro encontra-se estruturado, do ponto de vista político-administrativo, na forma de federação, em função da qual é estabelecida uma relação de simetria e coordenação, não hierarquizada, entre entes autônomos detentores de competências e aos quais são encarregadas atribuições. “Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer se referir a uma forma de Estado [...] caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa” (SILVA, 2005, p. 99).

O modelo federativo de Estado é produto de um pacto entre seus membros constitutivos, de forma a assegurar a autonomia destes dentro das disposições e dos limites constitucionais (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2016). Tal autonomia manifesta-se na capacidade de autodeterminação, exercida de duas formas fundamentais: (a) na constituição de órgãos governamentais próprios, que independem de órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; e (b) na titularidade de competências constitucionais exclusivas (SILVA, 2005, p. 102).

Autonomia das entidades federativas não se confunde com soberania. Esta se expressa enquanto poder de autodeterminação não submetido a qualquer restrição de atuação no território da entidade considerada. Já a autonomia consiste na atuação da entidade no âmbito de uma zona delimitada, “restringida por um conjunto de limitações e determinantes jurídicas” (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2016, p. 245).

São três as características essenciais da organização federativa: “i) descentralização político-administrativa fixada pela Constituição; ii) participação das vontades parciais na vontade geral; e iii) auto-organização dos Estados-membros por meio de Constituições próprias” (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2016, p. 245).

No Brasil, a previsão normativa do sistema federativo foi estabelecida na condição de cláusula pétrea, portanto inalterável, conforme esculpido já no art. 1º da CF/88, de forma que a organização do seu território se faz a partir da “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Trata-se de uma opção

de Estado, que para além da influência histórica do modelo norte-americano, dá-se por razões técnicas, decorrentes sobretudo, das demandas da gestão administrativas de todo um território com dimensões continentais (PORTELLA; TEIXEIRA, 2016, p. 632).

A adoção deste federalismo de cooperação, alinhado com os objetivos da República, de erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais (art. 3º, III, da CF), deu vazão a um modelo de financiamento pautado em dois grandes sistemas de fontes de receita. Por um lado, obtenção das chamadas receitas próprias ou diretas, assim entendidas aquelas que decorrem do exercício da competência para instituir tributos (competência tributária) a ser realizado por cada um dos entes federados. Por outro lado, obtenção de receitas impróprias ou indiretas, decorrentes das transferências financeiras recebidas de outros entes federados.

Embora o grau de descentralização das receitas seja uma variável importante à hora de verificar o nível de autonomia existente num sistema político-administrativo, é importante ficar atento para não reduzir tal autonomia somente ao parâmetro estritamente fiscal. A autonomia se observa, em realidade, na capacidade que cada ente tem de efetivar as políticas que façam parte do seu universo de atribuições (OLIVEIRA, 2018, p. 560).

Ocorre que, contudo, no caso brasileiro, a situação de desequilíbrio entre as muitas atribuições, por um lado, e a escassez de recursos financeiros por outro, é muito clara sobretudo no plano municipal. Do ponto de vista histórico, o movimento de descentralização realizado por meio da CF/88 concentrou-se no estabelecimento de atribuições, em detrimento de um mesmo movimento com relação às fontes de financiamento dos distintos entes. Se por um lado houve um movimento de “municipalização da receita” (AFONSO *et al.*, 2016, p. 6), resultando em aumento de arrecadação municipal; por outro lado, agravou-se o quadro de “desequilíbrio do financiamento, hierarquia política-administrativa e autonomia financeira, de forma a favorecer ainda mais a União em detrimento dos demais Entes” (PORTELLA; TEIXEIRA, 2016, p. 634).

2.1 Evolução histórica e análise-crítica da estrutura federativa do financiamento público brasileiro

A estrutura de financiamento público brasileiro encontra-se disposta na CF/88 em duas grandes partes: atribuição de competência tributária e repartição de receitas entre os entes políticos. No primeiro caso, procede-se à partilha do poder de instituir tributos entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios (RAMOS FILHO, 2014).

Embora se trate de um atributo fundamental à efetividade da autonomia de cada ente, a outorga de poder de instituir tributo não pode ser concebida de forma isolada. Reduzir o sistema de financiamento apenas à geração de receitas oriundas da competência tributária teria o efeito de aprofundar os fortes desequilíbrios econômicos regionais já existentes: “[...] ao Estado pobre, em cujo território não é produzida, nem circula, riqueza significativa, de nada valeriam todos os tributos do sistema. Por isso se faz necessária a distribuição de receitas tributárias” (MACHADO, 2007, p. 61) (cf. RAMOS FILHO, 2014, p. 213).

A técnica da repartição de receita, por outro lado, complementa a estrutura de financiamento, e opera no sentido de promover um maior equilíbrio entre os entes políticos, em termos de financiamento. Em lugar de proceder à divisão do poder de instituir impostos, realiza a divisão do produto da arrecadação, por meio das chamadas transferências financeiras.

A repartição de receitas pode ser de duas espécies: direta e indireta. No primeiro caso, o recurso arrecadado é repassado ao ente destinatário, sem qualquer tipo de intermediação. É o que ocorre com as transferências previstas na CF/88, arts. 157 e 158, em matéria de IR, IPI, ICMS ou IPVA, apenas para citar alguns casos. Já na transferência indireta, o repasse é realizado a determinado fundo, e posteriormente destinado ao ente beneficiário, segundo critérios previamente estabelecidos em lei (RAMOS FILHO, 2014, p. 215; COELHO, 1996). O FPM e o FPE (CF/88, art. 159) são exemplos desta modalidade de fonte de financiamento (RAMOS FILHO, 2014, p. 215).

Do ponto de vista histórico, o sistema de transferência direta da União aos municípios foi inaugurado pela CF/1946. Passou a não existir, neste caso, a intermediação dos estados, o que contribuiu para a efetividade da autonomia municipal (PORTELLA; TEIXEIRA, 2016, p. 643). A CF/1967, já após a EC nº 1/1969, foi marcada por um movimento de centralização administrativa e financeira no plano federal. Ocorre neste período a criação do FPE e do FPM, com um modelo de repasses pautado nos critérios de número de habitantes, dimensão territorial e inverso da renda *per capita* (PORTELLA; TEIXEIRA, 2016, p. 643; SOUZA, 2005).

A intensificação da importância dos entes municipais se dá com a ampliação dos percentuais dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios (FPE e FPM), por meio da EC nº 23/83 e da EC nº 79/84. A participação dos municípios na receita disponível (incluindo as receitas de transferências) passou de 9%, em 1980, para 15% em 1994. Já a receita própria em favor dos mesmos entes, e no mesmo período, passou de 3% para 5%.

A CF/88, neste sentido, constituiu sem dúvida um avanço na política de descentralização da base de financiamento, não só do ponto de vista da previsão normativa, como também em termos de efetividade de receitas. Ao analisar a

evolução da receita tributária disponível no período de 1988 a 1994, Affonso (1996) constata ademais avanços no tocante à desconcentração da receita pública do ponto de vista regional. Estados e municípios localizados na região Norte observaram o crescimento da ordem de 42%, enquanto os entes da região Nordeste experimentaram incremento da ordem de 13%. Por outro lado, no estado e municípios de São Paulo, a mesma receita observou decréscimo da ordem de 2% (AFFONSO, 1996, p. 4).

Neste cenário, a descentralização fiscal resultou, sem dúvida, em maior autonomia fiscal em favor de estados e municípios, que passaram a contar com maior poder de tributar, bem como maior participação na distribuição de receita, enquanto o ente federal se manteve isolado. Não obstante, o mesmo enfraquecimento político da União terminou por fazer com que, por outro lado, o processo de descentralização se desse de forma “descoordenada, sem um projeto articulador” (AFFONSO, 1996, p. 5); o que não se perdurou.

A década de 1990 foi marcada pela retomada de poder político da União, do ponto de vista do financiamento público. Este movimento se deu especialmente de duas formas: aumento de fontes de receita não submetidas ao sistema de transferências, e desvinculação de receitas federais que, em princípio, estariam destinadas a determinadas finalidades – Desvinculação das Receitas da União (DRU) (SOARES, 2012, p. 8).

Estes dois grupos de medidas mostraram-se complementares. O aumento da participação da União no universo das receitas correntes se deu sobretudo por meio da criação ou majoração das contribuições sociais, que não são objeto de repasse aos demais entes políticos, ao contrário do que ocorre no caso de grande parte dos impostos federais (SOARES, 2012, p. 8). A receita de tais contribuições é destinada, por imperativo constitucional, ao financiamento da Seguridade Social. Entretanto, é neste ponto que opera a DRU, de forma a autorizar a não utilização do recurso na finalidade inicialmente prevista, para fins de geração de superávit, e posterior pagamento da dívida pública.

A bem da precisão histórica, antes mesmo da criação da DRU, o repasse mínimo em favor das ações na área da saúde, que foi fixado em 30% sobre os recursos da Seguridade Social, conforme estabelecido no ADCT, art. 55,⁴ já não era realizado (DAIN, 2007, p. 1853). Posteriormente, em 1994, criou-se o Fundo Social de Emergência (FSE), que em 1996 passou a se chamar Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), e que em 2000 deu lugar à DRU.

⁴ “Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”.

Criada por meio da EC nº 27/2000, foi prorrogada de forma sucessiva pelas EC nºs 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016. Fixada inicialmente em 20% das receitas de impostos e contribuições apenas da União, passou em 2016 a 30% das receitas da União (DRU), além de ter-se estendido também aos planos dos estados, DF e municípios (DREM).

O fato de o financiamento público brasileiro estar centrado na lógica das transferências termina por ensejar um alto grau de dependência às transferências financeiras, e, por conseguinte, ao poder político, em especial em detrimento dos municípios. Com efeito,

[...] no caso da grande maioria dos Municípios brasileiros, a maior parte da arrecadação provém das transferências intergovernamentais, especialmente aquelas de caráter obrigatório, oriundas do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e do Imposto estadual sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). (PORTELLA; TEIXEIRA, 2016, p. 647)

A sistemática das transferências apresenta a virtude de proporcionar a redistribuição da arrecadação, de modo a deslocar recursos de regiões mais ricas, para regiões menos ricas da Federação. Mais do que isso, a sistemática dos fundos de financiamento possibilita o estabelecimento de critério de distribuição que premie valores e princípios alinhados com o desenvolvimento e o bem-estar.

Não obstante, o modelo das transferências apresenta o inconveniente de restringir a autonomia, sobretudo dos entes municipais dotados de menor capacidade de arrecadação. Esta perda de autonomia se dá tanto por motivos de alinhamento partidário entre os representantes envolvidos, como em função da política de tributação adotada pela entidade que realiza a transferência. Sobre esta segunda questão, é importante atentar para o fato de que a concessão de incentivos fiscais por parte daquele que seja o ente que realiza a transferência terminará por repercutir no montante a ser repassado.

Junte-se a isso o aumento do volume de atribuições administrativas a cargo dos municípios, ocorrido sobretudo a partir do final da década de 1970, e intensificado a partir de 1988 (PORTELLA; JESUS, 2018, p. 938). As demandas nas áreas de educação, saúde, habitação, saneamento e mesmo segurança, altamente concentradoras de mão de obra, não foram acompanhadas na mesma proporção pela respectiva necessidade de financiamento (AFFONSO, 1996, p. 9).

A realidade de desequilíbrio entre atribuições administrativas e fonte de financiamento é suficiente para comprometer a própria existência de um sistema federativo efetivo. Como recorda Oliveira (2018), o federalismo só pode existir a

partir de bases democráticas, e de uma estrutura de financiamento que permita o equilíbrio na relação entre os entes:

[...] o federalismo só pode se sustentar, enquanto forma de organização política de um país, de um lado, em *regimes democráticos* que respeitem as regras do contrato federativo firmado entre os seus membros e contemplem mecanismos institucionais que impedem suas mudanças para não se romper o equilíbrio de poder entre os seus membros; e, de outro, contando com o sentimento de *cooperação e solidariedade* que caracteriza este sistema para que as diferenças econômicas entre as regiões possam ser reduzidas, visando a alcançar maior equilíbrio entre as mesmas. (OLIVEIRA, 2018, p. 560)

O panorama de financiamento público, sobretudo na ótica dos municípios, destoa desta concepção, conforme será detalhado a seguir.

2.2 A estrutura federativa de financiamento na área da saúde

No que concerne ao financiamento da saúde pública no país, a EC nº 29/2000 constitui um marco histórico fundamental, tanto no que se refere à previsão legislativa de percentuais mínimos a serem aplicados, como também no tocante a um efetivo aumento dos valores destinados à área.

Tal emenda estabeleceu percentuais mínimos de Receita Corrente Líquida (RCL) a serem destinados a Ações e Serviços Público em Saúde (ASPS), de forma obrigatória, no caso de estados e municípios. Tais percentuais foram posteriormente definidos na LC nº 141/2012 em 12%, no caso dos estados e DF, e em 15%, no caso dos municípios e DF.

No âmbito federal, a EC nº 29/2000 não estabeleceu percentuais mínimos de RCL. Deliberou apenas pela aplicação de recursos em valor equivalente àquele despendido no ano anterior, corrigidos pela variação nominal do PIB, o que asseguraria a participação da União em termos não inferiores àqueles realizados no ano de 2000 (BENÍCIO, 2015, p. 32).

O advento da EC nº 29/2000 ensejou um incremento dos gastos totais na área, da ordem de 2,1% entre 2000 e 2014, mas foi sobretudo na forma de participação de cada ente no financiamento da saúde que se notou o impacto mais profundo, com um crescimento expressivo dos aportes realizados por estados, DF e municípios (CONASEMS, p. 11). Estudo realizado por Piola *et al.* (2013) indica a dimensão deste impacto:

A EC nº 29 trouxe mais recursos e promoveu o aumento da participação de estados, Distrito Federal e municípios no financiamento do SUS. Ela começou a vigorar em 2000, quando a União ainda respondia por quase 60% do recurso público total aplicado em saúde. Desde então, sua participação foi decrescendo, ficando em torno de 44% em 2011, apesar de terem sido observados incrementos reais no montante destinado à saúde. Nesse mesmo período, a participação dos estados passou de 18,5% para 25,7%, enquanto a dos municípios foi de 21,7% para 29,6%, de acordo com os dados do Sistema de Informações e Orçamentos Públicos de Saúde (SIOPS). (PIOLA *et al.*, 2013, p. 13)

Em relação ao PIB, o gasto realizado por todas as três esferas de governo, entre 2000 e 2011, aumentou 1%, incremento que se deu em função dos maiores encargos assumidos por estados e municípios: o gasto federal em ASPS passou de 1,73% a 1,75% do PIB; o gasto estadual foi de 0,54% para 1%; e o municipal, de 0,6% para 1,16% (PIOLA *et al.*, 2013, p. 15).

Parâmetro de análise interessante é o que combina a evolução da composição do gasto com saúde entre os entes políticos, com a evolução das receitas auferidas por eles. No ano de 2000, a União arrecadou o equivalente a 56,70% de toda a carga tributária brasileira, enquanto estados e municípios receberam, respectivamente, 26,58% e 16,72% (PORTELLA; TEIXEIRA, 2016, p. 657). Por outro lado, no que se refere aos gastos com saúde, estados e municípios responderam, em 2004, pelo equivalente a 53,72%, elevando-se tal participação em 2014 a 65,25%. No caso da União o movimento foi inverso, com uma participação no gasto que passou de 58,86%, em 2000, para 35,75%, em 2014 (PORTELLA; TEIXEIRA, 2016, p. 669).

A EC nº 86/2015 alterou a CF/88, art. 198, §2º, I, para definir o percentual mínimo de recursos públicos a serem destinados pela União à área da saúde. Fixou-o em 15% da RCL realizada em 2015, e estabeleceu um sistema de escalonamento: ao longo de 5 anos, de 2016 a 2020, o percentual passaria de 13,2% a 15% (EC nº 86/2015, art. 2º). Tratou-se de uma das maiores perdas de recursos públicos na área saúde no Brasil, tendo em vista o baixo nível da RCL observado naquele período, devido à crise econômica enfrentada pelo país. Com base na regra, e confirmando a lógica de que a “aplicação máxima corresponde à previsão mínima legal” (FUNCIA, 2015), o valor aplicado pela União em 2016 foi já inferior ao investimento em saúde realizado em 2015. Situação análoga ocorreria também em 2017, cujo percentual fixado foi de 13,7% da RCL, com alguma possibilidade de ligeira melhora, em termos comparativos, somente a partir de 2018 (14,1% da RCL) (CNM, 2018, p. 12).

Não obstante, tal regra foi revogada pela EC nº 95/2016, em 15.12.2016. A “Emenda do Teto” estabeleceu o chamado “Novo Regime Fiscal”, fixando limites

máximos para gastos públicos de uma forma geral, aplicável à União e órgãos federais com autonomia orçamentária e financeira, com vigência de 20 anos, de 2017 a 2036, e possibilidade de revisão dos valores a partir do décimo ano de vigência.

Encontram-se submetidas ao regime as despesas primárias – voltadas ao custeio – do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social. Segundo a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira (Conof) da Câmara dos Deputados, a justificativa residiria na necessidade de refrear o déficit e a dívida públicos, por meio de um “[...] controle duradouro da despesa pública, na medida em que considera que a carga tributária já se encontra bastante elevada, e que o controle de despesa melhora a qualidade do gasto” (CONOF, 2016, p. 10).

Ainda segundo a Consultoria, a despesa pública no Brasil cresceu acima da inflação (quase 6%), em termos médios, no período de 1997 e 2015, e o modelo estabelecido na EC nº 95/2016 estabilizaria os gastos para depois reduzi-los, além de possibilitar a aplicação de “[...] menores taxas de juros na negociação dos títulos públicos, o que permitirá a redução das despesas financeiras, fundamental para a recuperação da confiança do investidor e do consumidor” (CONOF, 2016, p. 10).

Em realidade, o que faz o “Novo Regime Fiscal” é reverter uma trajetória histórica de crescimento real do gasto público, ainda que tímida, que decorre, por um lado, do próprio crescimento da população brasileira, e, portanto, do aumento das demandas sociais; e, por outro, da necessidade de inclusão efetiva de amplos setores da população na estrutura de segurança social (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 6).

Com relação à área da saúde, a EC nº 95/2016 revogou a sistemática de escalonamento do percentual mínimo de gastos, prevista na EC nº 86/2015, art. 2º, e manteve o percentual mínimo de 15% da RCL, previsto na CF/88, art. 198, §2º, I, aplicável, entretanto, apenas no ano de 2017. A partir de 2018, o valor passou a ser corrigido pela inflação, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE (ADCT, arts. 107 e 110).

Note-se o prejuízo em termos de perda de recursos financeiros: o ano de 2017 constitui um período de profunda crise econômica por que atravessou o país, e no qual se observou uma forte redução da RCL. Segundo a nova regra de destinação de recursos à área da saúde, o valor mínimo equivalente a 15% da RCL, incidiu sobre este período. Fixado o valor mínimo em tais bases, o mesmo passaria a ser corrigido pelos índices de inflação do país, que passaram a ser baixos em perspectiva histórica, desde a implantação do Real.

Em definitiva, significa que tanto a base a partir da qual foi calculada a despesa mínima em saúde no país no plano federal (RCL de 2017), como o índice de correção (inflação) estão muito aquém da possibilidade de oferecer um montante de recursos suficientes para o financiamento das demandas na área de saúde.

As necessidades da população nesta área são crescentes em termos reais, e não apenas no que se refere à correção monetária. Este movimento ascendente das demandas decorre tanto do crescimento vegetativo da população, como do aumento da longevidade (IBGE, 2000; VERAS; PARAHYBA, 2007; IBGE, 2009, p. 93) e das restrições históricas observadas no atendimento nesta área.

A análise comparada entre a evolução histórica do PIB e a evolução da inflação (IBGE, 2012) possibilita antever um cenário no qual as receitas públicas irão crescer de forma permanente, inclusive em termos reais acima da inflação, enquanto os gastos com saúde, atrelados aos índices inflacionários, sofrerão uma redução real, com conseqüente restrição do atendimento das demandas. Estima-se que no período de 2014 a 2030 as despesas nas áreas de saúde e previdência crescerão em 3,8% do PIB, sendo que 74% desse aumento ocorrerão no âmbito da saúde e o restante no da previdência (BENÍCIO *et al.*, 2015, p. 42-43).

Não obstante o cenário que se apresenta, as medidas financeiras que se têm observado vão no sentido oposto ao de uma esperada ampliação dos gastos públicos na área. Juntamente com a política de desvinculação de receitas (DRU e DREM), as regras estabelecidas pelas EC nº 86/2015 e EC nº 95/2016 constituem um modelo de financiamento público concebido em conformidade com a lógica de geração de superávit sucessivos, com sobra de recursos a serem utilizados no pagamento da dívida pública, em detrimento da sua utilização para financiamento de ações voltadas ao bem-estar da população (PORTELLA; TEIXEIRA, 2016, p. 634).

2.3 Análise-crítica da participação dos entes políticos no financiamento público da saúde no plano municipal

2.3.1 Orçamento público como objeto de análise-crítica

O orçamento público é instrumento jurídico-financeiro que prevê receita e fixa despesas a serem realizadas por determinado ente político, no intervalo de um ano (CARVALHO, 2010, p. 28), sendo cada um dos entes políticos responsável pela aprovação do respectivo orçamento. Do ponto de vista normativo, o mesmo é disposto por meio de três instrumentos (CF/88, art. 165, Lei nº 4.320/64 e LC nº 101/2000, de Responsabilidade Fiscal – LRF) que visam a assegurar a viabilidade da atividade financeira estatal, a observância da legalidade orçamentária e a sua instrumentalidade cidadã no âmbito do Estado democrático de direito (RAMOS FILHO, 2014; CARVALHO, 2010). São eles: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Embora dispostos formalmente em três instrumentos normativos autônomos, complementam-se de maneira a constituir uma uniformidade lógica quanto ao seu

conteúdo. O PPA estabelece os valores fundamentais que servirão de vetor das decisões políticas ao longo dos seus quatro anos de vigência, e por conseguinte da elaboração dos demais instrumentos orçamentários. A LDO estabelecerá as diretrizes, objetivos e metas a serem atingidos em cada ano; e a LOA, por meio da qual se aprova o orçamento propriamente dito, fixará os gastos e irá prever as receitas anuais, sempre de acordo com o disposto na LDO e no PPA.

O orçamento previsto na LOA subdivide-se em três partes (CF/88, art. 165, §5º): orçamento fiscal (OF), orçamento de investimentos das empresas do Estado (OI) e orçamento da seguridade social (OSS). O OF congrega receitas e despesas de cada um dos poderes, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, aí incluídos os fundos públicos e entidades da Administração direta e indireta. O OI prevê o orçamento referente aos investimentos que o ente público pretende realizar nas empresas a ele vinculadas (empresas públicas ou sociedades de economia mista), que não dependam de recursos financeiros do próprio ente para custeio do seu funcionamento – as empresas cujo custeio dependa de recursos do ente considerado terão seu orçamento previsto no OF.

O OSS (CF/88, art. 165, §5, III) refere-se ao financiamento da estrutura e ações nas áreas da saúde pública, da assistência social e da previdência social, e compreende todas as entidades e órgãos da Administração direta e indireta, bem como os fundos e as fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (CF/88, art. 195, §2). Aspecto importante a se destacar, no que se refere ao OSS, é o que corresponde à descentralização da sua execução. Enquanto o planejamento e a elaboração do orçamento são realizados de forma integrada entre as estruturas que compõem os sistemas, a realização das ações ocorre de forma descentralizada, nos diferentes níveis federativos (RAMOS FILHO, 2014, p. 254).

Mais do que uma peça técnica, o orçamento público é instrumento que reflete a realidade e os anseios de uma coletividade:

[É] o espelho da vida política de uma sociedade, uma vez que registra e revela, em sua estrutura de gastos e receitas, as classes e/ou frações de classes que arcarão com o maior ou menor ônus da tributação, assim como as que mais se beneficiam com a destinação destes recursos. (OLIVEIRA, 2018, p. 165)

Por meio da análise do orçamento, é possível identificar o estágio de evolução democrática de dada sociedade, assim como o grau de consciência política e ambiental, e o seu nível de desenvolvimento econômico e social. O interesse em torno da análise-crítica de uma estrutura orçamentária, portanto, não se restringe às considerações de ordem estritamente técnico-financeira. A partir da observação desta

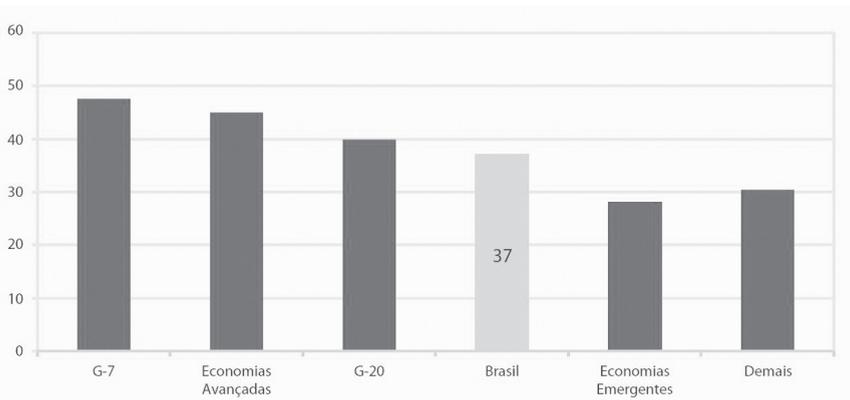
estrutura é possível realizar reflexões de ordem política, sociocultural, econômica, ou ambiental, e é neste sentido que se propõe aqui o estudo do financiamento da saúde pública no plano municipal no Brasil.

2.3.2 Contextualização do financiamento público da saúde brasileira no universo das despesas totais na área, perspectiva comparada e impacto sobre a qualidade do serviço prestado

A fim de se proceder a uma perspectiva crítica e contextualizada de abordagem do financiamento da saúde, é fundamental dimensionar os gastos que o Estado brasileiro realiza na área, no universo dos gastos totais. Com base em estudo realizado por Benício *et al.* (2015), com dados referentes ao ano de 2012, a despesa pública corrente total no Brasil – despesa primária e juros nominais, excluída a despesa de investimento –, de todos os entes da Federação, alcançou valor equivalente a

[...] 37% do Produto Interno Bruto (PIB), superior em aproximadamente 5,0 pontos percentuais do PIB ao gasto realizado pelo conjunto dos países de economia emergente. O padrão brasileiro de gasto público também supera aquele dos países emergentes, bem como os de menor grau de desenvolvimento econômico. (BENÍCIO *et al.*, 2015, p. 27)

Figura 1 – Despesa total do governo geral em porcentagem do PIB, segundo o nível de desenvolvimento econômico, 2012



Fonte: FMI *apud* Benício *et al.* (2015, p. 26).

Tal quadro aproximaria o país à realidade dos gastos relativos realizados nos EUA: 37% do PIB, e seria inferior ao padrão de gastos realizados no Canadá, em Israel e na Alemanha, que realizam o investimento na área em valor equivalente a 40% dos respectivos PIB. No que se refere às

[...] nações emergentes, tanto da América Latina quanto da Ásia, o padrão de gasto público no Brasil é significativamente superior. Dos vizinhos sul-americanos, apenas Colômbia e Costa Rica, com um gasto total em torno de 27% do PIB, aproximam-se do padrão brasileiro. (BENÍCIO *et al.*, 2015, p. 27)

No que se refere à composição do gasto público brasileiro, educação e saúde concentram as maiores parcelas: juntas correspondem a 31% de toda a despesa pública no ano de 2014 (BENÍCIO *et al.*, 2015, p. 31). Mesmo considerando as carências a que se encontra submetida a análise de gastos em termos relativos do PIB – de fato, 37% do PIB dos EUA equivale a valores muito superiores a 37% do PIB brasileiro, tanto em termos totais como na relação *per capita* –, é possível afirmar que os níveis de gasto público total no Brasil apresentam padrão elevado, na comparação internacional. Esta perspectiva de diagnóstico da situação apontaria para uma necessidade de tomada de decisões relativas ao aperfeiçoamento da forma como o recurso é gerido, onde é alocado e por quais vias se realiza.

Uma outra perspectiva de análise importante para identificar a posição do Estado no que se refere ao financiamento da saúde é aquela que decompõe as despesas totais em saúde em dois universos: o das despesas realizadas pelo Estado, e aquelas efetuadas pela iniciativa privada. Segundo Figueiredo *et al.* (2018), o Brasil é o país que apresenta os mais baixos índices de alocação de recursos públicos na área da saúde, num universo de seis países selecionados – Brasil, França, Itália, Portugal, Espanha e Reino Unido. Em 2000, os recursos públicos equivaleram a 40% dos gastos totais na área da saúde, e em 2014 esta participação foi da ordem de 46% (FIGUEIREDO *et al.*, 2018, p. 40). Nos demais países, a participação foi sempre superior a 75% em 2014.

Figura 2 – Relação entre gasto total em saúde e gasto público em saúde, 2000, 2008-2014

Tabela 1. Gasto público em saúde como porcentagem do gasto total em saúde para países selecionados, 2000, 2008-2014

Países	2000	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Brasil	40,3	43,8	44,4	45,8	45,2	44,3	45,1	46
França	79,4	77,3	77,5	77,5	77	77,2	77,1	78,2
Itália	72,1	76,9	77	77	75,1	75,3	75,6	75,6
Portugal	67,7	67,4	68,7	68,7	66,5	64	65,2	64,8
Espanha	71,6	74	75,7	75,1	73,9	71,7	71,5	70,9
Reino Unido	79,6	81,6	83,2	83,5	83,2	82,9	83,3	83,1

Fonte: Figueiredo *et al.* (2018, p. 41).

O gasto total *per capita* em saúde realizado pelo Estado brasileiro foi da ordem de U\$947, contra valores da ordem de US\$4.959, na França e US\$3.934, no Reino Unido, países que realizaram maiores níveis de investimento (FIGUEIREDO *et al.*, 2018, p. 41). Numa escala de gastos diários por habitante, o setor público brasileiro destina o equivalente a U\$2,60 às ações e serviços de saúde. Tais dados indicam

[...] que o gasto público com saúde do Brasil é baixo, em comparação com países com sistemas similares – isto é, universais e públicos –, que gastam, em média, o correspondente a 8% do PIB. O SUS destinou, em 2014, apenas 3,8%, o que resulta em um gasto per capita bastante baixo. (FIGUEIREDO *et al.*, 2018, p. 42)

Em escala mundial, o Brasil ocuparia a 51ª posição no que se refere ao nível de gasto público na área da saúde, em relação ao PIB, no ano de 2018. Estariam em melhor posição o Uruguai (46ª), o Equador (36ª), a Costa Rica (33ª), o Paraguai (26ª), ou Cuba (12ª), por exemplo (INDEX MUNDI, 2018).⁵

A evolução recente dos gastos público em saúde indica, ademais, uma retração destes valores. Em 2012, os gastos públicos totais com saúde no país equivaleram

⁵ Verifica-se a compatibilização dos dados no relatório *Aspectos fiscais da saúde no Brasil*, da Secretaria do Tesouro Nacional (2018). Nele, apresenta-se uma média de gasto em saúde pública da ordem de 3,8% do PIB, o que coloca o país no 64º lugar na escala mundial (183 países), sendo esse valor próximo à média da América Latina e Caribe (3,6%) e inferior à da OCDE (6,5%). Neste último universo constam países com uma estrutura etária mais envelhecida relativamente ao caso brasileiro (2018, p. 2). Ao avaliar a participação específica do governo federal na execução de políticas de saúde, os valores são ainda menores. A parcela da despesa da União em saúde realizada por meio de aplicação direta é pequena e se concentra principalmente na área de assistência farmacêutica (2018, p. 3).

a 8,8% do PIB.⁶ Em 2014, este percentual recuou para 6,8%. No universo da OCDE, Reino Unido e França foram os países que mais investiram no sistema público de saúde, 16,5% e 15,7%, respectivamente (FIGUEIREDO *et al.*, 2018, p. 42).

A maneira como é feito o financiamento na área da saúde reflete de forma direta na qualidade do atendimento prestado. Em 2011, o Ministério da Saúde criou o Índice de Desempenho do Sistema de Saúde (IDSUS),⁷ que avalia os diferentes níveis de atenção – básica, especializada ambulatorial e hospitalar, e de urgência e emergência. O índice classifica, em escala de 0 a 10, municípios, regiões, estados e o país, com base em informações relativas à qualidade do acesso ao sistema, à oferta de ações e serviços de saúde, e à efetividade do sistema com vistas ao alcance dos resultados esperados.

Entre 2008 e 2010, o índice apontou que 93,8% dos municípios tiveram nota abaixo da média, estabelecida em 7,0. Do total dos municípios brasileiros, 132 (2,4%) tiveram notas entre 0 e 3,9; outros 1.028 (18,3%) se enquadraram na faixa entre 4,0 e 4,9; um terceiro grupo, constituído por 2.616 (47%) teve notas entre 5,0 e 5,9; outros 1.450 (26,1%) ficaram entre 6,0 e 6,9; e, finalmente, 341 (6,1%) obtiveram notas que variaram de 7,0 a 7,9. Apenas seis municípios ficaram com nota acima de 8,0.

Tabela 1 – Distribuição dos municípios segundo o nível de qualidade da prestação dos serviços de saúde pública (nota IDSUS, 2008 – 2010)

Notas médias	Número de municípios	Porcentagem
0 a 3,9	132	2,4%
4,0 a 4,9	1.028	18,3%
5,0 a 5,9	2.616	47%
6,0 a 6,9	1.450	26,1%
7,0 a 7,9	341	6,1%
Acima de 8	6	–
Total	5.173	

Fonte: Benício *et al.* (2015, p. 39).

⁶ De acordo Melo (2017, p. 107), verifica-se que “a participação do gasto público no total do gasto com saúde no Brasil, em 2014, segundo GHO (2017), foi de 46%, enquanto na privada, essa participação foi de 54%. A média da participação do gasto privado no total do gasto com saúde nos países europeus, segundo a OCDE (2017), foi de 27% em 2011”. Tais dados demonstrariam uma distorção decorrente da complexidade das relações público-privadas, reflexo de uma sociedade heterogênea e desigual. “Argentina, Uruguai e Colômbia, países latino-americanos cujos sistemas não são universais como o do Brasil, tiveram, em 2014, a participação do gasto privado com saúde no total do gasto com saúde de 45%, 29% e 25%, respectivamente. Nos Estados Unidos, único país desenvolvido cujo sistema não é universal e que conta com o maior gasto de saúde do mundo, a participação privada no gasto total foi de 51%, em 2014” (MELO, 2017, p. 107).

⁷ Índice de Desempenho do SUS (IDSUS) (Disponível em: <http://idsus.saude.gov.br/index.html>. Acesso em: mar./abr. 2019).

Entre março e abril de 2019, o estudo propôs averiguar o desempenho nas três esferas de governo, assegurando, deste modo, apresentar um panorama mais amplo da eficiência no contexto federativo. Todos os estados e DF foram avaliados com nota abaixo de 7,0, conforme disposto na tabela a seguir.

Tabela 2 – Distribuição dos estados e DF segundo o nível de qualidade da prestação dos serviços de saúde pública (nota IDSUS, 2008 – 2010)

Notas	Número de Estados e DF	Porcentagem
0 a 3,9	–	–
4,0 a 4,9	3	11,11%
5,0 a 5,9	22	81,48%
6,0 a 6,9	2	7,41%
7,0 a 7,9	–	–
Acima de 8	–	–
Total	27	100%

Fonte: IDSUS. *Mapa dos Resultados*. 2019 (Disponível em: <http://idsus.saude.gov.br/>).

No mesmo levantamento, a União foi avaliada com nota 5,46, o que demonstra que o problema da baixa qualidade dos serviços se observa em todos os níveis federativos.

3 Análise do financiamento da saúde a partir dos dados orçamentários e indicadores de saúde dos municípios da região da Costa do Descobrimento

3.1 Perfil dos municípios da Costa do Descobrimento

“Território de Identidade” é expressão adotada no Decreto nº 12.354/2010, art. 1º, §1º, do Estado da Bahia, para designar um agrupamento de municípios reunidos a partir de critérios sociais, culturais, econômicos e geográficos, e reconhecido pela própria população como o espaço historicamente construído, ao qual esta pertence, com o intuito de promover uma maior coesão administrativa, política, social e territorial. A sistemática de distribuição do territórios nestes moldes é coordenada pela Secretaria do Planejamento (Seplan) do Estado da Bahia, com a finalidade de elaborar estratégias de desenvolvimento territorial sustentável, visando a) à integração e compatibilização de políticas públicas com base no planejamento territorial; b) à ampliação dos mecanismos de participação social na gestão das

políticas públicas de interesse do desenvolvimento dos territórios; e c) à valorização das diversidades social, cultural, econômica e geográfica das populações (Decreto estadual nº 12.354/2010, art. 2º, I a III).

No mesmo decreto, encontra-se estabelecida a instituição do Conselho Estadual de Desenvolvimento Territorial (Cedeter), colegiado que tem caráter consultivo e finalidade de subsidiar a elaboração de propostas de políticas públicas e estratégias integrantes do Programa Territórios de Identidade. Trata-se de instância política de representação dos territórios, tendo sido reconhecida pela Secretaria da Agricultura Familiar do Ministério do Desenvolvimento Agrário (SDT/MDA).

Há um caráter fundamentalmente democrático na concepção do Conselho. Segundo o seu regimento, é composto de, no mínimo, 50% de representantes da sociedade civil, e de, no máximo, 50% de representantes do poder público (Decreto estadual nº 12.35/2010, art. 6º).

Essa Coordenação articula as perspectivas no contexto baiano, haja vista que sua Assembleia Geral é composta por quatro membros de cada território de identidade com vistas a dialogar, debater, propor mudanças, estimular e fortalecer as ações de cunho territorial. (FLORES, 2014, p. 50)

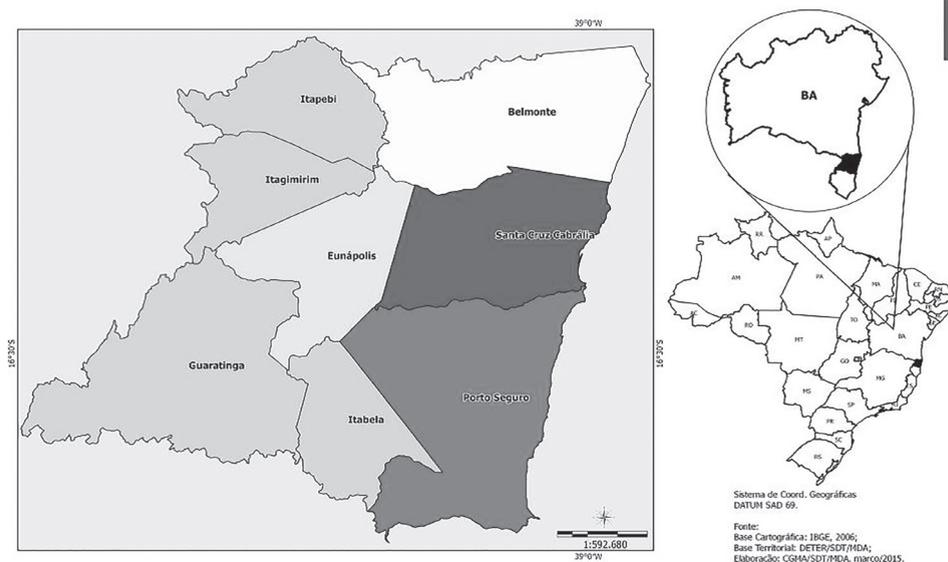
Neste sentido, a criação dos territórios de identidade alinha-se com o pensamento de Milton Santos (2012, p. 226-227), na medida em que estimula um maior envolvimento do cidadão com a tomada de decisões públicas, com vistas ao atendimento das necessidades sociais, sempre dentro de um contexto territorial. Assim, para fins de viabilização do atendimento às demandas da população, convém proceder a

[...] uma instrumentação do território capaz de atribuir a todos os habitantes aqueles bens e serviços indispensáveis, não importa onde esteja a pessoa; e de outro lado, uma adequada gestão do território, pela qual a distribuição geral dos bens e serviços seja assegurada. (SANTOS, 2012, p. 18)

Numa perspectiva jurídica, os territórios de identidade encontram-se inseridos no contexto das disposições constitucionais que cuidam da descentralização das decisões referentes às políticas públicas e sua respectiva gestão, a partir da criação de espaços democráticos de exercício da cidadania (SANTOS, 2012, p. 19). Voltam-se ao atendimento das particularidades locais, como se dá, por exemplo, no âmbito do SUS.

A região da Costa do Descobrimento é composta por 8 (oito), municípios: Belmonte, Eunápolis, Guaratinga, Itabela, Itagimirim, Itapebi, Porto Seguro e Santa Cruz de Cabrália. Encontra-se localizada no Sul do Estado da Bahia, limitando-se ao Norte com o Território Litoral Sul, ao Oeste com o Estado de Minas Gerais, ao Sul com o Território Extremo Sul e ao Leste com o Oceano Atlântico.

Figura 3 – Mapa com a localização da região da Costa do Descobrimento da Bahia, e respectivos municípios



Fonte: Brasil (2015, p. 1).

De acordo com a Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais (SEI) do Estado da Bahia, a área da região estende-se por 12.109,40 km², o que corresponde a 2,1% da área do estado, sendo um território rico em biodiversidade e belezas naturais (SEI, 2016, p. 3). Nela se desenvolve uma economia com base

[...] na agropecuária extensiva de bovinos, na exploração florestal, no cultivo de eucalipto, na indústria do papel e da celulose, na pesca, no turismo, no cultivo de cacau cabroçado,⁸ de cana de açúcar, café e de frutas como mamão, maracujá e abacaxi entre outras. (SEI, 2016, p. 3)

⁸ “Cabruca” é o termo que designa um modelo de produção de cacau, caracterizado pela utilização de técnicas rudimentares, em bases artesanais e forma alinhada com a manutenção da biodiversidade.

Tem população estimada em cerca de 380 mil habitantes e densidade demográfica de 31,26 habitantes/km² (IBGE, 2010; SEI, 2016). Entre 2000 e 2010, a população total passou de 292.683 para 343.347, um crescimento de 17,31% (IBGE, 2013), sendo que na área rural o acréscimo foi de apenas 4,94%.

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da região foi de 0,617 (IBGE 2010; SEI, 2016) e a maior parcela da população, cerca de 70%, vive em área urbana (IBGE, 2010). Com um PIB total da ordem de R\$5 bilhões, a maior participação é do setor serviços (51,13%), seguido pela Administração Pública (22,44%), indústria (17,62%) e agropecuária (8,81%) (IBGE, 2013).

No período de 2000 a 2010, houve um crescimento do IDH nos municípios componentes da região (Figura 4). No levantamento realizado em 2000, verificou-se que 7 das 8 unidades municipais encontravam-se com índices entre 0,000 e 0,499, considerados de muito baixo desenvolvimento. No levantamento realizado em 2010 verificou-se que 4 municípios passaram a apresentar índices considerados de baixo crescimento (0,500 a 0,599), e outros 4 se enquadravam na faixa do médio desenvolvimento (0,600 a 0,699).

Figura 4 – IDHM e Índice de Gini dos municípios da Costa do Descobrimento

Município	IDHM		Índice de Gini	
	2000	2010	2000	2010
Belmonte	0.441	0.598	0.59	0.50
Eunápolis	0.540	0.677	0.63	0.57
Guaratinga	0.356	0.558	0.53	0.53
Itabela	0.445	0.599	0.54	0.55
Itagimirim	0.493	0.634	0.57	0.52
Itapebi	0.394	0.572	0.52	0.48
Porto Seguro	0.495	0.676	0.62	0.56
Santa Cruz Cabralia	0.486	0.654	0.63	0.58
Total	-	-	-	-

Fonte: IBGE, Censo Demográfico (2000); IBGE, Censo Demográfico (2010).

Este movimento coloca o território em sintonia com a ascendência do IDH em toda a Região Nordeste do país, observada desde 1991 até 2010, inclusive em termos comparativos com as regiões do Sudeste, Sul e Centro-Oeste (PNUD; IPEA; FJP, 2013, p. 43).⁹ Os dados refletem uma melhora das condições socioeconômicas e de investimento em políticas públicas de desenvolvimento e em programas sociais, com ressonância positiva nas condições de saúde, crescimento de renda e educação.

⁹ O Estudo IDH, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apontou que em 1991 mais de 85% dos municípios encontravam-se na faixa de Muito Baixo Desenvolvimento Humano. Em 2000, pouco mais de 70% encontravam-se nas faixas de Baixo e Muito Baixo Desenvolvimento Humano. Já em 2010, apenas 25% dos municípios encontravam-se nessas faixas, e mais de 70% já figuravam nas faixas de Médio e Alto Desenvolvimento Humano (PNUD; IPEA; FJP, 2013, p. 43).

A Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia (SEI/Bahia) realiza análises a partir do chamado Índice de Performance Econômica (IPE), que tem como função “[...] nortear o bom emprego de recursos públicos, atentando para as prioridades a serem atendidas no recorrente comprometimento de mitigar as disparidades econômicas e sociais historicamente presentes no Estado da Bahia” (BAHIA, 2014, p. 12).

É constituído por 4 indicadores: infraestrutura municipal (INF), produto municipal (IPM), corrente de comércio exterior (ICE) e independência fiscal (IIF). Este último, sobre o qual pesa especial interesse no presente estudo, objetiva mensurar

a relação entre a receita própria (isto é, aquela advinda dos tributos de competência municipal) e a receita orçamentária total do município, mostrando a capacidade de autonomia fiscal (para atendimento das necessidades básicas de suas populações locais). (BAHIA, 2014, p. 13)

Em 2010, dos 417 municípios do estado, 287 apresentaram IPE inferior a 5.000, e 130 municípios apresentaram índices acima deste valor. Isto significa que 68,8% dos municípios tiveram IPE abaixo da média calculada pela Superintendência estadual (BAHIA, 2014, p. 17-18).

Com relação aos municípios da região da Costa do Descobrimento, no ano de 2010, verificou-se que, dos 8 entes, apenas 5 encontravam-se acima de 5.000, e três apresentavam índices inferiores (Tabela 3). Portanto a maioria dos municípios da região (75%) tem IPE acima da média (BAHIA, 2014, p. 69-79). Destes, 3 municípios destacaram-se em termos de IIF e IPE: Eunápolis, com IIF 16 e IPE 3, Porto Seguro, com IIF 14 e IPE 19, e Belmonte, com IIF 19 e IPE 40.

Tabela 3 – IPE e IIF dos municípios da região Costa do Descobrimento – 2010

Município	IIF	Colocação geral	IPE	Colocação geral
Eunápolis	5233,16	16	5125,5	3
Porto Seguro	5245,27	14	5092,16	19
Belmonte	5213,14	19	5047,68	40
Itagimirim	5036,43	95	5026,60	67
Santa Cruz Cabrália	5079,03	62	5019,30	82
Itapebi	5029,93	105	4992,36	161
Guaratinga	4999,65	150	4985,21	204
Itabela	4843,33	415	4964,35	345

Fonte: Elaboração própria com base em Bahia (2014, p. 69-79).

A região da Costa do Descobrimento é a que se encontra com os melhores índices no Estado da Bahia, ao lado das regiões do Extremo Sul e Metropolitana de Salvador, o que se explica pela presença de indústria de papel e celulose naquela região, pelo turismo, bem como pela localização geográfica litorânea, com sua respectiva estrutura logística, a favorecer a circulação de pessoas e bens (BAHIA, 2014, p. 18).

Quanto ao IIF, entre os 20 municípios mais bem avaliados em 2010 em todo o estado, 3 deles localizam-se na Costa do Descobrimento (Porto Seguro, Eunápolis e Belmonte); enquanto entre os 20 piores avaliados consta o Município de Itabela (BAHIA, 2014, p. 69-79). No que se refere ao IPE, entre os 20 municípios com maiores índices, constam apenas Eunápolis e Porto Seguro.

3.2 Financiamento público da saúde nos municípios da Costa do Descobrimento

A LC nº 141/2012, que regulamenta os valores mínimos a serem aplicados em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS), define tais ações e serviços como aqueles voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e às seguintes diretrizes (LC nº 141/2012, art. 2º):

- a) sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;
- b) estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos planos de saúde de cada ente da Federação; e
- c) sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

A estrutura do financiamento das ASPS tem o objetivo de viabilizar uma “progressiva redução das disparidades regionais” (CF/88, art. 198, II, §3º), de forma alinhada com os objetivos fundamentais da República, de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF/88, art. 3º). Com vistas a atingir tais objetivos, as ASPS integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (CF/1988, art. 198), no qual o rateio de recursos deve observar as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de sua oferta (LC nº 141/2012, art. 17).

Além disso, as despesas com ASPS deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos fundos de saúde de cada um dos entes federativos (LC nº 141/2012, art. 2º, parágrafo único).

Para o que interessa ao presente estudo, importam destacar os seguintes princípios que regem o SUS: i) universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; ii) igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; iii) utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; iv) participação da comunidade; v) descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; e vi) conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população.

Os recursos financeiros a serem destinados às despesas em ASPS, assim como os respectivos critérios de cálculo, encontram-se previstos, conforme exposto em 2.2, na CF/1988, art. 198, §2º, no ADCT, art. 110 (incluído pela EC nº 95/2016, Emenda do Teto) e regulados na LC nº 141/2012, arts. 5º a 11.

Com base em tais dispositivos, cada ente federativo encontra-se obrigado a aplicar um valor mínimo na área. A União deverá aplicar, no mínimo, o valor equivalente a 15% da Receita Corrente Líquida (RCL) do ano de 2017, corrigido pelo IPCA/IBGE. Estados e DF deverão aplicar 12% da RCL de impostos e transferências estaduais; e municípios e DF, 15% da RCL de impostos e transferências municipais. Caso o DF não tenha condição de segregar a receita de impostos em estaduais e municipais, deverá aplicar o mínimo de 12% da RCL respectiva (LC nº 141/2012, art. 8º).

À luz de tais regras, cabe realizar a análise do financiamento das ASPS no Território da Costa do Descobrimento, o que aqui será feito com base nos dados relativos aos anos 2009, 2013, 2015, 2017 e 2018 disponíveis nas LOA respectivas, nos portais de transparência, e nos relatórios do Tribunal de Conta Municipal do Estado da Bahia (TCM/BA). Ademais, ressalta-se que tal análise considerou, de forma cumulativa, 4 (quarto) critérios no certame, sendo eles: (i) a aplicação do mínimo constitucional no financiamento em ações e serviços de saúde (ASPS); (ii) a progressividade e/ou a não progressividade deste percentual municipal; (iii) da análise dos resultados (i) e (ii), buscam-se identificar os efeitos consequenciais no financiamento à saúde por meio dos indicadores regionais e municipais de saúde (E-gestor, entre outros); e (iv) a análise de outras despesas constitucionais (educação) e legais (despesas com pessoal) das municipalidades ante o financiamento à saúde.

Da análise das receitas municipais correntes, relativas ao período indicado, é possível constatar níveis de dependência às transferências oriundas dos demais

entes federativos, em especial das transferências federais. Conforme exposto na Tabela 4, a tendência é a de que, quanto menor o município, maior o grau de dependência às transferências federais, o que é uma constante em toda a realidade nacional. O caso de Guaratinga ilustra a situação: no ano de 2018, por exemplo, para uma receita total da ordem de R\$73.033.213,26, apenas R\$45.932.289,89 (aproximadamente 62,75%) foram oriundos de receitas próprias, e R\$20.986.075,63 (aproximadamente 28,74%) foram oriundos de transferências federais.

Tabela 4 – Receita dos municípios da Costa do Descobrimento/BA 2009, 2013, 2015, 2017, 2018, em função da sua fonte

Receita realizada	Município							
	Belmonte	Eunápolis	Guaratinga	Itabela	Itagimirim	Itapebi	Porto seguro	Santa Cruz Cabralia
Impostos (I) – Receitas próprias								
2009	23.308.000,00	122.826.243,97	23.224.521,04	32.763.882,70	11.532.054,00	21.309.135,07	124.330.292,49	32.923.221,06
2013	43.884.263,69	186.732.489,12	36.849.253,22	53.346.246,75	18.190.310,89	31.854.335,99	238.407.134,36	54.081.865,58
2015	54.664.547,48	227.146.308,70	44.112.595,34	65.079.493,42	20.421.779,03	31.542.478,53	321.269.427,44	58.360.045,19
2017	53.616.057,72	234.865.376,89	43.462.522,54	93.146.476,18	21.788.625,27	38.426.906,01	345.375.680,77	65.582.242,26
2018	59.684.806,04	263.494.054,90	45.932.289,89	74.014.777,73	22.714.925,21	35.603.819,89	380.923.334,14	69.431.036,50
Transferências da União (II)								
2009	9.955.000,00	45.903.711,47	12.420.997,75	16.515.921,62	6.127.167,27	8.792.455,58	46.643.673,94	16.157.521,96
2013	19.252.326,15	77.254.769,38	18.454.872,63	25.311.918,38	9.942.816,74	13.160.004,73	79.986.107,10	25.189.360,37
2015	23.928.148,42	83.932.971,29	20.186.074,99	30.927.608,80	10.306.174,13	13.934.287,69	122.779.026,15	25.321.696,11
2017	23.212.345,08	86.857.500,80	19.039.481,28	29.086.998,41	9.858.902,42	13.039.925,06	117.761.658,74	25.274.313,72
2018	25.386.699,57	94.466.766,66	20.986.075,63	33.864.821,63	11.083.454,63	14.790.861,20	127.531.191,68	27.587.422,03
Transferências do Estado (II)								
2009	3.302.000,00	28.294.101,54	2.279.939,25	3.046.095,31	1.495.973,09	6.801.067,05	14.417.318,91	3.235.652,03
2013	7.879.621,98	37.210.160,12	5.298.875,49	8.392.444,39	2.649.196,81	10.710.344,23	26.805.587,43	7.289.994,44
2015	10.173.863,91	46.219.224,44	6.483.911,41	9.640.097,51	3.118.638,13	9.367.028,58	32.813.775,99	6.664.155,35
2017	7.373.994,67	41.584.793,00	7.129.863,75	8.326.492,91	3.277.937,31	8.729.447,58	28.392.073,33	6.299.744,91
2018	8.596.388,99	47.568.530,55	6.114.847,74	9.643.751,46	3.575.594,98	10.577.766,26	32.962.847,43	7.040.485,16
Total (IV = I + II + III)								
2009	36.565.000,00	197.024.056,98	37.925.458,04	52.325.899,63	19.155.194,36	36.902.657,70	185.391.285,34	52.316.395,05
2013	71.016.211,82	301.197.418,62	60.603.001,34	87.050.609,52	30.782.324,44	55.724.684,95	345.198.828,89	86.561.220,39
2015	88.766.559,81	357.298.504,43	70.782.581,74	105.647.199,73	33.846.591,29	54.843.794,80	476.862.229,58	90.345.896,65
2017	84.202.397,47	363.307.670,69	69.631.867,57	130.559.967,50	34.925.465,00	60.196.278,65	491.529.412,84	97.156.300,89
2018	93.667.894,60	405.529.352,11	73.033.213,26	117.523.350,82	37.373.974,82	60.972.447,35	541.417.373,25	104.058.943,69

Fonte: Elaboração própria com base em Portal da Saúde SIOPS/Data-SUS, IBGE e Bacen, 2019 (Disponível em: <https://www4.lcb.gov.br/pec/taxas/port/ptaxnpeq.asp?fframe=1>; <https://www.ibge.gov.br/pt/inicio.html>; http://siops.datasus.gov.br/re_l_perc_LC141.php?S=1&UF=29;&Município=290340;&Ano=2015&Periodo=2&g=0&e=2. Acesso em: 25 fev. 2020).

No caso dos municípios maiores, ainda que a proporção da receita própria no universo das receitas totais seja maior em termos percentuais, os montantes em termos monetários são elevados, o que também termina por indicar a dependência do financiamento. No caso de Porto Seguro, as receitas próprias equivaleram a

70,51% das receitas totais, mas as transferências federais foram da ordem de mais de R\$127 milhões.

Outra observação importante refere-se à variação da receita. Conforme indicado na mesma tabela, no período considerado, a receita total observa uma dinâmica de crescimento em todos os municípios, ainda que este não seja linear de um ano a outro, em termos percentuais. Não obstante, há variações na dinâmica das receitas próprias e de transferências federais, com decréscimos notáveis de valores. O caso de Porto Seguro serve para mais uma vez ilustrar: entre 2017 e 2018, observou-se uma recuperação de transferência federal da ordem de 8,30%, mais de R\$9 milhões, sendo que entre 2015 e 2017 ocorreu uma redução de 4,09%, equivalente a mais de R\$5 milhões.

No tocante às despesas com ASPS, cabe considerar a aplicação do percentual legal de 15% da RCL (LC nº 141/2012), conforme indicado na Tabela 5 a seguir.

Tabela 5 – Despesas em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) – LC nº 141/2012

Ano	Municípios							
	Belmonte	Eunápolis	Guaratinga	Itabela	Itagimirim	Itapebi	Porto seguro	Santa Cruz Cabralia
Despesa mínima a ser aplicada em ASPS (LC nº 141/2012) – 15% da RCL (vid. item IV da Tabela 4)								
2009	2.207.628,57	10.799.559,91	1.765.020,45	2.438.836,19	961.537,87	2.060.718,46	8.663.230,30	2.458.894,83
2013	3.439.459,16	14.474.578,05	2.735.825,25	3.643.818,75	1.518.725,65	3.114.653,30	16.707.477,48	3.968.618,34
2015	4.180.202,66	17.364.685,72	3.274.507,08	4.551.101,00	1.774.389,26	3.038.097,03	24.499.273,53	4.705.552,54
2017	4.773.363,80	19.299.374,32	3.848.895,27	5.465.329,16	2.041.846,21	3.336.274,15	30.809.010,07	5.400.682,55
2018	5.359.233,11	21.425.535,24	4.006.963,80	5.666.564,32	2.143.055,16	4.000.123,66	31.726.247,82	5.547.235,53
Despesas correntes empenhadas até o 6º bimestre								
2009	6.388.016,02	36.809.806,90	4.593.200,54	8.129.060,93	2.560.114,86	3.802.572,51	26.248.362,74	8.370.536,83
2013	9.665.608,49	60.783.588,17	7.585.002,99	11.103.955,02	3.759.138,74	6.128.063,42	50.598.738,52	11.755.678,34
2015	10.564.777,58	66.259.202,15	8.738.839,08	13.771.184,50	4.546.370,99	5.930.696,60	65.674.300,51	11.429.481,68
2017	10.829.677,85	72.989.118,50	9.639.137,96	17.901.209,29	4.247.672,07	7.210.037,35	73.470.577,61	13.678.539,22
2018	5.809.348,01	32.815.943,80	5.576.307,77	6.850.649,22	2.278.668,21	4.232.021,65	36.336.354,01	6.193.783,01
Porcentagem de recursos próprios aplicados em ASPS								
2009	27,83	16,62	16,95	16,47	21,5	17,7	17,5	15
2013	20,03	24,11	15,6	17,63	17,66	17,68	17,56	15,48
2015	23,36%	20,55%	18,31%	17,69%	16,70%	17,43%	17,90%	16,20%
2017	18,76%	22,61%	17,70%	18,06%	17,35%	19,42%	16,61%	15,87%
2018	16,25%	22,96%	20,80%	18,13%	15,94%	15,86%	17,12%	16,52%

Fonte: Elaboração própria com base em Portal da Saúde SIOPS/Data-SUS, IBGE e Bacen, 2019 (Disponível em: <https://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/port/ptaxnpeq.asp?frame=1>; <https://www.ibge.gov.br/pt/inicio.html>; http://siops.datasus.gov.br/re_l_perc_LC141.php?S=1&UF=29;&Municipio=290340;&Ano=2015&Periodo=2&g=0&e=2. Acesso em: 25 fev. 2020).

Em todos os casos, observa-se o cumprimento do percentual mínimo estabelecido pela lei. O menor percentual foi aplicado pelo Município de Itapebi, no ano de 2018 (15,86%), e o maior foi o de Belmonte, em 2015 (23,36%). Nestas

mesmas cidades, notam-se as maiores variações na dinâmica das despesas. No caso de Belmonte, houve um decréscimo de 7,11% entre 2015 e 2018, enquanto no caso de Itapebi a diminuição foi de 3,56%, de 2017 para 2018.

Com vistas aos dados apresentados, surgem duas ordens de críticas importantes a se fazer, no que se refere ao critério legal da RCL, enquanto parâmetro para definição dos valores mínimos. Em primeiro lugar, o percentual estabelecido, que no caso dos municípios é da ordem de 15%, resulta em valores que estão muito aquém daqueles necessários ao financiamento das necessidades, mesmo elementares, na área da saúde.

De fato, quando se consideram os valores *per capita* efetivamente realizados, percebe-se que perfazem um montante que se encontra aquém daqueles praticados em outros países, ou recomendados por organismos internacionais especializados, bem como muito inferior à média de outros países. A Tabela 5 dispõe números relativos às despesas *per capita* em ASPS, nos distintos períodos considerados, em cada um dos municípios da região, tanto em reais como em dólar.

Tabela 6 – Despesas *per capita* realizadas em ASPS

Ano	Municípios							
	Belmonte	Eunápolis	Guaratinga	Itabela	Itagimirim	Itapebi	Porto seguro	Santa Cruz Cabralia
Despesa total com ações e serviços públicos de saúde								
2009	6.388.016,02	36.809.806,90	4.593.200,54	8.129.060,93	2.560.114,86	3.802.572,51	26.248.362,74	8.370.536,83
2013	9.665.608,49	60.783.588,17	7.585.002,99	11.103.955,02	3.759.138,74	6.128.063,42	50.598.738,52	11.755.678,34
2015	10.564.777,58	66.259.202,15	8.738.839,08	13.771.184,50	4.546.370,99	5.930.696,60	65.674.300,51	11.429.481,68
2017	10.829.677,85	72.989.118,50	9.639.137,96	17.901.209,29	4.247.672,07	7.210.037,35	73.470.577,61	13.678.539,22
2018	5.809.348,01	32.815.943,80	5.576.307,77	6.850.649,22	2.278.668,21	4.232.021,65	36.336.354,01	6.193.783,01
Número de habitantes								
2009	23.328	113.380	20.843	30.584	6.869	10.259	148.686	27.778
2013	23.471	110.803	22.583	30.636	7.420	10.942	141.006	27.854
2015	23.759	113.191	22.355	31.055	7.351	10.882	145.431	28.226
2017	24.013	115.290	22.154	31.422	7.291	10.830	149.324	28.552
2018	17.317	112.318	20.991	30.413	6.914	10.306	146.625	27.626
Despesas <i>per capita</i> (reais)								
2009	R\$273,83	R\$324,66	R\$220,37	R\$265,79	R\$372,71	R\$370,66	R\$176,54	R\$301,34
2013	R\$411,81	R\$548,57	R\$335,87	R\$362,45	R\$506,62	R\$560,05	R\$358,84	R\$422,05
2015	R\$444,66	R\$585,38	R\$390,91	R\$443,45	R\$545,47	R\$545,00	R\$451,58	R\$404,93
2017	R\$450,99	R\$633,09	R\$435,10	R\$569,70	R\$582,59	R\$665,75	R\$492,02	R\$479,07
2018	R\$335,47	R\$292,17	R\$265,65	R\$225,25	R\$329,57	R\$410,64	R\$247,82	R\$224,20
Despesa <i>per capita</i> (dólar)								
2009	\$157,27	\$186,46	\$126,56	\$152,65	\$214,05	\$212,87	\$101,39	\$173,06
2013	\$175,99	\$234,43	\$143,54	\$154,89	\$216,51	\$239,34	\$153,35	\$180,36
2015	\$114,02	\$150,10	\$100,23	\$113,70	\$158,58	\$139,74	\$115,79	\$103,83
2017	\$136,25	\$191,27	\$131,45	\$172,12	\$176,01	\$201,13	\$148,65	\$144,74
2018	\$86,68	\$75,50	\$68,64	\$58,21	\$85,16	\$106,11	\$64,04	\$57,93

Fonte: Elaboração própria com base em Portal da Saúde SIOPS/Data-SUS, IBGE e Bacen, 2019 (Disponível em: <https://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/port/ptaxnpesq.asp?frame=1>; <https://www.ibge.gov.br/pt/inicio.html>; http://siops.datasus.gov.br/rei_perc_LC141.php?S=1&UF=29;&Municipio=290340;&Ano=2015&Periodo=2&g=0&e=2. Acesso em: 25 fev. 2020).

Considerando o ano de 2018, verifica-se uma variação de valores que vai de U\$57,93 por pessoa, no caso de Santa Cruz Cabrália, a U\$106,11 por pessoa, no caso de Itapebi. Tomando como parâmetro os valores de despesa *per capita* indicados pela Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), para o mesmo ano, os municípios da região da Costa do Descobrimento teriam realizado despesas na área da saúde que os colocaria numa linha intermediária entre os níveis médios de despesas realizadas em países de alta renda (U\$270 por pessoa) e países de baixa renda (U\$60 por pessoa), ainda que mais próximos do nível destes últimos.

Assim, embora os valores despendidos pelos municípios em ASPS sejam elevados em termos de porcentagem de RCL, ainda assim estão longe de alcançar os níveis necessários à efetivação do direito fundamental à saúde. Isto se dá porque a receita dos entes municipais é muito baixa, o que aponta para a necessidade de uma reformulação do pacto federativo, no sentido de uma maior participação das municipalidades no tocante ao modelo de financiamento em vigor.

A segunda crítica a ser realizada ao critério legal estabelecido refere-se à sua lógica interna, à vista da dinâmica da arrecadação. Ao atrelar o limite mínimo de despesa em ASPS ao critério da RCL, o legislador submete o financiamento da saúde às variações de arrecadação. O problema é que a dinâmica das relações econômicas se condiciona a variáveis que se encontram para além de decisões políticas em matéria de arrecadação. Neste sentido, o critério da RCL termina por submeter o financiamento da saúde à volatilidade da economia. Não obstante, as demandas na área da saúde não atendem a esta lógica, e se há alguma relação entre crise econômica, e, portanto, também arrecadatória, e demandas de saúde, é de se imaginar que essa relação seja diretamente proporcional. De fato, quanto mais aguda e longa uma crise econômica, maiores tendem a ser as demandas sociais, especialmente aquelas atreladas à saúde, previdência e assistência social, devido especialmente aos níveis de desemprego e exclusão social.

A questão aponta para a necessidade de relativizar o critério da RCL, de forma que diminuições acentuadas de receita não venham a provocar a inviabilidade do funcionamento do sistema de saúde. Uma possibilidade neste sentido vem a ser o estabelecimento de valores mínimos em termos monetários, por número de habitantes, corrigidos a cada ano, e que devem ser observados de forma conjunta com o critério em vigor. Entre um e outro valor, há de ser aplicado sempre o maior deles. De forma alternativa, pode-se também considerar que o valor mínimo *per capita* nunca seja inferior àquele realizado no ano anterior.

Trata-se, neste sentido, de ampliar e aperfeiçoar critérios já previstos na legislação da área. A Lei nº 8.080/90, art. 35, determina que os valores a serem transferidos às ASPS devem ser estabelecidos em conformidade com o “perfil demográfico da região” e o “perfil epidemiológico da população a ser coberta”.

É em cenários de crise que se deve ter maior clareza com relação às prioridades do Estado brasileiro, e neste sentido as políticas sociais alinhadas com a efetividade da dignidade humana, a atenção à saúde aí incluída, devem ocupar lugar de destaque. Ao contrário do modelo de prioridades hoje existente, o sistema de financiamento público deve ser repensado, de forma a priorizar este tipo de despesa, e redimensionar a prioridade dada aos gastos de natureza financeira.

O estabelecimento de um critério de gastos mínimos em termos monetários tende a também corrigir o problema atualmente existente nos entes políticos, que tratam de aplicar somente o mínimo legal, não o ultrapassando. Na perspectiva do gestor público, a aplicação do mínimo legal é suficiente para não o submeter a regime de responsabilidade, não o estimulando à realização de despesas em ASPS em valores superiores àqueles fixados na legislação.

A Tabela 7, a seguir, possibilita uma visão mais ampla do problema. Nela é possível verificar que um aumento de receita corrente líquida não é acompanhado por um aumento da despesa em ASPS, na mesma proporção.

Tabela 7 – Relação entre RCL total e despesa em ASPS efetivadas pelos municípios da Costa do Descobrimento

Ano	Município							
	Belmonte	Eunápolis	Guaratinga	Itabela	Itagimirim	Itapebi	Porto seguro	Santa Cruz Cabralia
Receita total (Tabela 2, item IV)								
2009	36.565.000,00	197.024.056,98	37.925.458,04	52.325.899,63	19.155.194,36	36.902.657,70	185.391.285,34	52.316.395,05
2013	71.016.211,82	301.197.418,62	60.603.001,34	87.050.609,52	30.782.324,44	55.724.684,95	345.198.828,89	86.561.220,39
2015	88.766.559,81	357.298.504,43	70.782.581,74	105.647.199,73	33.846.591,29	54.843.794,80	476.862.229,58	90.345.896,65
2017	84.202.397,47	363.307.670,69	69.631.867,57	130.559.967,50	34.925.465,00	60.196.278,65	491.529.412,84	97.156.300,89
2018	93.667.894,60	405.529.352,11	73.033.213,26	117.523.350,82	37.373.974,82	60.972.447,35	541.417.373,25	104.058.943,69
Despesa por fonte de recursos – empenhada até o 6º bimestre (Tabela 5, item I)								
2009	6.388.016,02	36.809.806,90	4.593.200,54	8.129.060,93	2.560.114,86	3.802.572,51	26.248.362,74	8.370.536,83
2013	9.665.608,49	60.783.588,17	7.585.002,99	11.103.955,02	3.759.138,74	6.128.063,42	50.598.738,52	11.756.678,34
2015	10.564.777,58	66.259.202,15	8.738.839,08	13.771.184,50	4.546.370,99	5.930.696,60	65.674.300,51	11.429.481,68
2017	10.829.677,85	72.989.118,50	9.639.137,96	17.901.209,29	4.247.672,07	7.210.037,35	73.470.577,61	13.678.539,22
2018	5.809.348,01	32.815.943,80	5.576.307,77	6.850.649,22	2.278.668,21	4.232.021,65	36.336.354,01	6.193.783,01

Fonte: Elaboração própria com base em Portal da Saúde SIOPS/Data-SUS, 2019 (Disponível em: http://siops.datasus.gov.br/re_l_perc_LC141.php?S=1&UF=29;&Município=290340;&Ano=2015&Periodo=2&g=0&e=2. Acesso em: 25 fev. 2020).

Considere-se o caso do Município de Itapebi. O aumento de RCL total entre 2015 e 2017 foi da ordem de 21,83%. Já o aumento da despesa em ASPS foi da ordem de 0,77%. O fato de este município não aumentar a despesa em ASPS na mesma proporção de aumento da receita não o submete a nenhum tipo de regime jurídico sancionador. Perceba-se que mesmo no tocante ao valor total despendido, houve um aumento: de R\$54.843.794,80, em 2015, para R\$60.972.447,35, em

2018. Isto significa que o percentual legal de 15% da RCL termina sendo visto como objetivo a ser alcançado, e não como valor mínimo a ser destinado à saúde, desnaturando a sua razão de ser.

No tocante à relação com outras despesas, também caracterizadas com caráter obrigatório constitucional e legal, como é o caso da área de educação (art. 212 da CF/1988), observaram-se parâmetros semelhantes de investimento, conforme visto em saúde, na relação entre a RCL e gastos com educação na manutenção e no desenvolvimento de ensino (MDE) – conforme verificado na Tabela 8.

Tabela 8 – Relação entre RCL total e gastos em MDE efetivadas pelos municípios da Costa do Descobrimento

Ano	Município							
	Belmonte	Eunápolis	Guaratinga	Itabela	Itagimirim	Itapebi	Porto seguro	Santa Cruz Cabralia
Receita Corrente Líquida (RCL)								
2009	15.348.575,05	113.443.394,13	21.042.758,58	29.484.299,96	10.375.063,97	18.518.875,78	117.898.832,10	30.540.249,08
2013	38.173.606,91	164.191.602,08	32.994.684,74	48.505.573,57	16.359.087,72	26.624.549,66	225.567.816,74	48.170.598,74
2015	50.772.581,58	210.569.864,65	*	56.742.698,35	**	28.285.581,39	299.946.139,68	57.750.491,72
2017	53.616.057,72	234.865.376,89	43.462.522,54	90.739.777,24	21.788.625,27	38.426.394,13	345.375.680,77	66.300.697,28
2018	59.684.806,04	263.494.054,90	46.485.622,73	71.335.094,71	22.721.612,92	35.603.819,89	380.975.447,94	69.431.036,50
Despesa mínima aplicada na MDE de 25% – art. 212 Constituição Federal								
2009	7.218.044,25	30.801.552,61	7.340.927,21	10.131.873,28	3.528.480,18	4.881.654,46	45.544.400,07	10.706.135,04
2013	15.937.155,71	54.384.411,66	14.642.067,76	802.751,64	4.889.330,72	5.418.451,83	88.454.254,10	19.129.055,78
2015	18.240.976,46	71.654.972,51	*	21.605.623,90	5.794.858,67	7.559.890,97	117.568.601,85	22.220.236,38
2017	20.514.275,31	84.733.469,39	17.930.601,20	25.499.847,79	7.351.836,60	9.187.695,90	135.842.068,82	27.578.234,00
2018	22.835.456,09	94.514.310,23	19.312.960,01	25.125.588,27	7.669.199,02	10.784.736,08	143.969.840,37	29.882.136,63
% de recursos aplicados na MDE								
2009	23	25,01	24,65	25,15	27,81	25,09	25,9	25,36
2013	26,62	26,15	27,31	1,12	23,74	16,76	25,55	25,2
2015	25,35	25,3	*	24,37	24,02	22,22	26,81	24,84
2017	25,26	27,91	27,61	26,44	24,78	25,84	27,31	25,45
2018	25,53	27,12	27,64	25,19	25,83	27,88	26,31	25,93

Fonte: Elaboração própria com base em Tribunal de Contas do Municípios (TCM), 2022 (Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/consulta/legislacao/decisoes/contas-anuais/>. Acesso em: 7 maio 2022).

* Dados indisponíveis face a decisão judicial.

** Dados orçamentários acerca da Receita Corrente Líquida (RCL) de 2015, do Município de Itagimirim, não constam discriminados no relatório do Tribunal de Contas dos Municípios (TCM).

Considerando o caso do Município de Itagimirim, o aumento de RCL total entre 2015 e 2017 foi da ordem de 26,86%. Já o aumento de recursos aplicados em MDE foi da ordem de 3,16% observando, no presente caso, o descumprimento da aplicação de 25% da receita resultante de impostos, proveniente de transferências constitucionais, ao passo que, em 2017, o percentual aplicado foi de 24,78%. Observou-se, também, o caso do Município de Porto Seguro, que manteve o cumprimento percentual constitucional de gastos em MDE. O aumento

RCL entre 2015-2017 do município foi aproximadamente de R\$117 milhões para R\$135 milhões, correspondente a 15,54%. No entanto, ao observamos os recursos aplicados em MDE, no mesmo período compreendido, o crescimento percentual foi de 1,86%, sendo comparativamente inferior ao aplicado entre 2013-2015 (4,93%).

Na análise das despesas com pessoal, por fulcro do art. 19, II c/c art. 20, III, alínea “b”, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que fixa em 60% (nos gastos totais com pessoal) e 54% (na repartição de gastos globais do Poder Executivo) para fins de limitação e responsabilidade dos gestores municipais e, bem como, das demais esferas federativas; identifica-se, na maioria das municipalidades, o descumprimento da LRF – conforme apontado na Tabela 9.

Tabela 9 – Relação entre RCL total e gastos em despesas com pessoal efetivadas pelos municípios da Costa do Descobrimento

Ano	Município							
	Belmonte	Eunápolis	Guaratinga	Itabela	Itagimirim	Itapebi	Porto seguro	Santa Cruz Cabralia
Receita Corrente Líquida (RCL)								
2009	15.348.575,05	113.443.394,13	21.042.758,58	29.484.299,96	10.375.063,97	18.518.875,78	117.898.832,10	30.540.249,08
2013	38.173.606,91	164.191.602,08	32.994.684,74	48.505.573,57	16.359.087,72	26.624.549,66	225.567.816,74	48.170.598,74
2015	50.772.581,58	210.569.864,65	*	56.742.698,35	**	28.285.581,39	299.946.139,68	57.750.491,72
2017	53.616.057,72	234.865.376,89	43.462.522,54	90.739.777,24	21.788.625,27	38.426.394,13	345.375.680,77	66.300.697,28
2018	59.684.806,04	263.494.054,90	46.485.622,73	71.335.094,71	22.721.612,92	35.603.819,89	380.975.447,94	69.431.036,50
Despesa aplicada com pessoal de 60% e 54% – art. 19, II c/c art. 20, III, “b” da Lei de Responsabilidade Fiscal – 3º quadrimestre de 2018*								
2009	24.150.542,51	61.934.416,48	12.939.436,10	16.341.906,67	6.693.816,33	9.998.863,11	74.635.401,69	19.411.599,27
2013	26.857.158,28	103.359.301,41	23.592.259,02	32.099.857,29	10.901.474,04	16.532.305,66	146.346.326,60	32.934.556,73
2015	29.212.055,86	126.507.036,26	*	37.540.674,27	**	17.276.395,92	181.158.985,43	36.213.480,00
2017	34.074.794,24	130.519.823,51	32.729.692,31	46.194.094,75	13.797.492,16	23.032.368,29	228.092.543,59	40.401.665,76
2018	35.924.942,13	170.620.407,43	30.266.072,60	43.583.396,54	13.263.925,10	23.638.799,47	222.881.942,29	44.778.492,44
% aplicado na despesa com pessoal								
2009	63,55	54,59	61,49	55,43	64,52	53,99	63,3	63,56
2013	70,36	62,95	71,5	66,18	61,44	62,09	64,88	63,13
2015	57,54	60,08	*	66,16	74,06	61,08	60,4	62,71
2017	63,55	55,57	75,31	50,91	63,32	59,94	66,04	61,6
2018	60,19	64,75	65,11	61,09	58,38	66,39	58,5	64,49

Fonte: Elaboração própria com base em Tribunal de Contas do Municípios (TCM), 2022 (Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/consulta/legislacao/decisoes/contas-anuais/>. Acesso em: 8 maio 2022).

* Dados indisponíveis face a decisão judicial.

** Dados orçamentários acerca da Receita Corrente Líquida (RCL) de 2015, do Município de Itagimirim, não constam discriminados no relatório do Tribunal de Contas dos Municípios (TCM).

Nos casos dos municípios de Itabela, Itapebi e Porto Seguro, verifica-se o aumento da despesa com pessoal, entre o período de 2015-2017, respectivamente de 23,05%, 33,31% e 25,90%. Já no exercício de 2017, o município de Itabela foi o único a cumprir as exigências legais de LRF (50,91%), porém vindo a descumprir no ano de 2018 (61,09%). Depreende-se dos relatórios do TCM que a maioria

dos gastos com pessoal advém de despesas aplicadas na área de publicidade e informática e, por vezes, investida com falta de critérios prefixados acerca dos fins destinados àquela prestação de serviço. Além disso, vale registro de nota, os desvios de finalidade de recursos observáveis nos investimentos de fundos e transferências constitucionais na área de Educação para fins de Manutenção e Desenvolvimento de Ensino (MDE).

À guisa de conclusão, no estudo, verificou-se que, a partir dos resultados dos critérios (i) e (ii), além do (iv), a fundamentação e a aplicação dos gastos municipais nas áreas de obrigação constitucional e legal, como a saúde, mesmo que atendidos os percentuais mínimos de recursos e investimentos orçamentários, conformariam certo caráter volátil e impróprio para fins consubstanciar parâmetros mínimos de instrumentação territorial no cumprimento da cidadania e de uma vida digna.

Nota-se que, por outro lado, no estudo dos dados do E-gestor (número de consulta por médico) e demais indicadores de saúde, apesar de expressarem um resultado positivo, no quantum/abrangência dos atendimentos efetivados na Atenção Básica, por exemplo, não asseguram acertadamente afirmar que a efetividade do direito à saúde, nos termos do art. 196 da Constituição Cidadã (1988), encontra-se cumprido e tampouco afirmar que tal direito, nos termos da 8ª Conferência Nacional de Saúde, compreendido como um bem-estar físico, social e afetivo e ainda de ausência do medo decorrente das violências e incertezas de cunho social, ambiental e político, estaria geoterritorializado.

4 Conclusão

A análise da realidade do financiamento da saúde no território da Costa do Descobrimento do Estado da Bahia demonstra como se encontra distribuído o poder político-administrativo na região e o efeito reflexo dessa estrutura ante a efetividade de direitos, aí incluída a efetividade dos direitos fundamentais. A concentração de recursos financeiros em favor da União, e o alto grau de dependência dos municípios, termina por engendrar uma realidade na qual as ações básicas da área da saúde não sejam realizadas em favor dos cidadãos.

Junto a isso, o estabelecimento de percentuais mínimos de alocação e recursos para financiamento da área da saúde, que no caso atual brasileiro é da ordem de 15% da Receita Corrente Líquida (RCL), no plano municipal, não se mostra suficiente para a promoção das ações, tendo em vista que a base sobre a qual o percentual se aplica (RCL) é extremamente baixa. Tal ocorre exatamente em função do desequilíbrio na divisão da arrecadação no país entre entes federativos.

No caso dos municípios que compõem o território da Costa do Descobrimento do Estado da Bahia, o que se constata é que, além do alto grau de dependência financeira à União, decorrente do modelo de distribuição de receitas, o próprio montante total destas receitas é baixo, para ser tomado como parâmetro para financiamento das ações básicas de saúde. Os valores de despesa *per capita* em tal área terminam impedindo a promoção deste direito fundamental.

Conforme indicado ao longo do estudo, a questão aponta para a necessidade de relativizar o critério da RCL, de forma que diminuições acentuadas de receita não venham a provocar a inviabilidade do funcionamento do sistema de saúde. O estabelecimento de valores mínimos em termos monetários, por número de habitantes, corrigidos a cada ano, e que devem ser observados de forma conjunta com o critério em vigor, mostra-se uma alternativa viável para reverter a lógica institucionalizada de submissão da atenção à saúde aos níveis de receita do Estado. A ideia seria a de que entre um e outro valor – percentual de RCL ou valor mínimo em termos monetários –, há de ser aplicado sempre o maior deles. De forma alternativa, pode-se também considerar que o valor mínimo *per capita* nunca seja inferior àquele realizado no ano anterior.

Trata-se, neste sentido, de ampliar e aperfeiçoar critérios já previstos na legislação da área. A Lei nº 8.080/90, art. 35, determina que os valores a serem transferidos às ASPS devem ser estabelecidos em conformidade com o “perfil demográfico da região” e o “perfil epidemiológico da população a ser coberta”.

Com efeito, é em cenários de crise que se deve ter maior clareza com relação às prioridades do Estado brasileiro, e neste sentido as políticas sociais alinhadas com a efetividade da dignidade humana, a atenção à saúde aí incluída, devem ocupar lugar de destaque. Ao contrário do modelo de prioridades hoje existente, o sistema de financiamento público deve ser repensado, de forma a priorizar este tipo de despesa, e redimensionar a prioridade dada aos gastos de natureza financeira.

O estabelecimento de um critério de gastos mínimos em termos monetários, tende a também corrigir o problema atualmente existente nos entes políticos, que tratam de aplicar somente o mínimo legal, não o ultrapassando. Na perspectiva do gestor público, a aplicação do mínimo legal é suficiente para não o submeter a regime de responsabilidade, não o estimulando à realização de despesas em ASPS em valores superiores àqueles fixados na legislação.

Referências

AFFONSO, Rui. Os municípios e os desafios da Federação no Brasil. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 10, n. 3, 1996.

ANDRADE, Luís Aureliano Gama de; SANTOS, Manoel Leonardo. *O município na política brasileira: revisitando Coronelismo, enxada e voto*. Acesso em: 4 jun. 2018. Disponível em: http://www.academia.edu/14289542/O_munic%C3%ADpio_na_pol%C3%ADtica_brasileira_revisitando_Coronelismo_Enxada_e_Voto.

ANDRADE, Viviane Milan Pupin; CARDOSO, Cármen Lúcia. Visitas domiciliares de agentes comunitários de saúde: concepções de profissionais e usuários. *Psico-USF*, Bragança Paulista, v. 22, n. 1, p. 87-98, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psuf/v22n1/2175-3563-psuf-22-01-00087.pdf>. Acesso em: maio 2019.

BAHIA. Secretaria de Planejamento (Seplan). *Territórios de Identidade*. Disponível em: <http://www.seplan.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=17>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BAHIA. Superintendência de Estudos e Políticas Públicas. Diretoria de Estudos e Planos Coordenação de Planos de Desenvolvimento. *Desenvolvimento Territorial*. Território de Identidade – Costa do Descobrimento – Estudo de Potencialidades Econômicas. Fev. 2016.

BAHIA. Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais (SEI). *Cartografia Temática – Regionalizações – Territórios de Identidade – Apresentação*. Disponível em: http://www.sei.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2650&Itemid=657. Acesso em: jun. 2018.

BAHIA. Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais (SEI). *Índices de performance econômico e social dos municípios baianos (2002-2010)*. Salvador: SEI, 2014. v. 1.

BAHIA. Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais (SEI). *Perfil financeiro dos municípios baianos. (1993/1995-)*. Salvador: SEI; TCM, 2015. v. 1.

BENÍCIO, Alex Pereira; RODOPOULOS, Fabiana M. A.; BARDELLA, Felipe Palmeira. Um retrato do gasto público no Brasil: por que se buscar a eficiência. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana (Org.). *Avaliação da qualidade do gasto público e mensuração da eficiência*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: maio 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.436, de 21 de setembro de 2017*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2436_22_09_2017.html. Acesso em: out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html. Acesso em: maio 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento. Secretaria de Desenvolvimento Territorial. *Perfil Territorial*. Costa do Descobrimento – BA. Brasília: CGMA, maio 2015. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=i&rc=j&q=&src=s&source=images&cd=&ved=2ahUKewjSyOumtafkAhVKOhoKHS_CAMsQjRx6BAGBEAQ&url=http%3A%2F%2Fsit.mda.gov.br%2Fdownload%2Fcaderno%2Fcaderno_territorial_179_Costa%2520do%2520Descobrimento%2520-%2520BA.pdf&psig=AOvVaw1zqBninhFM8jfvhDQKKgc1&st=1567145241231313. Acesso em: 29 ago. 2016.

BUSS, Paulo Marchiori; MAGALHÃES, Danielly de Paiva; SETTI, Andréia Faraoni Freitas; GALLO, Edmundo; FRANCO NETTO, Francisco de Abreu; Jorge MACHADO, Mesquita Huet; BUSS, Daniel Forsin. Saúde na Agenda de Desenvolvimento pós-2015 das Nações Unidas. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 12, p. 2555-2570, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n12/0102-311X-csp-30-12-02555.pdf>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. *Estudo Técnico nº 12/2016*. Impactos do “novo regime fiscal” – subsídios à análise da proposta de emenda à constituição – PEC nº 241/2016. Ago. 2016.

CONASEMS. 34º Congresso Nacional de Secretarias Municipais de Saúde. *Revista CONSEMS*, n. 70, out./dez. 2017. Disponível em: http://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2017/12/revista_conasems_edicao70_Tela.pdf. Acesso em: 25 fev. 2020.

CONASEMS; CNM. *Mudanças no Financiamento da Saúde*. Brasília: Conselho Nacional de Municípios/ CNM, Confederação Nacional dos Municípios, 2018. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/biblioteca/download/3540>. Acesso em: 25 fev. 2020.

CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. 6. ed. rev., ampl. e atual. JusPodivm, 2016.

DAIN, Sullamis. Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. *Ciência; Saúde Coletiva*, 12, (Sup), p. 1851-1864, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232007000700008&script=sci_abstract&lng=pt.

DUARTE, Janete; GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito; OLIVEIRA, Plínio Portela de; ORTIZ, Felipe Augusto Trevisan; PEREIRA, Luis Felipe Vital Nunes. *Os determinantes da eficiência dos estados no gasto público em saúde*. TD nº 009.2012. Brasília: Tesouro Nacional, 2012.

ERIXON, F.; VAN DER MAREL, E. What is driving the rise in health care expenditures? An inquiry into the nature and causes of the cost disease. *ECIPE Working Paper*, n. 5, 2011.

SCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. As conferências nacionais de saúde na construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade *et al.* (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 83-120.

FERNANDES, Fernando Manuel Bessa. Regionalização no SUS: uma revisão crítica. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, abr. 2017.

FIGUEIREDO, Juliana Oliveira; PRADO, Nilia Maria de Brito Lima; MEDINA, Maria Guadalupe; PAIM, Jairnilson Silva. Gastos público e privado com saúde no Brasil e países selecionados. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 37-47, out. 2018. Número Especial. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-11042018000600037&lng=en&nrm=iso&lng=pt.

FLORES, Cintya Dantas. *Territórios de identidade da Bahia: saúde, educação, cultura e meio ambiente frente à dinâmica territorial*. Salvador: [s.n.], 2015.

FUNCIA, Francisco. Implicações da Emenda Constitucional n. 86/2015 para o processo de financiamento do Sistema Único de Saúde. *Revista do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONSENSUS*, ano V, n. 15 abr./jun. 2015. Disponível em: www.conass.org.br/consensus.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. B. Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840. t. 1.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist: a commentary ont the Constitution of the United State*. Philadelphia: J. B. Lippincott Co. 1840.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. *Indicadores sociodemográficos e de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catálogo?view=detalhes&id=283097>. Acesso em: maio 2019.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. *Infográfico acerca do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/pesquisa/37/30255?ano=2010&tipo=cartograma>. Acesso em: abr. 2019.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. *Pesquisa Evolução da Mortalidade do Brasil (Tábua da Vida)*. 2000. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/evolucao_da_mortalidade.shtm#sub_indicadores. Acesso em: abr. 2019.

INDEX MUNDI. *Comparação entre países*. Gasto com saúde até 01.01.2018. Disponível em: <https://www.indexmundi.com/g/r.aspx?v=2225&l=pt>; Acesso em: 21 ago. 2019.

LIMA-COSTA, M. F. Envelhecimento e saúde coletiva: Estudo Longitudinal da Saúde dos Idosos Brasileiros (ELSI-Brasil). *Rev. Saúde Pública*, 52 Supl 2:2s., 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsp/v52s2/pt_0034-8910-rsp-52-s2-S1518-8787201805200supl2ap.pdf.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, José Ângelo. Pacto de Gestão na saúde: até onde esperar uma 'regionalização solidária e cooperativa?'. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 24, n. 71, out. 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia local e federalismo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. VII, n. 16, fev. 2004. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3291.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. A problemática do financiamento da saúde pública brasileira: de 1985 a 2008. *Econ. soc.*, v. 21, n. 2, p. 345-362, 2012. ISSN 0104-0618. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-06182012000200005>.

MELO, Maria Fernanda Godoy Cardoso de. *Relações público-privadas no sistema de saúde brasileiro*. Campinas: [s.n.], 1972.

MENDES, A.; LOUVISON, M. O debate da regionalização em tempos de turbulência no SUS. *Saúde Soc.*, v. 24, n. 2, p. 393-402, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/104813>. Acesso em: 2 jun. 2018.

OLIVEIRA, Fabricio Augusto de; CHIEZA, Rosa Ângela. Auge e declínio da federação brasileira: 1988-2017. In: FAGNANI, Eduardo (Org.). *A Reforma Tributária necessária: diagnóstico e premissas*. Brasília: ANFIP; FENAFISCO. São Paulo: Plataforma Política Social, 2018.

PAIM, Jairnilson Silva *et al.* *O que é o SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. 93p. Coleção Temas em Saúde. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/livro/o-que-e-o-sus-e-book-interativo>. Acesso em: maio 2019.

PIOLA, Sérgio F.; PAIVA, Andrea Barreto de; SÁ, Edvaldo Batista de; SERVO, Luciana Mendes Santos. *Financiamento público da saúde: uma história à procura de rumo*. Rio de Janeiro: Ipea, 1990. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf. Acesso em: jul. 2019.

PNUD; IPEA; FJP. *Atlas do desenvolvimento humano municipal brasileiro (com dados dos censos 1991, 2000 e 2010)*. Brasília: PNUD Brasil, 2013. Disponível em: http://www.atlasbrasil.org.br/2013/data/rawData/publicacao_atlas_municipal_pt.pdf.

PORTELLA, A. A.; CORTES, A. Q. Análise crítica do acesso à informação pública nos municípios baianos com mais de 100 mil habitantes. *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, p. 1092-1111, 2015.

PORTELLA, André Alves; JESUS, Jessica Ferreira. Federalismo fiscal e descentralização administrativa: a deficiência de autonomia dos municípios do Baixo Sul da Bahia na promoção de ações de saúde. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, 2018. ISSN 2317-7721.

PORTELLA, André Alves; TEIXEIRA, Rafaela Pires. Federalismo fiscal e efetividade da dignidade da pessoa humana: análise da posição do município na estrutura do financiamento público brasileiro e a escassez de recursos para as ações de saúde. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2016. ISSN 2317-7721.

- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Edição de Rodrigo Murтинho. Rio de Janeiro: Fiocruz; Edições Livres, 2019.
- SANTOS, Lenir; FUNCIA, Francisco. Emenda Constitucional 95 fere o núcleo do direito à saúde. *Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz*, jan. 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Emenda-Constitucional-95-fere-o-nucleo-essencial-do-direito-a-saude>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 7. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2007.
- SANTOS, Milton. *Por uma geografia nova*. São Paulo: Edusp, 2012.
- SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. *Aspectos fiscais da saúde no Brasil*. Brasília: STN, 2018. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2018/11/AspectosFiscaisSau%CC%81de2018.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- SEGATTO, Catarina Ianni; ABRUCIO, Fernando Luiz. A cooperação em uma federação heterogênea: o regime de colaboração na educação em seis estados brasileiros. *Revista Brasileira de Educação*, v. 21, n. 65, abr./jun. 2016.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOARES, M. M. S. *Repasses financeiros e voluntários da União aos municípios brasileiros*: condicionantes políticos, sociais e técnicos. [s.l.]: [s.n.], 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PORTELLA, André; SANTOS, Hebert Souza. Federalismo fiscal; saúde pública: análise aplicada ao financiamento público e a escassez de recursos para ações de saúde dos municípios na Costa do Descobrimento. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 50, p. 127-165, jan./jun. 2024.

Submissão: 9.2.2022

Pareceres: 6.3.2022, 28.2.2022, 18.9.2023, 30.11.2023

Aceite: 17.6.2024

O STF E A SOLUÇÃO DAS DISPUTAS FEDERATIVAS NA PANDEMIA DE COVID-19: UM LEGADO EM DISPUTA

THE STF AND THE SOLUTION OF FEDERATIVE CONFLICTS IN THE COVID-19 PANDEMIC: A LEGACY IN DISPUTE

Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2019). *Visiting Scholar* na Boston College (2018). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense – UFF (2014). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2008). Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado. *E-mail*: sousafilhoademar@gmail.com.

Clara da Mota Santos Pimenta Alves

Doutora em Direito Econômico pela USP. *Visiting Scholar* na Columbia Law School (2019). Mestre em Direito Constitucional pela UnB. Professora de Direito Econômico do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutora em Direito Econômico pela USP. Juíza Federal. *E-mail*: clara.mota@trf1.jus.br.

Resumo: Este artigo discute o papel da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) na solução de disputas federativas no Brasil. Historicamente, o STF produziu uma jurisprudência centralizadora de competências na União, porém, durante a pandemia da Covid-19, houve uma inflexão, favorecendo a autonomia de estados e municípios para enfrentarem a crise sanitária. Essa mudança é analisada sob a perspectiva do pragmatismo jurídico, que prioriza soluções práticas e contextuais para alcançar os melhores resultados. O STF, em uma sequência de decisões, reconheceu a competência de estados e municípios em áreas relacionadas à crise sanitária, evidenciando uma reação ao que foi chamado de “federalismo bolsionarista”, caracterizado pela descoordenação e centralização do governo federal. O artigo argumenta que essa postura descentralizadora – decisivamente influenciada pelo paradigma do pragmatismo – pode representar tanto uma resposta específica ao contexto de crise e à administração de Bolsonaro quanto um potencial novo parâmetro para o federalismo brasileiro. Por fim, o texto explora as potencialidades da influência do pragmatismo na jurisprudência do STF, destacando sua importância na promoção de um federalismo mais cooperativo e eficiente, capaz não apenas de enfrentar crises complexas como a pandemia, como também de garantir a realização dos direitos fundamentais e a participação democrática.

Palavras-chave: Federalismo. Jurisdição constitucional. Jurisprudência. Descentralização. Pragmatismo.

Abstract: This article discusses the role of the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in resolving federative disputes in Brazil. Historically, the STF has produced jurisprudence centralizing competencies in the Union; however, during the Covid-19 pandemic, there has been a shift favoring the autonomy of states and municipalities to address the health crisis. This change is analyzed from

the perspective of legal pragmatism, which prioritizes practical and contextual solutions to achieve the best results. Through a series of decisions, the STF has recognized the competence of states and municipalities in areas related to the health crisis, demonstrating a response to what has been termed “Bolsonaro federalism,” characterized by federal government discoordination and centralization. The article argues that this decentralizing stance—decisively influenced by the pragmatism paradigm—may represent both a specific response to the crisis context and Bolsonaro’s administration, as well as a potential new parameter for Brazilian federalism. Finally, the text explores the potentialities of pragmatism’s influence on STF jurisprudence, highlighting its importance in promoting a more cooperative and efficient federalism, capable not only of addressing complex crises like the pandemic but also of ensuring the realization of fundamental rights and democratic participation.

Keywords: Federalism. Constitutional jurisdiction. Jurisprudence. Decentralization. Pragmatism

Table of contents: **1** Introduction – **2** Federative disputes in addressing the Covid-19 pandemic in the context of democratic erosion in Brazil – **3** Federative conflicts in the jurisprudence of the STF and its centralizing tradition – **4** A decentralizing inflection in the jurisprudence of the STF in the context of addressing the pandemic – **5** Partial assessment of the jurisprudence on federalism during the health crisis: between weaknesses and potentialities of a decentralizing pragmatism – **6** Conclusions – References

Sumário: **1** Introdução – **2** As disputas federativas no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no contexto de erosão democrática no Brasil – **3** Os conflitos federativos na jurisprudência do STF e a sua tradição centralizadora – **4** Uma inflexão descentralizadora na jurisprudência do STF no contexto do enfrentamento à pandemia – **5** Balanço parcial da jurisprudência sobre federalismo durante a crise sanitária: entre fragilidades e potencialidades de um pragmatismo descentralizador – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

A Constituição de 1988 redefiniu as bases da federação brasileira ao instituir mais fontes de receita e um conjunto amplo de competências aos entes federados subnacionais. Com arranjos que têm feito variar no tempo os níveis de concentração e autonomia de poder, em linhas gerais, a nova Constituição buscou substituir o federalismo dual da ditadura militar – fundado na divisão rígida de competências e na sua concentração no ente federal – por um federalismo cooperativo que se baseia na premissa de que a atuação estatal em diversas áreas demanda conjugação de esforços de diferentes entes federados. Nessa concertação, ainda que o ente nacional siga detendo mais poderes para formular e coordenar as ações junto aos entes subnacionais (*policy-making*), teria surgido uma federação integrada, na qual cumpre aos estados um papel substantivo na execução das políticas públicas, inclusive mediante repasses constitucionais vinculados de receitas (*policy decision-making*).¹

¹ A distinção entre *policy decision-making* e *policy-making* é feita por Marta Arretche, para quem a categorização “permite entender com maior clareza tanto as relações verticais na federação brasileira quanto seu modelo

Para além dessa valorização normativa dos entes estaduais e municipais pela Constituição, que estabeleceu um rol generoso de competências administrativas comuns e legislativas concorrentes, o arco de competências privativas da União tem sido reiteradamente interpretado de maneira extensiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) nas últimas três décadas, ou seja, a Corte tem agido de modo a acentuar o viés de centralização federativa.² Historicamente, essa postura remonta à formação do estado brasileiro, marcadamente centralizador na sua configuração, e a um imaginário difuso sobre as relações locais de poder, que, de regra, assumiriam feições patrimonialistas e coronelistas.³ Não é de se estranhar que tenha sido necessário um cenário inédito e desafiador como o da pandemia para se alterar o enraizamento desse estado de coisas.

No presente artigo, partimos da premissa de que essa tendência da jurisprudência do STF de concentração de competências na União – que já havia dado sinais de arrefecimento em casos isolados – foi interrompida no contexto da pandemia da Covid-19.⁴ De fato, uma sequência importante de precedentes prestigiou a participação dos estados e municípios no enfrentamento da crise sanitária, o que sugere uma importante oportunidade de reflexão acerca do legado dessa jurisprudência descentralizadora produzida nos últimos anos pelo STF.

A partir da análise dos impactos federativos desencadeados pela condução da pandemia durante o governo do Presidente Jair Bolsonaro – um momento de especial colisão entre o ente nacional e os subnacionais, apontado como um

de descentralização”. Ocorre que “a descentralização de competências (*policy-making*) não equivale à autonomia decisórias das unidades constituintes para definir o modo como serão implementadas as políticas sob sua competência (*policy decision-making*). [...] Portanto, mais uma vez, a descentralização fiscal e de competências não equivale à descentralização da autoridade decisória sobre a execução fiscal ou a provisão de políticas. Atribuições de execução de políticas públicas podem ser totalmente descentralizadas ao mesmo tempo em que os governos subnacionais podem estar sujeitos a uma série de regulamentações nacionais que limitam sua autonomia sobre a forma de gasto e de implementação das políticas sob sua competência” (ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012. p. 21-22; 147-151).

² Cf.: OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. *Revista Lua Nova*, v. 78, 2010. p. 223-250.

³ Nesse domínio, é clássica a referência à obra *Coronelismo, enxada e voto*, de Victor Nunes Leal, para quem a falta de autonomia dos municípios no Brasil levava a uma aliança com lideranças estaduais e à corrupção como moeda de troca por apoio político. Segundo o autor, “a vista grossa que os governos estaduais sempre fizeram sobre a administração municipal, deixando de empregar sua influência política para moralizá-la, fazia parte do sistema de compromisso político do coronelismo. Estava incluída na carta branca que recebiam os chefes locais, em troca do seu incondicional apoio aos candidatos do governo nas eleições estaduais e federais” (LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 71).

⁴ Essa tendência foi apontada por: ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2020. p. 669; cf. ainda trabalho de: GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, 2023.

“federalismo bolsonarista” –,⁵ buscamos apresentar um balanço das decisões do STF que moveram o pêndulo das relações federativas em direção à descentralização, propondo uma reflexão acerca das potencialidades dessa jurisprudência. Se, de um lado, ela pode representar uma reação circunstancial do STF ao governo Bolsonaro, de outro, ela pode expressar novos parâmetros para a federação brasileira notadamente no campo das questões sanitárias e ambientais, apartando um domínio no qual o Supremo passe a consolidar uma esfera de autonomia mais acentuada aos entes subnacionais, baseada em um pragmatismo de viés experimentalista.⁶ Apontamos, no entanto, que uma adequada fundamentação do Tribunal acerca da sua própria virada jurisprudencial é imprescindível para que o pragmatismo seja exercido com suficiente transparência e adequado sopesamento de consequências e não de modo apenas casuístico.

Ainda que as disputas federativas havidas no contexto da Covid-19 não superem quantitativamente as decisões do STF de matiz centralizador, elas podem impulsionar um novo equilíbrio de forças que se amolda à concepção contemporânea de federalismo, a qual, para Judith Resnik, não possui margens fixas de exercício de poder.⁷ Ao contrário, elas se forjam no próprio contexto de mediação

⁵ A expressão “federalismo bolsonarista” foi cunhada em trabalho de Fernando Luiz Abrucio e colaboradores e possui como características centrais essa lógica autocrática e confrontadora: “O segundo pilar reforça o dualismo pelo lado da concentração autocrática nas mãos da União em decisões que afetam entes subnacionais. Há pouquíssimo espaço para diálogo, negociação ou participação subnacional em programas federais. Os exemplos são vários, mas o pior ocorre em relação à região amazônica: o conselho criado para cuidar desta questão excluiu governadores da região da estrutura de governança. A concepção de federalismo bolsonarista também contempla, como último pilar, o confronto intergovernamental e a luta constante contra adversários reais ou imaginados. Mobiliza a lógica de guerra para atizar seu eleitorado e marcar posição antissistema. Os maiores inimigos são as instituições e suas lideranças, pois sua visão do presidencialismo repudia a negociação institucional e os checks and balances do Estado brasileiro, entre os quais está o federalismo. Seguindo essa lógica política, Bolsonaro confrontou a Federação por dois motivos. Primeiro, a recusa dos entes subnacionais a políticas do bolsonarismo. Como estados e municípios são os principais responsáveis pela implementação na área social, podem mudar o rumo das decisões tomadas em Brasília. Soma-se a isso a disputa da Presidência com prefeitos e, sobretudo, governadores, vistos como atores que podem mobilizar a opinião pública, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal (STF) em disputas federativas, além de poderem se tornar competidores ou aliados dos maiores adversários eleitorais do presidente. Ao longo da pandemia, esse confronto federativo disseminou-se e os governos subnacionais produziram cartas de repúdio a decisões do governo federal” (ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2020. p. 669).

⁶ Eduardo José Grin e colaboradores consideram que é possível falar em um “laboratório de federalismo” durante a pandemia de Covid-19, ideia que desenvolveremos na última seção deste trabalho (GRIN, Eduardo José; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; SEGATTO, Catarina Ianni; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; NASCIMENTO, Alex Bruno Ferreira Marques do; SCHOMMER, Paula Chies. A pandemia e o futuro do federalismo brasileiro. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 27, n. 87, 2022).

⁷ Cf. RESNIK, Judith. Federalism(s)’s forms and norms: contesting rights, de-essentializing jurisdictional divides, and temporizing accommodations. *Nomos*, v. 55, 2014. Federalism and Subsidiarity (2014), p. 363-435. Published by American Society for Political and Legal Philosophy.

das disputas, contando com a participação de atores que transcendem a relação binária havida entre nacional e subnacional. Assim, a fotografia que teremos de federalismo seguramente terá raízes nas decisões do STF adotadas para solucionar os conflitos a ele submetidos. A nós, cabem as perguntas sobre que fotografia é essa e como ela se projeta no tempo.

2 As disputas federativas no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no contexto de erosão democrática no Brasil

Como se sabe, uma das funções da forma federativa de estado é impedir que a concentração de poder junto à União dê lugar ao arbítrio.⁸ No contexto atual, a autonomia federativa se mostrou fator determinante de moderação no exercício do poder e na contenção das mais diversas formas de arbitrariedade. Nas palavras de Cláudio Souza Neto:

como os governadores dos estados são de diferentes agremiações partidárias, a autonomia federativa funciona como garantia do pluralismo político. Enquanto os governadores de oposição se mantêm no poder, exercendo plenamente suas competências e prerrogativas, o pluralismo preserva sua sustentação institucional.⁹

Por isso que, durante o governo Bolsonaro, a preservação da autonomia dos entes federados locais ganhou enorme destaque não apenas pelo aperfeiçoamento da resposta estatal aos graves problemas sanitários, sociais e econômicos acarretados pela pandemia, mas, por um prisma mais abrangente, pela proteção garantida à própria democracia brasileira.

Em meio à empreitada governamental voltada a debilitar as mais diversas formas de controles institucionais, a divisão vertical de poderes entre os entes da federação oferecerá – como, aliás, veio a oferecer de maneira particularmente

⁸ Cf., a respeito: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 200, p. 21-54, abr./jun. 1995. p. 28-29.

⁹ Nessa linha, Cláudio Pereira de Souza Neto lembrou que, embora a associação entre descentralização e liberdade nem sempre tenha se mostrado verdadeira na história brasileira, “desde a reabertura democrática, os estados vêm exercendo o papel fundamental de prover a base material para a preservação do pluralismo. Governadores de oposição têm oferecido importante contraponto à orientação federal. É o que ocorre no contexto presente, em que governadores comprometidos com a causa democrática têm oferecido importante resistência ao arbítrio do presidente” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2020).

importante durante a pandemia – empecilho fundamental ao projeto de concentração de poder. Não por acaso, a guerra de Bolsonaro contra os governadores de estado remonta aos primeiros meses do seu governo e se intensificou à medida que a resistência democrática das lideranças locais se manifestou de maneira mais contundente. O federalismo bolsonarista, baseado na combinação da lógica federativa autocrática e confrontadora,¹⁰ começou a ganhar forma desde o início do governo¹¹ e assumiu sua forma mais ostensiva com a eclosão das disputas federativas que resultaram da pandemia.

O federalismo bolsonarista produziu impactos negativos de grande repercussão no combate à Covid-19: aumentou a descoordenação intergovernamental a desigualdade entre estados e municípios, dificultou a tomada de decisão sobre aspectos fundamentais da resposta estatal à pandemia e criou obstáculos para a transferência de recursos e equipamentos;¹² a demora anormal na transferência de recursos no âmbito do SUS, a completa desarticulação federativa produzida pelas sucessivas trocas de ministros da saúde e a sistemática reprodução de um discurso antivacina e que minimizava os riscos da crise sanitária. De acordo com José Eduardo Grin e colaboradores, o “governo Bolsonaro buscou romper com o modelo de articulação interfederativa existente no país, na contramão dos ganhos de *federative policy learning* construídos nas últimas décadas, especialmente pelos sistemas nacionais de políticas públicas”.¹³

Nesse contexto, a predisposição bolsonarista ao conflito com os entes subnacionais e à suspensão do caráter cooperativo da nossa federação se converteram em ineficiência e disfuncionalidade justamente quando a crise sanitária exigia mais coordenação, cooperação e diálogo. A interrupção do diálogo e da cooperação

¹⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2020. p. 669.

¹¹ Podem-se citar três exemplos importantes de como o *federalismo bolsonarista* se expressava na prática: (i) o MEC desconsiderou posições dos entes subnacionais em temas como expansão das escolas cívico-militares, alfabetização ou ações em relação à Covid-19; (ii) na política ambiental da Amazônia, os governadores foram rechaçados; (iii) na segurança pública, o Ministério da Justiça abandonou o Sistema Único de Segurança Pública (Susp), reduzindo a cooperação com estados (ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2020).

¹² ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2020. p. 672.

¹³ Cf. GRIN, Eduardo José; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; SEGATTO, Catarina Ianni; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; NASCIMENTO, Alex Bruno Ferreira Marques do; SCHOMMER, Paula Chies. A pandemia e o futuro do federalismo brasileiro. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 27, n. 87, 2022.

por parte da União no contexto da pandemia constitui a mais fiel expressão do fenômeno identificado pela jurisprudência alemã como “deslealdade federativa”.¹⁴

Na busca por antídotos ao federalismo “darwinista” colocado em prática pelo bolsonarismo,¹⁵ generalizou-se a compreensão de que seria necessária a formação de um “cordão de contenção sobre a tensão centralizadora” na construção de soluções mais eficazes no enfrentamento à crise sanitária.¹⁶ A essa altura, ainda que sem uma predominância quantitativa, consideramos que o STF desenvolveu uma virada jurisprudencial descentralizadora na solução dos conflitos federativos no contexto da pandemia. Uma compreensão adequada dessa orientação jurisprudencial exige um entendimento sobre a tendência centralizadora da jurisprudência tradicional do STF, a qual se baseou, ao longo do tempo, na opaca fórmula interpretativa da “predominância de interesses”.¹⁷ Na próxima seção, nos dedicaremos a promover um breve inventário desse histórico jurisprudencial.

¹⁴ Na síntese de Vinícius Magalhães, o princípio da lealdade federativa determina “um dever geral de consideração recíproca que deve ser observado pelos entes federados e que tem por papel salvaguardar o funcionamento do sistema de competências legislativas e materiais positivado no texto constitucional” (MAGALHÃES, Vinícius Cunha. *Princípio da lealdade federativa: fundamentação jurídica, critérios de aplicação, concretizações essenciais e justiciabilidade a partir da comparação com o direito alemão*. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2023. p. 210). Tal dever assume duas dimensões: “[a] dimensão negativa englobaria a proibição de abuso e a proibição do comportamento contraditório” e “[a] dimensão positiva, por sua vez, referir-se-ia aos deveres de ajuda e apoio; de informação e consulta; de coordenação e cooperação; procedimentais e às regras adicionais para os pactos interfederativos” (MAGALHÃES, Vinícius Cunha. *Princípio da lealdade federativa: fundamentação jurídica, critérios de aplicação, concretizações essenciais e justiciabilidade a partir da comparação com o direito alemão*. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2023. p. 211). Cf., sobre o tema: ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. *Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo de repartição de competências legislativas e de execução*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁵ A ideia de “federalismo darwinista” foi apresentada por Nancy Cook e Dan Diamond (A Darwinian approach to federalism: States confront new reality under Trump. *Político*. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2020/03/31/governorstrump-coronavirus-156875>. Acesso em: 28 fev. 2024 *apud* ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2020. p. 667). Acesso em: 28 fev. 2024.

¹⁶ A expressão foi utilizada por: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Impacto da pandemia da Covid-19 na federação brasileira: descentralizando a disfuncionalidade. *Opin. Jurid.*, v. 19, p. 239, 2020. p. 239. O Presidente do STF, Ministro Luiz Fux, em reação à desastrosa administração da pandemia pelo Governo central, afirmou que “não devemos dar ouvidos às vozes isoladas [...] que abusam da liberdade de expressão para propagar ódio, desprezo às vítimas e negacionismo científico” (Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/12/pronunciamento-encerramento-do-ano-judiciario-2021-2-1.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022). Já o Ministro Barroso vaticinou, ao afirmar a legitimidade do “passaporte da vacina”, que “já são mais de 600 mil vidas perdidas e ainda persistem atitudes negacionistas” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-vacinas-virtual.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022).

¹⁷ Essa conclusão é de GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, 2023. p. 2311.

3 Os conflitos federativos na jurisprudência do STF e a sua tradição centralizadora

A literatura jurídica brasileira é unânime em afirmar que a Constituição de 1988 consagra um federalismo de cooperação. Nesse modelo de federação, existe o reconhecimento de que determinadas questões, pela sua importância e complexidade, demandam a conjugação de esforços dos diversos entes federativos, e não a atuação isolada de qualquer deles.¹⁸ Daí a presença de competências comuns e concorrentes, em que uma mesma matéria se encontra na esfera de atuação de dois ou mais entes federativos.¹⁹

No federalismo de cooperação, surge a necessidade de articulação e parceria entre os entes federativos em prol do adequado desempenho das competências compartilhadas. Nesse modelo, é constitucionalmente imperativo o diálogo entre as unidades federadas, na busca de soluções para os complexos problemas comuns que devem enfrentar. Tal imperativo constitucional se liga ao que Konrad Hesse, tratando da Constituição germânica, chamou de “princípio da conduta amistosa cooperativa”.²⁰ Nas palavras de Reinhold Zippelius, em muitas questões os entes federativos “veem-se obrigados a procurar, sempre de novo, um acordo aceitável para todos e a coordenar-se entre eles”.²¹

Apesar desse amplo reconhecimento doutrinário do perfil cooperativo da federação brasileira, é certo que o texto da Constituição abre espaço para interpretações mais ou menos centralizadoras, a depender dos critérios utilizados para enquadrar as medidas administrativas e legislativas nas regras de competência e dos parâmetros aplicados para solucionar conflitos reais ou aparentes entre essas diversas matrizes de competência. São raros os casos em que uma disputa federativa pode ser solucionada com base em operação interpretativa de subsunção simples a uma só regra de competência, ou seja, mediante interpretação meramente

¹⁸ O Ministro Marco Aurélio, no mesmo sentido, em voto proferido perante o STF, sustenta que “o constituinte de 1988 adotou a técnica alemã do ‘federalismo cooperativo’, no qual se atribuem aos entes federativos competências comuns, visando que eles se articulem para o exercício conjunto” (STF. ADI nº 4.597 MC. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 30.6.2011. *DJe*, 170, 5.9.2011).

¹⁹ PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e uma solução de seus conflitos à luz do direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 158.

²⁰ Nas palavras de Hesse, “ao conteúdo da ordem estatal-federal da Lei Fundamental pertence, finalmente, como princípio de Direito Constitucional não-escrito, o mandamento de conduta amistosa federativa – muitas vezes, também qualificado de ‘fidelidade para com a federação’. Segundo ele, a Constituição pede ao estado-total e estados-membros não só correção exterior no cumprimento dos seus deveres jurídicos estatais, mas também a procura constante e a produção de uma conduta boa, amistosa, federativa” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 212).

²¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 515.

gramatical ou textual da única regra de competência com incidência *a priori* sobre a atividade estatal. Ao contrário, quase todos os conflitos federativos assumem maior complexidade e costumam opor pelo menos duas regras de competência aparentemente opostas na solução da disputa.

A rigor, o próprio desenho constitucional da repartição de competências sugere um amplo espaço para disputas federativas nos mais variados campos de atuação estatal. Quanto mais complexa é a atividade estatal, maiores são as chances de envolver múltiplas áreas do direito e distintas modalidades de atuação material do Poder Público. Além disso, embora a Constituição de 1988 seja caracterizada por uma importante ampliação das competências administrativas comuns (art. 23) e legislativas concorrentes (art. 24), ela também estabeleceu um rol bastante amplo de competências legislativas privativas da União (art. 21). Disso resultou um aumento das zonas de eventual superposição: é muito comum que a produção legislativa ou atividade material dos entes subnacionais apresente, em algum grau, conexão com temas sujeitos à competência privativa da União. Essa é a primeira grande fonte de disputas federativas no Brasil.^{22 23}

Os exemplos de conflitos federativos que apresentam superposição de regras de competência concorrente e privativa são incontáveis. A jurisprudência do STF é um repositório quase inesgotável desses casos. Como lembrou o Ministro Gilmar Mendes, uma mesma lei pode apresentar problemas complexos, por envolver tema que se divide em assunto que compõe a competência concorrente e em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da federação.²⁴ Nessa

²² Como pontuou o Ministro Marco Aurélio, “[o] sistema de distribuição de competências materiais e legislativas, privativas, concorrentes e comuns, considerados os três entes da Federação, tal como estabelecido na Constituição Federal e observado o princípio da predominância do interesse, é marcado pela complexidade, não sendo incomum chamar-se o Supremo a solucionar problemas de coordenação e sobreposição de atos legislativos, especialmente federais e estaduais” (STF. RE nº 827.538. Rel. Marco Aurélio, Rel. p./ Acórdão Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 21.7.2020).

²³ José Arthur de Castillo, em diálogo com a obra de Judith Resnik, considera que essas questões superpostas são, na verdade, de caráter mais amplo, constituindo verdadeiras relações transversais que afetam o federalismo contemporâneo. Estaríamos, assim, em meio a um paradigma de “transfederalismo”, no qual processos de privatização, globalização e digitalização diluem fronteiras e dicotomias federativas, dado que os atores sociais não se organizam mais a partir de tais limites. Segundo o autor, para compreender o federalismo na contemporaneidade, precisaríamos transcender “o sentido diagonal (nível local/regional/nacional/internacional) conectando pequenos municípios a lutas altamente globalizadas” e “repensar, neste momento, a estrutura e a atuação do Estado, bem como a atuação dos diversos movimentos sociais” (CASTILLO, José Arthur de. *Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. p. 19).

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 841. No mesmo sentido, a advertência do Ministro Luís Roberto Barroso: “Os temas sociais e as questões jurídicas, com frequência, elas não são monotemáticas, cuidam apenas de um aspecto específico ou de um tema jurídico ou social específico. De modo que é esse caráter multidisciplinar que traz a nossa dificuldade aqui, porque há normas – e esse é o caso – que tangenciam competências

situação, a solução do conflito entre o ente central e o local exige mais do que precisar o sentido e alcance de cada regra de competência, pois demanda uma escolha sobre qual das competências – privativa do ente federal ou concorrente – deve prevalecer em cada disputa específica. E essa escolha pode assumir inclinação mais centralizadora ou mais descentralizadora, a depender do modo como o princípio federativo for interpretado pela jurisdição constitucional.

Nesse tipo de disputa federativa, a jurisprudência do STF, tradicionalmente, assumiu um papel centralizador ao prestigiar, na maioria dos casos, as competências privativas da União em detrimento das competências compartilhadas com os demais entes federados.²⁵ Essa diretriz centralizadora se manifestou, na história recente do STF, de diversas maneiras. Em primeiro lugar, construiu-se um critério bastante restritivo de competências locais segundo o qual elas só são consideradas válidas em face de regulamentação federal diversa se estiverem estritamente vinculadas a uma peculiaridade local precisamente identificada. Foi esse tipo de raciocínio que levou o STF, por exemplo, a declarar a inconstitucionalidade de lei municipal que proibia a queimada de palha de cana-de-açúcar, com base no fundamento de que esse era um problema que extrapolava o interesse particular de determinado município.²⁶ Em segundo lugar, consolidou-se uma diretriz jurisprudencial que interpreta de maneira extensiva as competências privativas da União em detrimento do prestígio às competências compartilhadas com os demais entes federados.

Na maior parte dos casos, se a matéria regulada tangenciava simultaneamente matérias submetidas à competência privativa e concorrente, o STF tendia a decidir o conflito em favor da União. Isso levou ao que o Ministro Luiz Fux chamou de “leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União” pelo STF.²⁷ De fato, pesquisas empíricas mostraram com clareza essa tendência centralizadora da jurisprudência do STF no campo das disputas federativas. A tese de doutorado de Julio Canelo mostrou que, entre a promulgação da Constituição e o ano de 2015, 81% das disputas federativas levadas ao STF foram resolvidas em favor da União e apenas 13% em favor dos estados.²⁸ Diante desse quadro,

privativas de alguns entes e tangenciam competências concorrentes de outros entes” (STF. ADI nº 5.253. Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. *DJe*, 31.7.2017).

²⁵ Cf., nesse sentido: LEONCY, Leo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento lógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, 2013. p. 1-12.

²⁶ STF. RE nº 586.224. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 8.5.2015.

²⁷ STF. ADI nº 4.060. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 30.4.2015.

²⁸ CANELO, Julio. *Judicializando a Federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

o Ministro Edson Fachin assim resumiu a postura do STF no julgamento desses conflitos federativos: “havendo lei federal sobre determinada matéria não poderiam Estados e Municípios contrariarem seus dispositivos”.²⁹ É esse também o diagnóstico feito pelo Ministro Alexandre de Moraes, para quem “por cultura jurídica nossa, no embate entre leis federais, leis estaduais e leis municipais, há uma tendência de valorar mais a legislação federal”.³⁰

Apesar da existência dessa clara inclinação centralizadora da jurisprudência do STF, nos últimos anos, alguns precedentes importantes passaram a contestar essa tendência e reconhecer maior autonomia em favor dos entes subnacionais.³¹ Em 2015, o STF afirmou a constitucionalidade de lei estadual que fixava número máximo de alunos por sala de aula, afastando a alegação de usurpação da competência da União para editar normas gerais sobre educação e ensino.³² Nessa ocasião, o Ministro Luiz Fux ressaltou que acreditava ser “momento de a Corte rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição”. Algum tempo depois, o mesmo Ministro Luiz Fux avançou ainda mais ao afirmar que o “princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal”.³³

Na sequência, em 2017, o Tribunal reverteu uma tendência de interpretar de maneira restritiva a competência concorrente do município para legislar sobre proteção ao meio ambiente. Discutia-se a constitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte que fixava multa pela emissão excessiva de gases poluentes por veículos. O Ministro Cezar Peluso defendia que o município não tinha interesse local em impor requisitos para evitar a poluição produzida por veículos. Mas prevaleceu a posição divergente do Ministro Edson Fachin, que, a par de afirmar a constitucionalidade da lei municipal, criticou a excessiva centralização de poder na União e afirmou ser “necessário explorar o alcance do federalismo cooperativo esboçado na Constituição de 1988, para enfrentar os problemas de aplicação que

²⁹ STF. ADI nº 5.356. Rel. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Marco Aurélio, Tribunal Pleno. *DJe*, 31.7.2017.

³⁰ STF. ADI nº 5.792. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 30.10.2019.

³¹ Para o Ministro Ricardo Lewandowski, essa “tendência” já podia ser identificada no ano de 2013: “No Supremo Tribunal Federal, considerada a sua atual composição, já há uma visível tendência no sentido do fortalecimento do federalismo, prestigiando-se a autonomia dos estados e dos municípios, a partir de inúmeras decisões, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente e do consumidor” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Revista de Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 157, 2013. p. 17).

³² STF. ADI nº 4.060. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 30.4.2015.

³³ STF. ADI nº 2.663. Tribunal Pleno. *DJe*, 26.5.2017.

emergem do pluralismo”. Foi a primeira oportunidade em que o Ministro Edson Fachin propôs dois parâmetros interpretativos para a solução de conflitos federativos que favorecem o perfil cooperativo da federação e conferem maior autonomia aos entes subnacionais:

1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumption against preemption*).
2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor.³⁴

Esse foi o primeiro precedente em que o Tribunal acolheu a proposta do Ministro Edson Fachin de aplicação, na solução de disputas federativas, dos parâmetros da *presumption against preemption* – *i.e.*, na dúvida se deve prestigiar o acionamento de regras compartilhadas de competência – e da *clear statement rule* – *i.e.*, a ausência de espaço para complementação dos entes federados locais só deve ser afirmada nos casos de existência de regra clara em sentido contrário. A partir desse primeiro passo na direção de uma mudança na diretriz centralizadora da jurisprudência do STF, alguns precedentes relevantes seguiram essa direção descentralizadora.

Depois de decidir várias vezes pela inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam direitos do consumidor em face de empresas de telefonia, por invasão da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações,³⁵ o STF afirmou a validade de lei estadual que fixava tempo máximo de atendimento presencial a consumidores por parte de empresas de telefonia fixa e móvel.³⁶ Aplicando mais uma vez o critério da *clear statement rule*, afirmou que a lei federal não afastava de maneira clara a possibilidade de que os Estados, no exercício de sua atribuição concorrente, normatizem a respeito da prestação de atendimento a

³⁴ STF. RE nº 194.704. Rel. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 16.11.2017.

³⁵ Cf. STF. ADI nº 3.533. Rel. Min. Eros Grau, Plenário. *DJe*, 6.10.2006. E, mais recentemente, STF. ADI nº 5.830, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe*, 27.11.2019.

³⁶ STF. ADI nº 6.066. Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 21.7.2020.

consumidores de serviços de telecomunicações. E, sendo assim, dever-se-ia enxergar eventual lacuna da lei federal como “possibilidade de atuação dos demais entes federativos, não cabendo ao poder judiciário, à míngua de definição legislativa, retirar a competência normativa de determinado ente da federação, sob pena de tolher-lhe sua autonomia constitucional”. Nesse mesmo julgamento, o Ministro Edson Fachin voltou a defender a importância do parâmetro *presumption against preemption* para consignar a necessidade de adoção de maior deferência em relação à legislação produzida pelos entes locais.

No ano de 2020, em sede de repercussão geral, o STF afirmou a tese de que “[o]s Estados-Membros e o Distrito Federal têm competência legislativa para estabelecer regras de postagem de boletos referentes a pagamento de serviços prestados por empresas públicas e privadas”.³⁷ Na oportunidade, consignou-se que, na análise das competências concorrentes, deve-se “priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades, de modo a assegurar o imprescindível equilíbrio federativo”. A corrente que defendia a invasão da competência privativa da União para legislar sobre matéria postal ficou vencida. E prevaleceu a visão do Ministro Alexandre de Moraes, segundo a qual, em casos de dúvida ou de aparente colisão de regras de competência, deve-se prestigiar a solução que prestigia a autonomia dos entes locais.

A despeito da relevância desses precedentes que passaram a contestar a tendência da jurisprudência de promover uma “leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União”,³⁸ não é possível afirmar que houve uma verdadeira e definitiva superação da tendência da priorização das competências federais em face das competências locais. Não é difícil chegar a essa conclusão a partir de uma visão mais ampla da jurisprudência do STF a respeito das disputas federativas.

No ano de 2020, por exemplo, o Tribunal afirmou a inconstitucionalidade de norma estadual que restringia a implantação de instalações industriais destinadas à produção de energia nuclear, por violação à competência privativa da União para legislar sobre atividades nucleares de qualquer natureza.³⁹ Ficou vencida, nesse julgamento, a proposta do Ministro Edson Fachin de aplicar o parâmetro da *clear statement rule* para reconhecer que, em não havendo na lei federal obrigatoriedade dos Estados quanto à instalação de usinas, depósitos ou rejeitos ou transporte de cargas radioativas, dever-se-ia prestigiar o poder de complementação do Estado no campo da proteção da saúde e do meio ambiente.

³⁷ STF. ARE nº 649.379. Rel. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 15.1.2021.

³⁸ STF. ADI nº 2.663. Tribunal Pleno. *DJe*, 26.5.2017.

³⁹ Cf. ADI nº 4.973. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno. *DJe*, 16.10.2020.

Ainda no mesmo ano, em 2020, o STF decidiu ser inconstitucional lei estadual que estabeleceu a proibição de cobrança de taxa de religação de energia elétrica, em caso de corte de fornecimento por falta de pagamento.⁴⁰ Prevaleceu a tradicional diretriz jurisprudencial da Corte no sentido de que leis dessa natureza violavam a competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica. Mais uma vez, a compreensão mais descentralizadora defendida pelo Ministro Edson Fachin – “nesses múltiplos olhares, o meu direciona-se para uma compreensão menos centralizadora e mais cooperativa da repartição de competências no federalismo brasileiro” – ficou vencida.

Há muitos outros exemplos de que a tendência centralizadora da jurisprudência do STF não foi completamente abandonada.⁴¹ Em 2019, por exemplo, o Tribunal considerou inconstitucional lei estadual que estabelecia obrigação de conceder acréscimo de trinta minutos em estacionamento privados, após o pagamento da tarifa, por suposta invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito civil.⁴² Novamente, o Ministro Edson Fachin, ao defender a legitimidade da lei estadual com base na competência concorrente para legislar sobre consumo e responsabilidade por dano ao consumidor, integrou a corrente vencida. No mesmo ano, o STF, em decisão tomada pelo *score* apertado de seis votos contra cinco, considerou inconstitucional lei estadual que obrigava operadoras de planos de saúde a avisar aos consumidores sobre o descredenciamento de hospitais e médicos.⁴³ A corrente majoritária afirmou que cabia à União a disciplina do tema em razão da sua competência privativa para legislar sobre direito civil. Já a corrente vencida enfatizou que aos estados e ao Distrito Federal é dada a competência para legislar sobre relações de consumo em geral.

Se é verdade que, nos últimos anos, o STF deu sinais de que estava disposto a revisar, em alguma medida, a sua tradicional jurisprudência centralizadora de competências na União em detrimento da autonomia dos entes estaduais e municipais, também é certo que não houve uma superação definitiva dessa perspectiva de ampliação do âmbito material das competências privativas ou exclusivas do ente central. Não é nossa intenção analisar, nesta ocasião, as razões que conduzem o Tribunal a oscilar entre a adoção de uma postura mais centralizadora e uma

⁴⁰ STF. ADI nº 6.190. Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. *DJe*, 5.10.2020.

⁴¹ Para uma síntese de vários precedentes do STF que representam uma segunda fase na jurisprudência sobre federalismo no Brasil – chamada pelos autores de “ensaios descentralizadores” –, cf. DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte? *RDP*, Brasília, v. 17, n. 96, p. 37-64, nov./dez. 2020.

⁴² STF. ADI nº 5.792. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 30.10.2019.

⁴³ STF. ADI nº 5.173. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 16.12.2019.

outra mais descentralizadora. Há um número relevante de casos fáceis nos quais a invasão da competência federal pelos entes locais é inquestionável – e.g., leis estaduais e municipais que visam ampliar o acesso ao porte de arma de fogo para além daquelas previstas do Estatuto do Desarmamento.⁴⁴ Além disso, é possível que, em temas ligados a interesses de grupos econômicos organizados que atuam em setores altamente regulados, o Tribunal tenha mantido maior preocupação com a manutenção da uniformidade da disciplina federal.⁴⁵ Também é plausível a hipótese de que, em temas de menor repercussão econômica e social, o STF esteja mais disposto a adotar uma postura de maior deferência à atividade legislativa e administrativa dos entes subnacionais.⁴⁶

Independentemente da busca por critérios que possam explicar eventuais idas e vindas do Tribunal na solução das mais variadas modalidades de disputas federativas, parece certo que, até aqui, a inclinação centralizadora da jurisprudência ainda não havia sido superada.⁴⁷ Esse cenário, contudo, sofreu grande mudança com o advento da pandemia de Covid-19, contexto em que o STF consolidou uma clara e uniforme jurisprudência favorável ao reconhecimento de ampla autonomia dos entes estaduais e municipais, mesmo quando estes entraram em rota de colisão com a União.

4 Uma inflexão descentralizadora na jurisprudência do STF no contexto do enfrentamento à pandemia

Um amplo conjunto de decisões do STF adotou uma postura favorável à descentralização na atuação estatal em face da pandemia do Covid-19. Mas essa dimensão da jurisprudência da crise sanitária em relação ao federalismo não pode ser compreendida fora de um contexto maior de drástica redução da deferência do STF ao Governo Bolsonaro em temas relacionados ao enfrentamento à pandemia.

⁴⁴ STF. ADI nº 7.569. Rel. Cristiano Zanin, Tribunal Pleno. *DJe*, 9.4.2024.

⁴⁵ Cf., por todas, as múltiplas decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas estaduais que possuem algum tipo de conexão com relações contratuais no âmbito dos serviços públicos de telecomunicações (STF. ADI nº 7.321. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 4.8.2023) e de distribuição de energia elétrica (STF. ADI nº 3.703. Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 9.5.2023).

⁴⁶ Cf., a título exemplificativo, a decisão que reconheceu que “[n]ão viola a competência privativa da União lei estadual que dispõe sobre a recomposição de saldo de conta de depósitos judiciais” (STF. ADI nº 6.859. Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. *DJe*, 2.3.2023).

⁴⁷ Nas palavras de Natalia Pires de Vasconcelos e Diego Werneck Arguelhes, essas decisões que passaram a contestar a diretriz geral de centralização deveriam ser vistas como “*sinais ainda tímidos*” de transformação sobre a tendência tradicional” (ARGUELHES, Diego Werneck; VASCONCELOS, Natalia Pires de. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? In: MACHADO, Laura. *Legado de uma pandemia*: 26 vozes discutem o aprendizado para política pública. Rio de Janeiro: Autografia, 2021. p. 197).

Do total de ações diretas de inconstitucionalidade envolvendo a atuação dos entes estatais na pandemia, 61% seguiram o padrão de “autores diversos *versus* Bolsonaro”. Em 84% dessas ações, o STF deferiu os pedidos liminares contra o Governo Bolsonaro.⁴⁸ Por outro lado, a postura do Tribunal em relação aos estados foi completamente diferente: apenas 35% do total de ações diretas de inconstitucionalidade se dirigiram contra os estados e em apenas 16% desse conjunto de casos o STF deferiu os pedidos liminares.⁴⁹ O mesmo padrão foi observado em relação às arguições de descumprimento de preceito fundamental: em 73% das ações ajuizadas contra o Governo Federal, o STF deferiu os pedidos liminares, tendo deferido liminares contra os governos estaduais em apenas 17% dessas arguições.⁵⁰

Esse quadro de suspensão circunstancial do grau de deferência do STF em relação ao Governo central no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade não tem precedentes na história do Tribunal desde a promulgação da Constituição.⁵¹ A atuação do STF na defesa dos pilares da democracia – sistematicamente atacados pelo Governo Bolsonaro – explicam, em grande medida, o drástico aumento do número de derrotas da União em comparação com todos os governos anteriores.⁵²

Como anotou Fabiana Oliveira em trabalho do ano de 2020, a partir da análise de um conjunto de 85 ações de controle concentrado de constitucionalidade que versavam temas relacionados ao enfrentamento da pandemia examinadas até aquele momento, o STF efetivamente alterou o padrão de interferência no controle da legitimidade de atos do presidente da República para impor limites à sua política negacionista.⁵³ E foi nesse contexto mais amplo de intensificação da quantidade e da qualidade do controle dos atos do Governo Bolsonaro pelo STF que se inserem as decisões relativas aos conflitos federativos a respeito da atuação no enfrentamento à pandemia.

⁴⁸ OLIVEIRA, Vanessa Elias de Oliveira; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, 2021. p. 20-21.

⁴⁹ OLIVEIRA, Vanessa Elias de Oliveira; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, 2021. p. 21.

⁵⁰ OLIVEIRA, Vanessa Elias de Oliveira; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, 2021. p. 27.

⁵¹ Como demonstrou estudo de autoria de Oscar Vilhena, Rubens Glezer e Ana Laura Barbosa, o STF controlou mais e de maneira mais intensa os atos do Governo Bolsonaro. Os resultados sugerem que o STF adotou, ainda que sem uniformidade em relação aos mais variados setores atacados pelo Governo, uma postura de redução circunstancial do grau de deferência aos atos do Poder Executivo com o objetivo (explícito ou implícito) de proteção da democracia (VILHENA, Oscar; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura. STF decidiu mais e mais rápido em ações contra governo Bolsonaro após pandemia. *Folha de São Paulo*, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/stf-decidiu-mais-e-mais-rapido-em-aco-es-contr-a-governo-bolsonaro-apos-pandemia.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2024).

⁵² Cf., nesse sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2020. p. 271.

⁵³ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judicialização da política em tempos de pandemia. *Contemporânea*, São Carlos, v. 10, n. 1, p. 389-398, jan./abr. 2020.

Especificamente em relação aos embates federativos, quatro decisões principais espelham a mudança de trajetória da jurisprudência na direção de uma ampla descentralização da atuação estatal no contexto da pandemia de Covid-19. Ao reconhecer a constitucionalidade da obrigatoriedade da vacinação, o STF destacou que todos os entes federados tinham competência para implementar medidas indiretas, como a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes.⁵⁴ O Ministro Edson Fachin registrou de maneira explícita que a descentralização federativa admitida pelo STF a respeito da aplicação de medidas para garantia da obrigatoriedade da vacinação tinha relação com a omissão do Governo Federal na condução e coordenação dessa política sanitária. E o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento que assentou a legitimidade da obrigatoriedade da vacinação também registrou que a ampla descentralização federativa afirmada pela jurisprudência do STF estava associada à ausência de atuação adequada por parte do Governo federal.

A mesma postura descentralizadora foi adotada pelo STF no julgamento a respeito da competência para requisição de bens pelo Poder Público no âmbito do combate à pandemia. Na oportunidade, decidiu-se que as requisições a cargo dos estados e municípios não dependeriam de autorização pela União, sob pena de indevida invasão de competências que são comuns à União e aos entes federados.⁵⁵ O voto do Ministro Ricardo Lewandowski consignou que a submissão das requisições locais ao consentimento do Ministério da Saúde produzira o risco de que as medidas administrativas se revelassem ineficazes ou extemporâneas.

Esses dois precedentes acima referidos – ADIs da vacinação obrigatória e da requisição de bens – basearam-se expressamente nas duas primeiras decisões que marcaram essa diretriz descentralizadora da jurisprudência do STF no período da pandemia. A primeira decisão-marco foi aquela tomada no julgamento da ADI nº 6.341, ajuizada pelo PDT contra vários dispositivos da lei nacional que tratou do enfrentamento da pandemia de Covid-19 (Lei nº 13.979/20, na redação conferida pela MP nº 926/20), com o objetivo de garantir que a atuação de estados e municípios não estaria limitada pela ação ou pela omissão da União. A lei estabelecia, por exemplo, que medidas de restrição à locomoção interestadual e intermunicipal dependeriam da recomendação técnica e fundamentada da Anvisa e que as medidas adotadas pelos entes subnacionais não poderiam prejudicar atividades essenciais e serviços públicos (que seriam definidos em decreto do presidente da República).

A decisão liminar proferida pelo então Ministro Marco Aurélio manteve a lei intacta, mas registrou, para fins pedagógicos, que a sua interpretação não

⁵⁴ STF. ADI nº 6.586. Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. *DJe*, 6.4.2021.

⁵⁵ STF. ADI nº 6.362. Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. *DJe*, 9.12.2020.

poderia se distanciar da natureza concorrente da competência para atuar no campo da proteção à saúde. O Plenário do STF avançou um pouco mais para conferir interpretação conforme à Constituição ao §9º do art. 3º da Lei nº 13.979/20, de modo a explicitar que a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inc. I do art. 198 da Constituição, o presidente da República poderia dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos.⁵⁶ Poucos dias antes desse primeiro julgamento pelo Plenário do Tribunal, o Ministro Alexandre de Moraes já havia reconhecido e reconhecido, em caráter liminar,

o exercício da competência concorrente dos Governos Estaduais e Distrital e suplementar dos Governos Municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.⁵⁷

Nessa decisão, tomada pelo Ministro Alexandre de Moraes logo depois da intensificação do tom de confronto no discurso do presidente,⁵⁸ esclareceu-se que tal intervenção do STF se fazia necessária justamente pelo fato de a União não ter atuado de maneira eficaz na resposta à pandemia:

Lamentavelmente, contudo, na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato

⁵⁶ STF. ADI nº 6.341 MC-Ref. Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 13.11.2020.

⁵⁷ STF. ADPF nº 672-MC. Rel. Alexandre de Moraes, decisão monocrática. *DJe*, 15.4.2020.

⁵⁸ A propósito: “A ação dos estados aumentou o tom de confronto no discurso do presidente, que disse ‘tem certos governadores que estão tomando medidas extremas, que não competem a eles, como fechar aeroportos, rodovias, shoppings e feiras’. E segue provocativamente numa entrevista coletiva: ‘Tem um governo de Estado que só faltou declarar independência’. [...] Optando pelo confronto, Bolsonaro ameaçou flexibilizar as medidas de isolamento adotadas pelos governadores, mas foi desautorizado pelo STF em medida cautelar proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A decisão baseou-se nas competências compartilhadas em Saúde (artigo 23 da CF/88), presentes no federalismo cooperativo subjacente à Constituição” (ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. *Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental*. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2020. p. 669).

notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade.

A segunda decisão-marco do Plenário do STF a respeito da repartição de competências federativas na pandemia foi tomada no julgamento da ADI nº 6.341, oportunidade em que a mesma Lei nº 13.979/20 (alterada pelas MPs nºs 926/20 e 927/20) foi objeto de interpretação voltada a excluir estados e municípios da necessidade de autorização da União ou obediência e determinações de órgãos federais para adoção de medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia de Covid-19.⁵⁹

As decisões proferidas pelo Plenário do STF no julgamento das ADIs nºs 6.341-MC e 6.343-MC produziram uma nova diretriz jurisprudencial segundo a qual os entes locais não precisam de autorização da União, ou de ação prévia do ente central, para agir no contexto da pandemia.⁶⁰ Se é certo que esse legado possui algumas fragilidades derivadas da sua fundamentação ainda pouco transparente, também não podemos deixar de constatar que ele apresenta potencialidades no que se refere à sua capacidade de, a partir do pragmatismo, fomentar experiências plurais e democráticas em âmbito local.

5 Balanço parcial da jurisprudência sobre federalismo durante a crise sanitária: entre fragilidades e potencialidades de um pragmatismo descentralizador

Uma das vertentes mais influentes do pensamento contemporâneo, o pragmatismo evita as especulações filosóficas muito abstratas e desvinculadas da realidade concreta, tendo como características o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.⁶¹ O antifundacionalismo é a rejeição da busca de qualquer

⁵⁹ STF. ADI nº 6.343 MC-Ref. Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 17.11.2020.

⁶⁰ Na síntese de Gilmar Mendes e Georges Abboud, essas decisões deixaram a lição de que “em momentos de crise, o Poder Executivo federal não pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais tomadas no âmbito de suas respectivas competências constitucionais que venham a adotar medidas restritivas contrárias à orientação geral do Governo” (ABBoud, Georges; MENDES, Gilmar. A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 1022, dez. 2020).

⁶¹ Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 23-62.

fundamento último para as teorias e para os argumentos. O contextualismo enfatiza a importância do contexto histórico e das experiências humanas de cada sujeito nas investigações científicas e nas decisões a serem tomadas. Já o consequencialismo preconiza que se priorizem sempre as soluções que produzam os melhores resultados práticos para a sociedade.

No âmbito do direito, o mais conhecido defensor do pragmatismo é Richard Posner,⁶² para quem o principal critério para a correção de uma decisão judicial diz respeito à sua capacidade de produzir boas consequências, não só para o caso concreto, como também para o sistema como um todo. O pragmatismo jurídico é igualmente empirista, por atribuir mais importância aos dados da realidade do que às construções teóricas.⁶³ Para o pragmatismo jurídico, enfim, o direito não é um fim em si mesmo. O compromisso central do magistrado pragmático é com o atendimento das necessidades humanas e sociais a que o direito, como instrumento, visa a promover.

A preocupação com o mundo real e com as consequências práticas das decisões judiciais são contribuições relevantes do pragmatismo para o direito.⁶⁴ Tanto que, no Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi alterada para prever que, “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (art. 20, *caput*). Conforme ressalta Carlos Ari Sunfeld, um dos idealizadores da reforma pragmática da LINDB, dispositivos como esse “trazem a realidade para dentro dos jogos de aplicação da lei”,⁶⁵ condicionando a atuação de todos os órgãos públicos brasileiros, em qualquer instância.

O pragmatismo também vem ganhando tração no Supremo Tribunal Federal. Como afirmou o Min. Luiz Fux em prefácio a livro sobre o tema, “o contextualismo, o consequencialismo e o antifundacionalismo, como vertentes do pragmatismo, assumiram relevância na jurisdição constitucional e, por isso mesmo, revolucionaram

⁶² Cf.: POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003; POSNER, Richard. Um manifesto pragmático. In: POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 607-627.

⁶³ Na formulação de Thomas Grey, “pragmatismo significa liberdade da culpa teórica” (What is good in legal pragmatism. In: BRINT, Michael; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; MENDONÇA, José Vicente de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: o estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 179-198, 2014.

⁶⁴ Cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al.* (Org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; MENDONÇA, José Vicente de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: o estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 179-198, 2014.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 44.

o modo como se problematizam as funções institucionais dos magistrados”.⁶⁶ Em julgamento ainda não finalizado pelo STF, disse o Min. Luís Roberto Barroso que “o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”.⁶⁷

A jurisprudência descentralizadora desenvolvida pelo STF na solução das disputas federativas entre os anos de 2020 e 2022 foi decisivamente determinada não só pela gravidade da crise sanitária, mas também pela exigência de contenção da arbitrariedade que marcou a postura do Governo Bolsonaro durante a pandemia. Com relação aos dados que resultam da comparação entre a jurisprudência do STF anterior à pandemia da Covid-19 e aquela construída durante a crise sanitária, as decisões Tribunal adotadas no contexto da pandemia foram decisivamente influenciadas pelo pragmatismo jurídico nas suas três dimensões, a saber, a do consequencialismo (preocupação com a obtenção dos melhores resultados no enfrentamento à pandemia), contextualismo (consideração do quadro de absoluta ineficiência do Governo Federal na construção de respostas sanitárias eficazes) e antifundacionalismo (refutação à afirmação de teorias abrangentes sobre a legitimidade da atuação dos entes federados locais).

Como destacaram Natalia Vasconcelos e Diego Werneck, “o problema que o tribunal identificou nessas decisões é o de um poder central que, por incapacidade ou escolha, não assume o papel central que a Constituição lhe confere no enfrentamento da crise”.⁶⁸ E isso, na visão desses autores, comprova o fato de que essa diretriz jurisprudencial descentralizadora produzida na pandemia foi sustentada por um fato político contingente: o tipo de reação do Governo Bolsonaro diante da Covid-19. Ou, como concluíram:

para os ministros, o ideal seria a centralização – mas, se o poder central parece incapaz de reconhecer a gravidade do problema e tomar decisões tecnicamente fundamentadas, é preferível deixar que os municípios e estados exerçam mais poder, desde que tecnicamente fundamentado.⁶⁹

⁶⁶ FUX, Luiz. Prefácio. In: MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 2.

⁶⁷ LEIA as anotações do ministro Barroso para seu voto sobre o porte de drogas. *Conjur*, 10 set. 2015.

⁶⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; VASCONCELOS, Natalia Pires de. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? In: MACHADO, Laura. *Legado de uma pandemia: 26 vezes discutem o aprendizado para política pública*. Rio de Janeiro: Autografia, 2021. p. 201.

⁶⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; VASCONCELOS, Natalia Pires de. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? In: MACHADO, Laura. *Legado de uma pandemia: 26 vezes discutem o aprendizado para política pública*. Rio de Janeiro: Autografia, 2021. p. 204.

Passados pouco mais de dois anos do fim do estado de emergência em saúde pública em razão da Covid-19, parece cedo para afirmar que os precedentes do STF a respeito da autonomia dos entes subnacionais em relação à União no contexto da pandemia produziram uma superação consistente da tradicional tendência centralizadora da jurisprudência do Tribunal.⁷⁰ Ao contrário, algumas decisões bastante recentes sugerem que a postura centralizadora da jurisprudência ainda dá sinais de persistência. Recente decisão do STF, por exemplo, reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual estabelecia normas em prol dos adolescentes em formação educacional ou profissionalizante. A maioria do Tribunal entendeu que a lei invadia competência federal para legislar sobre direito trabalho, enquanto o voto vencido do Ministro Edson Fachin sustentava que a lei tratava do tema da proteção à infância e à juventude, inserido entre as competências concorrentes.⁷¹

Em outro caso que pode sinalizar essa tendência centralizadora, o Tribunal entendeu que lei municipal que proibia a construção de usinas hidrelétricas em seu território invadia competência para legislar sobre energia e águas, tendo ficado vencida a visão segundo a qual a lei tratava de proteção ao meio ambiente.⁷² Seguindo a mesma diretriz, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade formal, por invasão da competência federal para legislar sobre direito do trabalho, de norma estadual que determinava aos hospitais públicos e privados do Estado a criação de uma sala de descompressão, para ser utilizada pelos enfermeiros, técnicos de enfermagem e auxiliares de enfermagem. Ficou vencida, mais uma vez, a posição defendida pelo Ministro Edson Fachin no sentido de que a lei não tratava de matéria trabalhista, mas sim de implementação de uma política de saúde pública.⁷³

É possível que essa inconstância jurisprudencial derive, em alguma medida, da vagueza da fundamentação que caracteriza tais decisões. Miguel Gualano de Godoy e Renata Naomi Tranjan apontam que, “mesmo havendo motivos para a alteração no modo sobre como se vinha decidindo conflitos federativos, é preciso fundamentar essa virada jurisprudencial”.⁷⁴ De fato, não parece haver espaço para a consolidação de um legado substantivo a partir da experiência jurisprudencial descentralizadora do período de crise sanitária sem que o Tribunal saia da zona de

⁷⁰ Cf., nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p. 166-181, set./dez. 2020.

⁷¹ STF. ADI nº 3.093. Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno. *DJe*, 2.10.2023.

⁷² STF. ADPF nº 979. Rel. Min. Edson Fachin; Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 27.6.2023.

⁷³ STF. ADPF nº 979. Rel. Min. Edson Fachin; Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *DJe*, 7.6.2023.

⁷⁴ GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, 2023. p. 25.

reafirmação casuística do desenho da federação a partir da ideia de predominância de interesses e de outras cláusulas demasiado abertas que não oferecem parâmetros materiais seguros que prestigiem a pluralidade democrática das soluções alternativas locais para desenhar políticas públicas.

Embora o paradigma do pragmatismo jurídico se apresente como a melhor chave de leitura para compreender essa circunstancial tendência descentralizadora da jurisprudência do STF, essa valorização do pragmatismo pouco contribuirá para a afirmação perene de um experimentalismo local democrático se não for acompanhada de um sopesamento transparente das consequências em jogo e sem que elas sejam consideradas de modo sistêmico. Tal como advertiu Jane Reis, as variadas correntes do pragmatismo jurídico possuem “como referencial comum, a noção de que a melhor forma de testar as hipóteses construídas é identificar suas consequências práticas e compará-las com os efeitos concretos das teses adversárias”.⁷⁵ Esse é um ônus de justificação do qual o STF não pode se descolar se estiver disposto a investigar o potencial de realização dos objetivos estatais a partir da verificação das condições práticas de atuação dos diversos entes federativos no desenvolvimento das melhores soluções aos desafios impostos pelo projeto constitucional brasileiro de 1988.

Sabe-se que o pragmatismo jurídico não está imune a críticas.⁷⁶ Talvez as principais se liguem ao receio de que a adesão a essa corrente jusfilosófica distancie a atividade judicante de normas jurídicas vinculantes ou aceite a relativização de valores morais universais. O direito ostenta forte caráter deontológico, que não deve ser ignorado, sobretudo em questões eminentemente constitucionais. Contudo, há casos em que o pragmatismo e a deontologia caminham de mãos dadas, como nas hipóteses em que uma proposta descentralizadora de competências federativas favorece a fruição de direitos fundamentais por parte dos administrados.

Sob essa perspectiva, ainda que as decisões do STF adotadas no contexto da pandemia tenham sido influenciadas pelo pragmatismo jurídico, é possível que elas sirvam como anteparo a um projeto mais amplo, tanto jurisprudencial quanto de experimentação federativa democrática, o que exige melhor aproveitamento do legado jurisprudencial do período de crise sanitária como parâmetro de discussão das futuras disputas federativas. Num primeiro plano, mostra-se problemática a circunstância de o STF, até o momento, não ter adotado uma linha autorreflexiva e clara quanto ao alcance e termos da sua inflexão jurisprudencial no contexto da

⁷⁵ Cf. REIS, Jane Reis. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-73, jul./dez. 2016.

⁷⁶ Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 232-233.

pandemia da Covid-19. Em outras palavras, ainda que se aponte que o Tribunal vem delineando a ideia de que há uma “presunção contra preempção” e que a inação do ente nacional, no contexto da pandemia, precisava impulsionar o agir dos entes subnacionais, a falta de um reconhecimento claro quanto à superação do quadro jurisprudencial até então vigente torna insegura a estabilização de uma nova diretriz descentralizadora.

Por outro lado, se bem aplicado, o pragmatismo é uma caixa de ferramentas necessária para aperfeiçoar o modo pelo qual o STF trata as disputas federativas em sua jurisprudência. Afinal, na acepção clássica encontrada na obra de John Dewey, a dimensão empírica do pragmatismo é estreitamente vinculada à noção de democracia. A inteligência social se cria a partir das falhas percebidas em processos que supúnhamos conhecidos e sabidos; o conhecimento se molda pelo erro e pela experiência. Assim, a democracia nasce das circunstâncias novas que nos levam à resolução de problemas,⁷⁷ sendo próprio do saber e agir democráticos uma mútua determinação entre meios e fins.⁷⁸

É possível – e até natural – uma associação entre a visão pragmatista *deweyana* e as teorias que se debruçam sobre as formas contemporâneas de federalismo. Charles F. Sabel rememora a objeção que Dewey fazia à centralização burocrática operada, nos Estados Unidos, pelas políticas do *New Deal*, pois, num modelo federativo democrático, o que é esperado dos oficiais locais e dos atores privados, de todos os níveis, destinatários da regulação federal, não é simplesmente aderência à norma, mas sim investigação ativa das soluções superiores a partir de uma perspectiva crítica.⁷⁹ Se, de um lado, na obra *Public and its Problems*, Dewey prioriza claramente o localismo,⁸⁰ de outro, Judith Resnik defende a emergência de um federalismo fluído, permanentemente renegociado a partir dos seus conflitos. Na ótica da autora, o próprio apelo do federalismo decorre da ideia a ele subjacente

⁷⁷ Essa leitura da obra de John Dewey é encontrada em: SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012. p. 35-55.

⁷⁸ Charles F. Sabel resume que, na concepção de Dewey sobre democracia, está é “a forma de governo que mais incentiva e que melhor responde à formação da coisa ou esfera pública e, ao fazê-lo, permite à sociedade de indivíduos transatores, naturalmente interdependentes e gregários, reflectir deliberadamente sobre as suas trocas espontâneas, canalizando-as no interesse de todos, para se tornar uma comunidade autoconsciente” (SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012. p. 38).

⁷⁹ SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012. p. 45.

⁸⁰ Segundo Charles F. Sabel: “To understand Dewey’s affinity for this kind of communitarian localism – ‘the local is the ultimate universal, as near an absolute as exists,’ he wrote in *The Public and Its Problems* – it is helpful to see it in relation to the continuing influence on his thought and political formation of the republican populism and the associated movement for producer cooperatives of his youth, and especially his admiration for Henry George, one of the most radical defenders of the small holders and their local communities” (SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012. p. 42).

de que “mais de um regime jurídico é permitido, que os indivíduos têm múltiplas afiliações políticas e identidades de cidadania em camadas, e que as fontes do direito são plurais”.^{81 82}

Em linha com essa compreensão, e aprofundando a interação entre o paradigma do pragmatismo jurídico na solução de disputas federativas, o Ministro Edson Fachin assinalou, em voto vencido por meio do qual defendia a competência estadual para legislar sobre aspectos consumeristas da relação contratual estabelecida com operadoras de planos de saúde, “a assunção de competência pelo ente maior deve fundar-se no princípio da subsidiariedade, ou seja, na demonstração de que é mais vantajosa a regulação de determinada matéria pela União ou pelo Estado, conforme for o caso”.⁸³ A preocupação enfatizada pelo Ministro Edson Fachin de verificar a juridicidade da assunção da competência por cada ente federado a partir de uma avaliação da vantajosidade dos resultados constitui típica expressão da dimensão consequencialista do pragmatismo jurídico. Tal perspectiva é integrada, na visão do Ministro Edson Fachin, por uma visão antifundacionalista acerca dos critérios formais que devem orientar a solução de disputas federativas para prestigiar um “modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências”.⁸⁴

A adoção do pragmatismo jurídico como parâmetro para a solução de disputas federativas não conduz, inequivocamente, à valorização de uma postura descentralizadora de competências. Prova disso é que o STF tem se valido de diferentes dimensões do pragmatismo jurídico para invalidar normas locais que colocam em risco direitos fundamentais de alta relevância axiológica. Parece claro que, em casos de dúvida sobre a legitimidade da atuação legislativa dos entes locais, o STF tem adotado intensificado controle formal de constitucionalidade de leis estaduais cujos resultados são claramente lesivos a direitos e valores constitucionais fundamentais.

⁸¹ DEWEY, John. *The public and its problems: an essay in political inquiry*. [s.l.]: Ohio University Press., 2016. Edição do Kindle. p. 5.

⁸² Para Resnik, “In the last several decades, federalism theory and practice helped to bring attention to ideas of competition, diversity, autonomy, demos, community, voice, participation, and exit—with governance mapped onto vertical and horizontal dimensions as well as centers and peripheries and puzzled about the relationship of federalisms to democracy. The new governance/experimentalism literature speaks in other terms—about the degrees to which processes are open, transparent, participatory, accountable, effective, and coherent. Once the diagonals and webs of that literature are added to the federalism grids, new inquiries are needed to assess—at the micro and macro levels—federalism discounts, jurisdictional assignments, and temporizing accommodations. Federalism literature often aspires for more—a hope of a relationship between jurisdiction and justice. The pull to such a cheerful federalism is powerful, as its pluralism recognizes the value of community and of collective identities, and its liberalism attends to human flourishing through protection of dignity and equality and the just” (RESNIK, Judith. *Federalism(s)’s forms and norms: contesting rights, de-essentializing jurisdictional divides, and temporizing accommodations*. *Nomos*, v. 55, 2014. p. 409).

⁸³ STF. ADI nº 7.376. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 2.10.2023.

⁸⁴ STF. ADI nº 7.376. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 2.10.2023.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a declaração de inconstitucionalidade formal, por invasão de competência federal, de lei estadual que proibia o uso de linguagem neutra em escolas públicas,⁸⁵ de leis estaduais e municipais que proibiam o ensino sobre questões de gênero e sexualidade na rede pública⁸⁶ ou, igualmente, com a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que proibia destruição de bens apreendidos em operações ambientais.⁸⁷

Como se vê, embora esse pragmatismo jurídico que favoreça a realização de direitos fundamentais não tenha sido perenemente incorporado à prática do STF como guia para a solução de disputas federativas, a jurisprudência construída no período da crise sanitária pode funcionar como mecanismo impulsionador desse tipo de reflexão que aprofunde as possibilidades de um federalismo aberto ao experimentalismo e à inovação.

6 Conclusão

Apesar da valorização dos entes estaduais e municipais pela Constituição, que estabeleceu um rol generoso de competências administrativas comuns e legislativas concorrentes, o amplo rol de competências privativas da União tem sido, tradicionalmente, interpretado de maneira extensiva pela jurisprudência do STF nas últimas três décadas. Essa tendência da jurisprudência do STF de concentração de competências na União – que já havia dado sinais de arrefecimento em casos isolados – foi interrompida no contexto da pandemia da Covid-19. De fato, uma sequência importante de precedentes prestigiou a participação dos estados e municípios no enfrentamento da crise sanitária. Tais decisões foram decisivamente influenciadas pelo paradigma do pragmatismo jurídico nas três dimensões que detalhamos neste texto (consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo).

É possível que alguma dose de consequencialismo e contextualismo já tivesse influenciado tanto a tendência geral descentralização como os episódios de descentralização eventual da jurisprudência do STF. De um lado, a especial preocupação dada pelo Tribunal à liberdade de iniciativa e à garantia da racionalidade regulatória em determinados setores da economia, por exemplo, podem ter contribuído para a afirmação da prevalência da competência privativa da União em face das competências locais. Por outro lado, o crescente valor da proteção ao meio ambiente pode ter contribuído para uma recente tendência da jurisprudência de prestigiar as

⁸⁵ STF. ADI nº 7.019. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. *DJe*, 10.4.2023.

⁸⁶ Cf., por todos, STF. ADI nº 5.537. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. *DJe*, 16.9.2020; e STF. ADPF nº 461. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. *DJe*, 22.9.2020.

⁸⁷ STF. ADI nº 7.203. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. *DJe*, 3.5.2023.

competências estaduais e municipais nesse campo. Mas as decisões que resolveram as disputas federativas no contexto da pandemia da Covid-19 constituem, em seu conjunto, o exemplo mais destacado do modo como todas as dimensões do pragmatismo jurídico foram aplicadas pela jurisprudência do STF.

A análise da nova jurisprudência do STF à luz do diálogo entre esses aportes teóricos parece-nos indicar que, desde a promulgação da Constituição de 1988, nunca tinha ficado tão evidente a importância do princípio federativo para a proteção da democracia brasileira. Esse princípio emerge aqui de forma concreta e contingente, moldado pela experiência das disputas federativas vividas no contexto da pandemia da Covid-19. Esse material simboliza uma inovação jurisprudencial destacada no tempo e na trajetória do Tribunal, a qual, a um só tempo, reverbera de modo mais destacado as dimensões do pragmatismo jurídico, mas também apresenta a potencialidade de se estabelecer como uma mudança de postura mais ampla e capaz de produzir efeitos irradiantes.

A perspectiva pragmática que orientou a jurisprudência do STF no contexto da crise sanitária não permite antecipar, com segurança, se esses precedentes que reconheceram maior liberdade de atuação em favor de estados e municípios podem traduzir um sinal de superação definitiva da tendência de centralização. É possível que a dramática crise sanitária – que secundou e aprofundou uma crise mais profunda da própria democracia brasileira – e a experiência bem-sucedida de valorização das competências locais deixem um legado que transcenda a importância do *federalismo cooperativo* como mero vetor de contenção da arbitrariedade e do autoritarismo e o potencialize como ferramenta de fomento ao autogoverno e à participação democrática local na tomada de decisões e busca por soluções.

Referências

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar. A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 1022, dez. 2020.
- ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2020.
- ARGUELHES, Diego Werneck; VASCONCELOS, Natalia Pires de. Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual? In: MACHADO, Laura. *Legado de uma pandemia*: 26 vezes discutem o aprendizado para política pública. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.
- ARRETICHE, Marta Teresa da Silva. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 200, p. 21-54, abr./jun. 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p. 166-181, set./dez. 2020.

CANELO, Julio. *Judicializando a Federação?* O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

CASTILLO, José Arthur de. *Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Impacto da pandemia da Covid-19 na federação brasileira: descentralizando a disfuncionalidade. *Opin. Jurid.*, v. 19, p. 239, 2020.

COOK, Nancy; DIAMOND, Dan. A Darwinian approach to federalism': States confront new reality under Trump. *Político*. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2020/03/31/governorstrump-coronavirus-156875>. Acesso em: 28 fev. 2024.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte? *RDP*, Brasília, v. 17, n. 96, p. 37-64, nov./dez. 2020.

DEWEY, John. *The public and its problems: an essay in political inquiry*. [s.l.]: Ohio University Press., 2016. Edição do Kindle.

GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, 2023.

GRIN, Eduardo José; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo; SEGATTO, Catarina Ianni; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; NASCIMENTO, Alex Bruno Ferreira Marques do; SCHOMMER, Paula Chies. A pandemia e o futuro do federalismo brasileiro. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 27, n. 87, 2022.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, 2013.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEONCY, Leo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento lógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Revista de Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 157, 2013.

MAGALHÃES, Vinícius Cunha. *Princípio da lealdade federativa: fundamentação jurídica, critérios de aplicação, concretizações essenciais e justificabilidade a partir da comparação com o direito alemão*. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judicialização da política em tempos de pandemia. *Contemporânea*, São Carlos, v. 10, n. 1, p. 389-398, jan./abr. 2020.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. *Revista Lua Nova*, v. 78, 2010.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-73, jul./dez. 2016.

PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e uma solução de seus conflitos à luz do direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

POSNER, Richard A. Legal pragmatism. *Metaphilosophy*, v. 35, 2004.

RESNIK, Judith. Federalism(s)'s forms and norms: contesting rights, de-essentializing jurisdictional divides, and temporizing accommodations. *Nomos*, v. 55, 2014.

SABEL, Charles F. Dewey, democracy and democratic experimentalism. *Contemporary Pragmatism Editions*, v. 9, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2020.

VILHENA, Oscar; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura. STF decidiu mais e mais rápido em ações contra governo Bolsonaro após pandemia. *Folha de São Paulo*, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/stf-decidiu-mais-e-mais-rapido-em-aco-es-contra-governo-bolsonaro-apos-pandemia.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2024.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

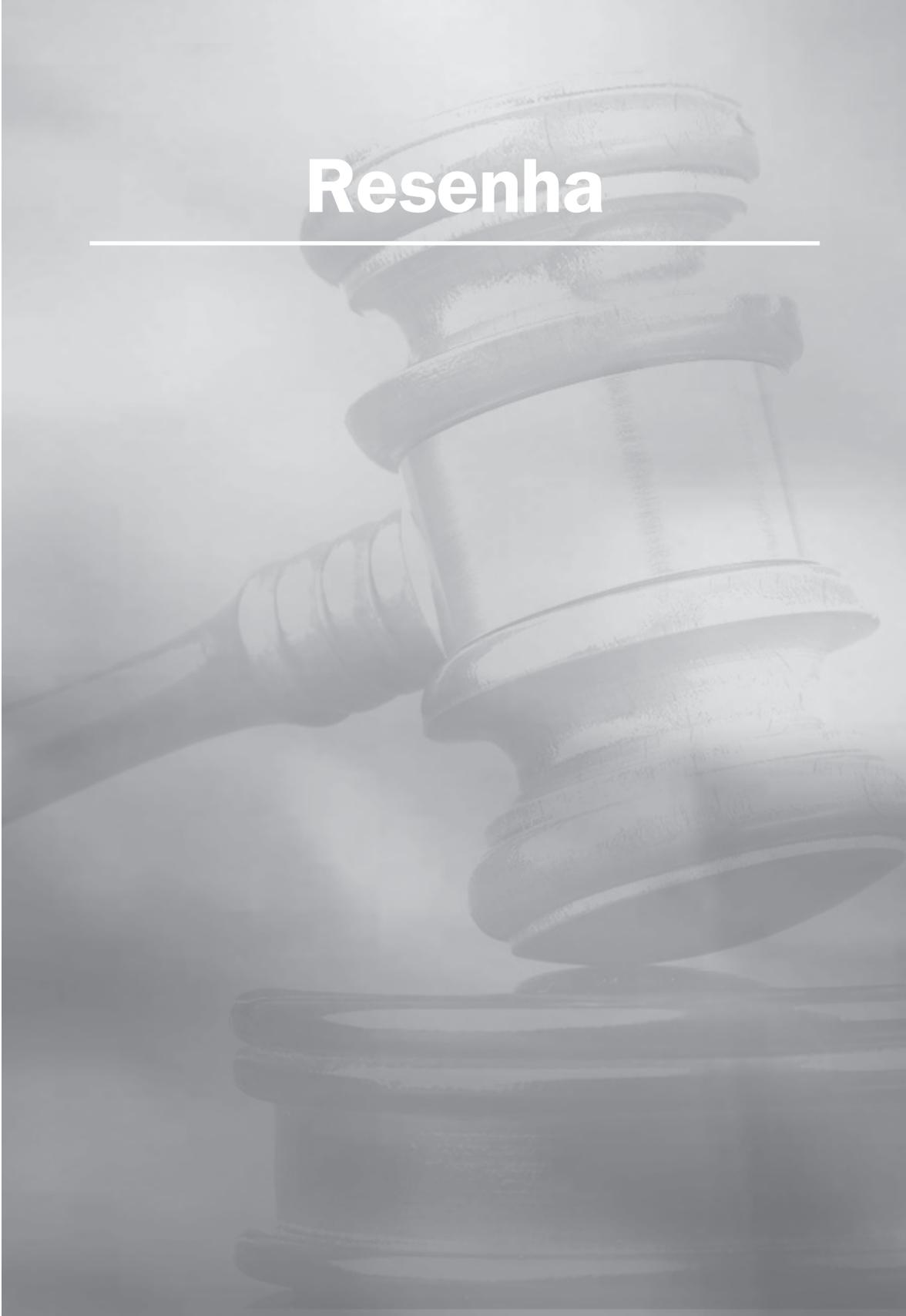
SOUSA FILHO, Ademar Borges de; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. O STF e a solução das disputas federativas na pandemia de Covid-19: um legado em disputa. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 50, p. 167-195, jan./jun. 2024.

Submissão: 21.5.2024

Pareceres: 22.6.2024, 21.6.2024

Aceite: 24.6.2024

Resenha



HOW TO INTERPRET THE CONSTITUTION, DO PROF. DR. CASS R. SUNSTEIN

Carlos Alberto Molinaro

Doutor em Direito. Professor Emérito da PUCRS. Advogado jubilado pela OAB/RS. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6203-2583>.

Autor: Cass R. Sunstein

Obra: *How to interpret the Constitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2023. ISBN: 9780691252049. 209 p. Idioma: Inglês.

Resumo: Este livro entra profundamente no intrincado domínio da interpretação constitucional, explorando as diversas teorias e abordagens que moldam a maneira como a Constituição é compreendida e aplicada. Ele destaca a importância dos pontos fixos e a inevitabilidade da escolha ao selecionar uma teoria de interpretação. Por meio de análises minuciosas, o autor navega pelo sutil cenário das interpretações, que vão desde o originalismo até as leituras morais, lançando luz sobre os desafios e possibilidades inerentes a esse aspecto fundamental do direito constitucional.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Controle de constitucionalidade. Originalismo. Tradicionalismo. Leituras morais. Textualismo.

Abstract: This book delves deeply into the intricate domain of constitutional interpretation, exploring the various theories and approaches that shape how the Constitution is understood and applied. It highlights the importance of fixed points and the inevitability of choice when selecting an interpretation theory. Through meticulous analysis, the author navigates the subtle landscape of interpretations, ranging from originalism to moral readings, shedding light on the challenges and possibilities inherent in this fundamental aspect of constitutional law.

Keywords: Constitutional interpretation. Judicial review. Originalism. Traditionalism. Moral readings. Textualism.

Summary: Introduction – Analysis – As a critique – On the author

Sumário: Introdução – Análise – A título de crítica – Sobre o autor – Principais obras do autor

Introdução

O livro *How to interpret the Constitution (Como interpretar a Constituição)*, de Cass R. Sunstein, explora as diversas abordagens para interpretar a Constituição dos Estados Unidos. Sunstein tem como objetivo fornecer um manual para entender as diversas perspectivas sobre a Constituição, por que elas e como avaliá-las. O livro mergulha nas questões duradouras relacionadas à interpretação constitucional, com dois objetivos principais: esclarecer a natureza das discordâncias legítimas e oferecer um método para selecionar uma teoria de interpretação constitucional que aprimore a ordem constitucional americana.

Sunstein discute diferentes teorias de interpretação, enfatizando a importância de escolher uma teoria que melhore a ordem constitucional em vez de piorá-la. Ele esboça os conceitos-chave de adequação e justificação, sugerindo que uma teoria de interpretação deve estar alinhada com as crenças fundamentais sobre o direito constitucional. Sunstein aborda a tensão entre o originalismo e as leituras morais da Constituição, destacando a natureza evolutiva do entendimento constitucional ao longo do tempo.

O autor explora o papel dos juízes na interpretação da Constituição, sugerindo que os juízes devem fazer julgamentos morais quando necessário, mesmo que isso signifique se desviar das interpretações originalistas. Sunstein também aborda o constitucionalismo da *common law* e a importância dos julgamentos caso a caso no desenvolvimento de princípios constitucionais.

Ele discute a importância de pontos fixos na interpretação constitucional, afirmando que os juízes devem buscar o equilíbrio reflexivo para alinhar seus julgamentos em diferentes níveis de generalidade. Ao longo do livro, Sunstein compara e contrasta diversas abordagens à interpretação constitucional, como o textualismo, a revisão judicial que reforça a democracia, as leituras morais e o tradicionalismo. Ele examina as implicações dessas abordagens em questões constitucionais específicas, como aborto, casamento entre pessoas do mesmo sexo e liberdade de expressão. Sunstein argumenta que os juízes e outros devem considerar as consequências de suas escolhas interpretativas e buscar uma teoria que aprimore os valores democráticos e os princípios constitucionais.

Em resumo, *Como interpretar a Constituição* oferece uma exploração matizada das complexidades envolvendo a interpretação constitucional, fornecendo *insights* sobre os métodos, desafios e implicações de diferentes abordagens interpretativas. A análise de Sunstein encoraja os leitores a avaliar criticamente as teorias de interpretação e seu impacto na ordem constitucional, visando a uma abordagem mais informada e fundamentada para compreender a Constituição.

Análise

O livro, após uma articulada introdução, está dividido em seis capítulos, um bem elaborado índice analítico e finalmente uma cópia da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte.

O *Capítulo 1* adentra nas diversas abordagens principais para interpretar a Constituição. Discute as posições adotadas por diferentes teóricos e estudiosos em relação à interpretação constitucional, com foco no originalismo, na revisão da democracia, nas leituras morais, no constitucionalismo da *common law* e no constitucionalismo do bem comum. O capítulo enfatiza a importância de defender e justificar qualquer teoria de interpretação escolhida com base em seu efeito na ordem constitucional americana. O autor explora as origens históricas e a evolução do originalismo e suas implicações para entender as intenções dos redatores em comparação com o significado público da Constituição. O capítulo também aborda a ideia de pontos fixos no direito constitucional e a necessidade de alinhar os julgamentos sobre interpretação com esses pontos fixos.

O *Capítulo 2* discute a inevitabilidade da escolha na interpretação constitucional. O capítulo explora as diversas teorias de interpretação, como o thayerismo, o constitucionalismo da *common law* e as leituras morais. Ele enfatiza que juízes e outros devem escolher uma teoria de interpretação que esteja alinhada com suas visões profundamente enraizadas para melhorar, e não piorar, a ordem constitucional. O capítulo também destaca que pontos fixos, incluindo convicções morais sobre casos específicos, desempenham um papel crucial na determinação da teoria correta de interpretação constitucional. Argumenta-se que os juízes devem considerar se a teoria escolhida leva a resultados que estejam em consonância com suas convicções morais e legais. O capítulo desafia teorias proeminentes como o originalismo e sugere que qualquer abordagem à interpretação constitucional deve ser justificada com base em seu impacto na ordem constitucional.

O *Capítulo 3* trata sobre o juramento de cargo¹ (ou de posse) como um guia na escolha de teorias de interpretação. Ele argumenta que o juramento não implica

¹ No original: *The Oath of Office*. O juramento de cargo (ou de posse) é um compromisso solene assumido por indivíduos que assumem cargos de serviço público, especialmente em funções governamentais. Nos Estados Unidos, vários funcionários, do presidente aos membros do Congresso, fazem juramentos de defender a Constituição. O juramento significa uma promessa de cumprir os princípios e as leis do país, servir o povo fielmente e proteger os valores democráticos consagrados na Constituição. O texto do juramento é muitas vezes padronizado, com indivíduos jurando defender a Constituição e cumprir seus deveres com integridade e dedicação. O juramento representa um ato simbólico de fidelidade à nação e seus princípios fundamentais. É um lembrete das responsabilidades que vêm com a posse de cargos públicos e a confiança depositada naqueles eleitos ou nomeados para servir ao interesse público. O juramento desempenha um papel crucial na manutenção do estado de direito e na garantia de que os funcionários públicos atuem no melhor interesse das pessoas que servem. Ao se comprometer a apoiar a Constituição e cumprir fielmente

uma abordagem específica de interpretação, e embora muitas pessoas pensem que ele tem implicações para a escolha de teorias, ele sugere que tudo sobre o juramento é interessante. O capítulo adentra na importância do juramento e suas implicações para a escolha de teorias de interpretação.

O *Capítulo 4* serve como o argumento central do livro, enfatizando a importância de pontos fixos na escolha de uma teoria de interpretação. Sunstein argumenta que, para escolher uma teoria de interpretação constitucional, juizes e outros devem buscar o “equilíbrio reflexivo”, alinhando seus julgamentos em múltiplos níveis de generalidade. Ele sugere que não há outra maneira de escolher uma teoria de interpretação constitucional e que as consequências da escolha para julgamentos específicos que funcionam como “pontos fixos” provisórios devem ser consideradas. Sunstein também discute a importância de leituras morais, reforço da democracia e tradicionalismo do devido processo legal, destacando a relevância de pontos fixos no contexto de diferentes teorias interpretativas.

O *Capítulo 5* do livro adentra no conceito de tradicionalismo e sua relevância no direito constitucional. Destaca a rejeição ao tradicionalismo e enfatiza a necessidade de questionar práticas de longa data e estar aberto a novas compreensões morais para aprimorar o direito constitucional. O capítulo também aborda a importância de juizes cautelosos que fazem julgamentos morais sobre liberdade com mais profundidade do que depender apenas de tradições. Sugere que leituras morais por juizes não eleitos podem levar a um sistema melhor de direito constitucional do que o tradicionalismo no mundo moderno.

Por outro lado, o *Capítulo 6* propõe o que a Constituição dos EUA deve permitir e proibir. Parece ser um apelo apaixonado ou um *cri de coeur* do autor, instando que a Constituição dos EUA deve permitir ações que sejam éticas e benéficas, ao mesmo tempo que proíbe aquelas que são injustas ou brutais. O capítulo destaca a importância de os juizes buscarem o “equilíbrio reflexivo” em seus julgamentos, alinhando suas decisões com suas convicções fundamentais em vários níveis de generalidade.

Em conclusão, os capítulos 5 e 6 concentram-se na natureza evolutiva do direito constitucional e na necessidade de os juizes se adaptarem a entendimentos morais em constante mudança, garantindo que a Constituição esteja alinhada com os princípios de justiça, democracia e liberdade. A rejeição do tradicionalismo e a defesa das leituras morais na interpretação da Constituição sinalizam uma mudança em direção a um arcabouço legal mais progressista e inclusivo. O apelo do autor

seus deveres, os indivíduos se comprometem a defender os valores de democracia, justiça e igualdade que formam a base da governança da nação. O juramento serve como uma luz orientadora para os funcionários públicos, lembrando-os de seu dever para com os cidadãos e as leis. (Nota do resenhista).

por um direito constitucional mais fundamentado moralmente prepara o terreno para uma abordagem progressista que visa aprimorar o tecido democrático e ético da ordem constitucional dos EUA.

A título de crítica

Uma possível crítica ao livro *Como interpretar a Constituição*, de Cass R. Sunstein, envolve diversos pontos-chave.

Por um lado, encontramos alguns déficits na narrativa, como:

1. *Ênfase no equilíbrio reflexivo*: o pesado uso por Sunstein do conceito de “equilíbrio reflexivo” pode ser visto como limitador da exploração de outras abordagens interpretativas. Enquanto o equilíbrio reflexivo é crucial, uma superênfase nele pode obscurecer perspectivas alternativas que poderiam enriquecer a análise.
2. *Viés em favor de leituras morais*: a forte defesa de Sunstein por leituras morais, embora valiosa, pode ser considerada uma limitação, uma vez que pode levar a ignorar a complexidade da interpretação legal para além de considerações morais. Esse viés pode reduzir a profundidade da análise ao favorecer leituras morais em detrimento de outras abordagens válidas.
3. *Insuficiente atenção às visões contrárias*: o livro pode ter falhado em se envolver adequadamente com visões contrárias, especialmente as perspectivas tradicionalistas e originalistas. Um tratamento mais abrangente dessas visões poderia ter enriquecido a discussão e fornecido uma análise mais equilibrada.
4. *Falta de estudos de caso concretos*: o livro poderia ter se beneficiado de mais estudos de caso concretos para ilustrar a aplicação de várias teorias interpretativas na prática. Exemplos concretos teriam tomado as discussões teóricas mais tangíveis e relacionáveis com cenários do mundo real.

Todavia, por outro, têm-se bem articulados:

1. *Exame equilibrado das teorias interpretativas*: embora Sunstein possa ter enfatizado o equilíbrio reflexivo e as leituras morais, sua análise abrangente de várias teorias interpretativas fornece uma visão ampla do assunto. A abordagem estruturada do livro permite que os leitores compreendam as nuances de diferentes abordagens.
2. *Clareza e acessibilidade*: o estilo de escrita de Sunstein é acessível e claro, tornando conceitos legais complexos compreensíveis para um público mais amplo. Essa clareza aumenta o valor educacional do livro e garante que os leitores possam se envolver efetivamente com o conteúdo.

3. *Relevância para debates contemporâneos*: o foco do livro na escolha de uma teoria de interpretação constitucional que melhore a ordem constitucional é altamente relevante para os debates legais e políticos contemporâneos. A ênfase de Sunstein nas implicações práticas das teorias interpretativas adiciona uma dimensão valiosa à discussão.

Enfim, o trabalho ora resenhado fornece uma exploração instigante das complexidades da interpretação da Constituição, oferecendo uma análise abrangente de várias teorias legais e suas implicações. Desafia os leitores a considerar a natureza dinâmica da interpretação constitucional e o profundo impacto que diferentes abordagens podem ter em nosso sistema jurídico. Este exame crítico da interpretação constitucional serve como um recurso valioso para entender a intrincada interação entre princípios legais, contexto histórico e considerações morais dentro do reino do direito constitucional.

Sobre o autor

Cass R. Sunstein é reconhecido como um estudioso de direito, autor e acadêmico renomado por sua pesquisa em direito constitucional, direito administrativo e economia comportamental. Nascido em 21.9.1954, em Massachusetts, Sunstein concluiu seus estudos de graduação na Harvard College em 1975 antes de cursar seu diploma em Direito na Harvard Law School, formando-se em 1978. Após seus estudos acadêmicos, Sunstein embarcou em uma carreira distinta que abrange academia e serviço público. Ele ocupou várias posições de destaque, incluindo a docência na University of Chicago Law School e Harvard Law School. Sunstein também serviu no governo Obama como Administrador do Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios de 2009 a 2012. Além disso, ele esteve associado a diversos *think tanks* e instituições de pesquisa proeminentes, contribuindo significativamente para o discurso jurídico e político.

Como autor prolífico, escreveu inúmeras obras sobre temas relacionados ao direito, políticas públicas e economia comportamental. Suas publicações frequentemente exploram teorias jurídicas complexas e as implicações pragmáticas da interpretação jurídica na sociedade. A escrita de Sunstein é caracterizada por sua profundidade acadêmica, clareza e análise perspicaz de questões constitucionais. Em resumo, Cass R. Sunstein emerge como um proeminente estudioso de direito e figura intelectual cuja obra exerceu uma influência significativa na teoria jurídica e no discurso público.

Principais obras do autor

- *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State* (1990) – Harvard University Press
- *The Partial Constitution* (1993) – Harvard University Press
- *Democracy and the Problem of Free Speech* (1993) – Free Press
- *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996) – Oxford University Press
- *Free Markets and Social Justice* (1997) – Oxford University Press
- *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (1999) – Harvard University Press
- *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment* (2002) – Cambridge University Press
- *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever* (2004) – Basic Books
- *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* (2005) – Cambridge University Press
- *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge* (2006) – Oxford University Press
- *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (with Richard H. Thaler, 2008) – Yale University Press
- *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide* (2009) – Oxford University Press
- *Simpler: The Future of Government* (2013) – Simon & Schuster
- *Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism* (2014) – Yale University Press
- *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter* (with Reid Hastie, 2014) – Harvard Business Review Press
- *The World According to Star Wars* (2016) – HarperCollins
- *Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media* (2017) – Princeton University Press
- *The Cost-Benefit Revolution* (2018) – MIT Press
- *Conformity: The Power of Social Influences* (2019) – NYU Press
- *Too Much Information: Understanding What You Don't Want to Know* (2020) – MIT Press
- *Noise: A Flaw in Human Judgment* (with Daniel Kahneman and Olivier Sibony, 2021) – Little, Brown and Company
- *How to interpret the Constitution* (2023) – Princeton University Press

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOLINARO, Carlos Alberto. How to interpret the Constitution, do Prof. Dr. Cass R. Sunstein. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 50, p. 199-206, jan./jun. 2024.

Submissão: 14.4.2024

Aceite: 17.6.2024

NORMAS EDITORIAIS

REVISTA DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA (QUALIS A1)

MISSÃO

A revista *Direitos Fundamentais & Justiça* é uma publicação semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (CAPES 6).

O Programa de Pós-Graduação em Direito abrange os cursos de Mestrado e Doutorado e estrutura-se em torno de duas áreas de concentração: 1) Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado, com duas linhas de pesquisa, versando, respectivamente, sobre a Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado e a Hermenêutica, Justiça e Estado Constitucional; 2) Teoria Geral da Jurisdição e Processo, com ênfase na linha de pesquisa Jurisdição, Efetividade e Instrumentabilidade do Processo.

A missão da Revista é a de acolher artigos científicos, resenhas de livros, comentários de jurisprudência nacional, estrangeira e internacional que tenham por objeto temas vinculados aos seguintes eixos temáticos: a) Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Humanos e Fundamentais; b) Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação; c) Hermenêutica, Justiça e Estado Constitucional, e d) Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo.

LINHA EDITORIAL

Direitos Fundamentais & Justiça, com toda a sua complexidade, constituem, além de grandezas indissociáveis e inerentes a qualquer sociedade que se pretenda legitimamente fundada e organizada, uma permanente tarefa e um constante desafio para os Estados (seja no plano interno, seja no internacional), para a sociedade e para cada um de nós. Direitos Fundamentais & Justiça, além disso, na perspectiva material e processual, constituem o eixo em torno do qual se estruturam as áreas de concentração, as linhas de pesquisa, a estrutura curricular, os projetos de pesquisa e a produção técnica e científica do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

A Revista publica artigos de pesquisa e reflexão acadêmicas, estudos analíticos e resenhas na área da ciência jurídica e cultura política em geral, sempre vinculados às áreas de concentração do Programa de Pós-Graduação supramencionadas, a partir das seguintes seções: “Doutrina Estrangeira”, apresentando os artigos

temáticos de autores estrangeiros; “Doutrina Nacional”, apresentando os artigos temáticos de autores brasileiros; “Resenhas”, contendo avaliações e comentários sobre publicações acadêmicas nacionais e estrangeiras; e “Comentários de Jurisprudência”, trazendo análises críticas de decisões judiciais paradigmáticas nacionais e estrangeiras.

A Revista publica *artigos* somente quando ao menos um dos autores tem título de doutor. Ademais, entre os artigos aprovados no *blind peer review*, serão privilegiados, em caso de necessidade de desempate, os artigos com ao menos um autor professor permanente de programa de pós-graduação *stricto sensu*. Também será critério de desempate a titulação dos demais coautores não doutores – se mestrandos, mestres ou doutorandos.

Todos os textos submetidos devem ser inéditos no Brasil, vedado o seu encaminhamento simultâneo a outras revistas, exigindo-se do autor, já antes do início do processo de avaliação cega por pares, declaração de ineditismo e compromisso de exclusividade por prazo de nove meses. Uma vez aceito o artigo e como condição necessária para sua publicação, os autores assinam nova declaração de ineditismo e exclusividade, dessa vez válida por seis meses. Os autores não recebem qualquer remuneração pela publicação de seus trabalhos na Revista. Como cortesia, autores e coautores receberão acesso à versão digital da revista com a publicação do artigo, disponível na Plataforma FÓRUM de Conhecimento Jurídico.

Na análise para a aceitação de um artigo serão observados os critérios de adequação ao escopo da revista, qualidade científica atestada pela Comissão Editorial e por processo anônimo de avaliação por pares (*Blind Peer Review*) e cumprimento das normas e regras listadas abaixo.

Os artigos devem ser enviados ao Conselho Editorial da *Direitos Fundamentais & Justiça* pelo *site* da Revista em <http://ojs.editoraforum.com.br/dfj/index.php/dfj/index>. Os artigos podem sofrer alterações editoriais não substanciais (reparações, correções gramaticais, adequações estilísticas e editoriais).

- a) **FORMATO:** Texto em arquivo compatível com Microsoft Word, e padrão ABNT NBR 6023.
- b) **IDENTIFICAÇÃO**
 - **TÍTULO** em português e inglês.
 - Nome do(s) AUTOR(ES), e respectivos dados acadêmicos (titulação e atual filiação acadêmica, especificando as instituições de ensino superior) e de contato (endereço de *e-mail*). Tais dados devem constar na primeira página do arquivo. Demais identificações de autoria como em autocitações ao longo do texto e nas propriedades do arquivo devem ser suprimidas. Sobre esse último item ver: <http://office.microsoft.com/pt-br/word-help/remover-dados-ocultos-e-informacoes-pessoais-de-documentos-do-office-HA010037593.aspx>.

c) RESUMO, PALAVRAS-CHAVE e SUMÁRIO:

- Em português e inglês, conforme ABNT NBR 6028. Resumo com no máximo 200 palavras.

d) NOTAS EXPLICATIVAS E REFERÊNCIAS: O sistema de referências utilizado deve ser o ABNT – Direito. As referências devem ser dispostas no rodapé ao final da página. A lista da bibliografia utilizada deve igualmente aparecer no fim do artigo.

e) TAMANHO DO TEXTO: no máximo 30 (trinta) laudas.

A Editora Fórum e o Conselho Editorial não assumem qualquer responsabilidade legal pelas ideias e informações externadas pelos autores em seus textos. Os autores são responsáveis cível e criminalmente pelos seus textos.

Os autores cedem à Editora os direitos autorais sobre os textos aceitos para publicação.

PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO DE ARTIGOS SUBMETIDOS – *DOUBLE BLIND PEER REVIEW*

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pela Coordenação Científica da Revista, verificando sua adequação à sua linha editorial. Os artigos aprovados nessa seleção prévia são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *double blind peer review*. Os pareceristas não conhecem a identidade do autor e vice-versa. Os textos das seções “Resenhas” e “Comentários de Jurisprudência” estão isentos do processo de *blind review*.

O prazo dos revisores para a elaboração do parecer é de 21 dias. Recebido o parecer, este é imediatamente encaminhado (sem dados sobre a identidade do parecerista) ao autor do artigo para que tome ciência. Se o revisor indica a necessidade de aprimoramento do trabalho o autor tem a prerrogativa de enviar, no prazo de 30 dias, uma nova versão com todas as adições e alterações realçadas em vermelho. O texto será então repassado ao mesmo revisor para nova análise.

Somente podem ser aceitos para publicação pelo Conselho Editorial artigos com parecer favorável de dois revisores. Caso um revisor dê parecer favorável e outro desfavorável, o artigo será enviado a um terceiro revisor para desempate. Excepcionalmente, haverá convites para publicação, não excedendo tais casos 25% dos artigos publicados em determinado ano. Apenas artigos de autores estrangeiros recebem convite para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pela Coordenação Científica da Revista.

Esta obra foi composta na fonte Frankfurt,
corpo 10 e impressa em papel Offset 75g
(miolo) e Supremo 250g (capa)
pela Meta Brasil em Cotia/SP.

Nesta edição

DOCTRINA ESTRANGEIRA

Um sistema de saúde digital na Alemanha –
Cibersegurança, proteção de dados e inteligência
artificial

Sebastian Bretthauer

DOCTRINA NACIONAL

Os direitos humanos fundamentais das minorias
sexuais e de gênero no Brasil a partir das decisões do
Supremo Tribunal Federal

**Alberto Barreto Goerch, Everton Rodrigo
Santos, Gabriel Eidelwein Silveira**

Os Princípios de Yogyakarta e o seu grau de
influência no processo legislativo e nas decisões
judiciais da Argentina e do Brasil

**Felipe Nicolau Pimentel Alamino,
Carlos Henrique Perini Miranda**

Federalismo fiscal; saúde pública: análise aplicada
ao financiamento público e a escassez de recursos
para ações de saúde dos municípios na Costa do
Descobrimento

André Portella, Hebert Souza Santos

O STF e a solução das disputas federativas na
pandemia de Covid-19: um legado em disputa

**Ademar Borges de Sousa Filho,
Clara da Mota Santos Pimenta Alves**

RESENHA

How to interpret the Constitution, do Prof. Dr. Cass
R. Sunstein

Carlos Alberto Molinaro



Este exemplar faz parte
da **Plataforma FÓRUM de
Conhecimento Jurídico®**

www.forumconhecimento.com.br



FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

ISSN 1982-1921



9 771 982 1 920 07