



REVISTA
PROCURADORIA
da Câmara Municipal de São Paulo
2020

v.8 n.1 janeiro/dezembro 2020



CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO



**CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO**

REVISTA PROCURADORIA

da Câmara Municipal de São Paulo

v. 8 n. 1 janeiro/dezembro 2020

São Paulo

ISSN 2316-7998

| | | | | | |
|-----------------------------|-----------|------|------|----------|----------------|
| R. Proc. Câ. Mun. São Paulo | São Paulo | v. 8 | n. 1 | p. 1-388 | jan./dez. 2020 |
|-----------------------------|-----------|------|------|----------|----------------|

Expediente

| | |
|--------------------|---|
| Editor | Maria Nazaré Lins Barbosa |
| Comissão Editorial | Camila M.C. Garcez Marins, Ieda Maria Ferreira Pires, Luciana de Fátima da Silva, Ricardo Teixeira da Silva |
| Apoio Técnico | Bruno Lucchetta, Paulo Henrique da Silva Lopes, Sandro Borges |
| Capa | Equipe de Comunicação – CCI.3 |
| Editoração gráfica | Equipe de Comunicação – CCI.3 |

Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo – Palácio Anchieta
Viaduto Jacareí, 100, 12º andar, sala 1217 – Bela Vista, São Paulo – SP
CEP 01319-900
e-mail: revistaprocuradoria@saopaulo.sp.leg.br
www.saopaulo.sp.leg.br

Ficha catalográfica elaborada pela Equipe de Biblioteca da CMSP - SGP.32

Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo / Câmara
Municipal de São Paulo – vol.8, n.1 (2020) – São Paulo: CMSP,
2020-
Anual
ISSN 2316-7998
1. Direito – Periódicos I. Câmara Municipal de São Paulo.

CDU 34

Thais Julia Rocha CRB-8/7880

Todo o conteúdo deste periódico, exceto onde está identificado, está licenciado sob uma licença
Creative Commons Atribuição-Uso Não-Comercial 3.0 Unported (CC-BY-NC 3.0)

17ª Legislatura – 2020

Mesa

| | |
|--------------------|--------------------|
| Presidente | Eduardo Tuma |
| 1º Vice-Presidente | Milton Leite |
| 2º Vice-Presidente | Celso Jatene |
| 1º Secretário | Alessandro Guedes |
| 2º Secretário | Souza Santos |
| 1º Suplente | Soninha Francine |
| 2º Suplente | Claudinho de Souza |
| Corregedor Geral | Eliseu Gabriel |

Vereadoras e Vereadores

| | |
|-------------------------|------------------|
| Adilson Amadeu | Janaína Lima |
| Adriana Ramalho | João Jorge |
| Alessandro Guedes | José Police Neto |
| Alfredinho | Juliana Cardoso |
| André Santos | Mario Covas Neto |
| Antonio Donato | Milton Ferreira |
| Arselino Tatto | Milton Leite |
| Atílio Francisco | Noemi Nonato |
| Aurélio Nomura | Ota |
| Caio Miranda Carneiro | Patrícia Bezerra |
| Camilo Cristófar | Paulo Frange |
| Celso Giannazi | Claudio Fonseca |
| Celso Jatene | Quito Formiga |
| Claudinho de Souza | Reis |
| Dalton Silvano | Ricardo Nunes |
| Daniel Annenberg | Ricardo Teixeira |
| Edir Sales | Rinaldi Digilio |
| Eduardo Suplicy | Rodrigo Fonseca |
| Eduardo Tuma | Rodrigo Goulart |
| Eliseu Gabriel | Rute Costa |
| Fabio Riva | Sandra Tadeu |
| Fernando Holiday | Senival Moura |
| George Hato | Soninha Francine |
| Gilberto Nascimento Jr. | Souza Santos |
| Gilberto Natalini | Toninho Paiva |
| Gilson Barreto | Toninho Vespoli |
| Isac Felix | Xexéu Tripoli |
| Jair Tatto | Zé Turin |

Sumário

Apresentação - *Eduardo Tuma* 9

Apresentação - *Maria Nazaré Lins Barbosa* 11

ARTIGOS

Atuação do Poder Legislativo dos municípios na crise de enfrentamento da pandemia. Reflexões sobre decisão do STF, que reconheceu a competência concorrente dos estados e municípios, e sobre inovações no processo legislativo - *Ana Helena Pacheco Savoia* 15

Legística e os substitutivos apresentados pela Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa – CCJLP - *Lilian Vargas Pereira Poças*..... 27

A reserva de administração e seu impacto na atuação do Poder Legislativo: função legislativa e função fiscalizadora - *Luciana de Fátima da Silva* 37

A Lei Geral de Proteção de Dados e o Poder Legislativo na era digital - *Renato Takashi Igarashi* 63

Processo legislativo municipal e lei complementar diante da Emenda Constitucional n. 103/2019 - *Raimundo Batista*..... 115

PARECERES

Parecer JUD n. 006/2020 - Infraestruturas em áreas de Zeis 1 - *Anna Carolina Torres Aguilar Cortez* 129

Parecer PROCLEGIS n. 002/2020 - Possibilidade de realização de audiências públicas virtuais na tramitação de projetos de lei em que elas sejam obrigatórias. Pandemia do coronavírus (Covid-19). Possibilidade. - *Andréa Rascovski Ickowicz* 135

| | |
|---|-----|
| Parecer JUD n. 001/2020 - Procedimentos para fins de adequação (compliance) à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018) - <i>Andréa Rascovski Ickowicz</i> | 145 |
| Parecer nº 002/2020-ASS-FIN - Utilização de sistema virtual para deliberação de proposituras legislativas e realização de audiências públicas. - <i>Renato Takashi Igarashi e Cíntia Laís Corrêa Brosso</i> | 161 |
| Parecer ADM nº 0032/2020 - Abertura de correspondências institucionais por SGA.7 durante a vigência do Ato nº 1.464/2020. - <i>Cíntia Laís Corrêa Brosso</i> | 181 |
| Parecer ADM nº 033/2020 - Implantação da Lei Geral de Proteção de Dados – Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo. - <i>Djenane Ferreira Cardoso Zanlochi</i> | 185 |
| Parecer ADM nº 0037/2020 - Adesão da Câmara Municipal ao programa Cidade Solidária, programa de cooperação entre o poder público municipal, o setor privado e o terceiro setor instituído para prover ajuda humanitária às pessoas mais atingidas pela crise econômico-social causada pela pandemia do coronavírus durante o estado de calamidade pública. - <i>Cíntia Laís Corrêa Brosso</i> | 211 |
| Parecer ADM nº 0039/2020 - Possibilidade de exigência de uso de máscara pelos servidores da Câmara Municipal e de realização de medição de temperatura corporal de visitantes. - <i>Cíntia Laís Corrêa Brosso</i> | 217 |
| Parecer ADM nº 0040/2020 - Reflexos da Emenda Constitucional nº 106/2020, que institui o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento da calamidade pública decorrente do coronavírus, na Câmara Municipal de São Paulo. - <i>Cíntia Laís Corrêa Brosso</i> | 225 |
| Parecer ADM nº 0043/2020 - Filme publicitário sobre medidas adotadas pela Câmara Municipal para o enfrentamento da crise causada pela Covid-19. - <i>Cíntia Laís Corrêa Brosso</i> | 241 |
| Parecer SCL n. 104/2020 - Análise quanto a possíveis reflexos da Emenda Constitucional n. 106/2020 nas contratações da CMSP. - <i>Conceição Faria da Silva</i> | 249 |
| Parecer SCL n. 082/2020 - Consulta de SGA referente à situação de emergência e estado de calamidade pública decorrentes da Covid-19. - <i>Danielle Piacentini Stivanin</i> | 257 |

NOTA TÉCNICA

NOTA TÉCNICA n. 1/2020 - Projeto de Resolução – redução percentual de valor de subsídios de vereadores, e auxílios-encargos gerais de gabinete em função da pandemia do coronavírus – estruturação de cargos e remuneração de servidores que não implique aumento de despesas – possibilidade – adequação formal; redução de vencimentos de servidores ocupantes de cargos de livre provimento em comissão – inconstitucionalidade, independentemente do veículo normativo – inteligência do art. 37, XV da Constituição Federal (CF). - *Maria Nazaré Lins Barbosa* **261**

PEÇAS JUDICIAIS

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2081181-91.2020.8.26.0000 – INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO POPULAR N. 1036446-93.2018.8.26.0053, EM CURSO PERANTE A 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - Temas: a) cabimento de recurso de agravo de instrumento em face de decisão proferida em sede de ação popular; b) falta de interesse de agir superveniente em razão da conversão de projeto de lei em lei; c) legitimidade passiva em ação popular - *Ana Paula Sabadin dos Santos T. Medina, José Luiz Levy e Maria Nazaré Lins Barbosa* **275**

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 2114760-98.2018.8.26.0000 - Tema: competência do município para legislar sobre matéria ambiental e atividade de polícia administrativa para fiscalizar a produção de poluição sonora - *Milton Leite, Ana Paula Sabadin S. T. Medina, Cintia Talarico da Cruz Carrer e Maria Nazaré Lins Barbosa*... **297**

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 2129887-42.2019.8.26.0000 – Temas: 1. Lei que prevê a implantação do denominado Parque Municipal Minhocão na área do Elevado João Goulart; 2. Discussão acerca da iniciativa legislativa parlamentar – matéria de iniciativa concorrente (TEMAS 145 e 917 do STF); 3. Previsão já existente no artigo 375 do Plano Diretor (Lei do Município de São Paulo n. 16.050/2014) - *Eduardo Tuma, Andréa Rascovski Ickowicz e Maria Nazaré Lins Barbosa* **319**

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n° 2017452-91.2020.8.26.0000 - Tema: Direito Ambiental - *Eduardo Tuma, Fernanda de Pieri Mielli Franco Lima, José Luiz Levy e Maria Nazaré Lins Barbosa* **335**

As informações e opiniões veiculadas nos artigos que integram a revista são de inteira responsabilidade de seus autores, não refletindo necessariamente o posicionamento da Procuradoria da CMSP.

Apresentação

Apresento com satisfação o exemplar anual da Revista da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo, com artigos, pareceres e peças judiciais produzidos pelo corpo de Procuradores da Casa ao longo de 2020.

O ano que se encerra foi extremamente desafiador para o poder público, em todas as suas instâncias e poderes. A cidade de São Paulo pôde contar nesse período com um Legislativo atento e atuante: ampliamos e refinamos o sistema de Plenário Virtual, que permitiu discutir e votar com segurança projetos de iniciativa parlamentar de grande relevância e alcance, que tanto contribuíram para o enfrentamento da crise gerada pela pandemia. Debates democraticamente todos os projetos advindos do Executivo; destinamos recursos do Fundo da Câmara e abatemos subsídios dos parlamentares e verbas de auxílios gerais para ampliar a destinação de recursos à saúde e à assistência. As Comissões permanentes da Casa funcionaram ativamente, dialogaram com os Secretários municipais das diversas áreas; promoveram audiências públicas virtuais e semipresenciais que tiveram um alcance inédito. A Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para investigar a violência doméstica, potencializada pelo confinamento, fez um brilhante trabalho de sensibilização que culminou com a adoção de medidas práticas pelos órgãos competentes. Outras duas Comissões Parlamentares de Inquérito foram instauradas para recuperar impostos e fiscalizar a qualidade dos serviços públicos na cidade. O dinamismo da vida parlamentar paulistana pôde contar, em todo esse processo, com o apoio técnico e seguro da Procuradoria desta Casa, favorecendo o êxito em tantas frentes.

Com a satisfação pelo dever cumprido, à frente do maior Legislativo municipal do Brasil, e rendendo homenagem a meus pares, convido servidores e assessores que atuam na área jurídica das Câmaras e Assembleias do país a uma proveitosa e estimulante leitura.

EDUARDO TUMA

Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Apresentação

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo foi demandada com particular intensidade no ano de 2020, tanto na área administrativa e consultiva, como nos setores legislativo e judicial.

No crítico cenário gerado pela pandemia, o Legislativo precisou se “reinventar”. No âmbito federal, a Câmara de Deputados e o Senado fizeram urgentes adaptações técnicas e regimentais, promoveram sessões virtuais, deliberaram à distância e tornaram ainda mais evidente a sua relevância. E foi assim que vimos, em plena pandemia, a edição de Emendas Constitucionais, Leis Complementares e Medidas Provisórias, tramitando em meio a deliberações remotas, com enorme impacto em todo ao país.

A Câmara Municipal de São Paulo, que já em 2019 havia criado um sistema de deliberação remota para projetos de baixa complexidade - denominações, honorarias e instituição de datas comemorativas – rapidamente adaptou seu Regimento para legislar sobre qualquer matéria servindo-se do sistema de Plenário Virtual.

O rico trabalho desenvolvido pelo Legislativo da cidade de São Paulo durante a pandemia se reflete em alguns dos artigos, pareceres e peças judiciais que compõem a presente edição. O leitor poderá conferir, por exemplo, uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a competência concorrente dos entes federativos para adotar medidas de enfrentamento da pandemia, assim como orientações jurídicas quanto à realização de audiências públicas virtuais, ou recomendações em face da decisão política de corte nos subsídios de parlamentares e verbas de gabinete. Além disso, a revista oferece um estudo sobre o processo legislativo municipal em face da Emenda Constitucional nº 103/19 e um estimulante artigo sobre a adoção, na prática, de critérios de *Legística* – arte e técnica de legislar melhor – na dinâmica da atividade parlamentar.

No âmbito da consultoria jurídico-administrativa, a obrigatoriedade do uso de máscaras, os limites para adesão da Casa a um programa do Executivo, e uma acurada análise da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no Parlamento mereceram especial destaque nesta edição.

No âmbito judicial, além de interessantes temas processuais, destacam-se as peças que defenderam com êxito a constitucionalidade de leis de iniciativa parlamentar que vedaram o uso de fogos de artifício ruidosos e produtos plásticos de uso único na cidade de São Paulo.

Agradeço a todos os colegas que direta ou indiretamente tornaram possível a presente edição, com especial menção à dra. Luciana de Fátima da Silva, à dra. Ieda Maria Ferreira Pires e à dra. Camila Moraes Cajaiba Garcez Marins, por sua incansável dedicação ao Centro de Estudos Legislativos – CELEG da Procuradoria da Câmara. Agradeço também ao Dr. Ricardo Teixeira da Silva, pelo empenho na continuidade da publicação, que se iniciou em 2012 e havia se interrompido em 2015. Com tal

esforço, e de tantos outros colegas, este é 8º volume da nossa Revista, que aos poucos se torna referencial em temas afetos às Procuradorias Legislativas.

Agradeço finalmente ao nosso Centro de Comunicação Institucional pelo apoio dado à edição, e à Escola do Parlamento, pelo suporte ao evento de lançamento. Difundir a produção técnica e subsidiar o debate acadêmico, em temas afetos ao Poder Legislativo, contribui para o fortalecimento das nossas instituições democráticas, e se traduz, em última instância, em um importante serviço ao cidadão.

MARIA NAZARÉ LINS BARBOSA

Procuradora Chefe da Câmara Municipal de São Paulo

Artigos

ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO DOS MUNICÍPIOS NA CRISE DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA. REFLEXÕES SOBRE DECISÃO DO STF, QUE RECONHECEU A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS, E SOBRE INOVAÇÕES NO PROCESSO LEGISLATIVO

Ana Helena Pacheco Savoia¹

Resumo: A realidade imposta pela Covid-19 tem demandado o enfrentamento diuturno da pandemia e seus efeitos negativos nas mais diversas áreas de atuação do poder público. Recente julgamento do STF reforçou a importância da convivência harmônica entre os Poderes e do respeito pelas esferas de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Observa-se o avanço do processo legislativo virtual, respaldado por decisões judiciais, que vem permitindo a votação segura e eficiente de iniciativas de combate à Covid-19, no âmbito do Município de São Paulo.

Palavras-chave: Covid-19 – coronavírus – emergência de saúde pública - competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios – convivência harmônica e independência entre os Poderes – processo legislativo virtual – recursos de tecnologia remota - questões *interna corporis* do processo legislativo – princípios da segurança jurídica e eficiência.

1. INTRODUÇÃO

A realidade imposta pela Covid-19 tem demandado o enfrentamento diuturno da pandemia e seus efeitos negativos nas mais diversas áreas de atuação do poder público (saúde, vigilância sanitária, educação, transporte, economia, trabalho, etc.).

1. Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo.

Algumas leis recentes no Município de São Paulo² são, por um lado, exemplos bem-sucedidos do exercício responsável da autonomia legislativa municipal e da importância da convivência harmônica entre os Poderes e do respeito pelas esferas de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esses valores, da mais alta envergadura para o ordenamento da República e o regular funcionamento do regime democrático, num país de dimensões continentais, foram, mais uma vez, reconhecidos em importante julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.341, do Distrito Federal.

Por outro lado, observa-se o avanço do processo legislativo virtual, respaldado por decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que vem permitindo a votação segura e eficiente de iniciativas de combate à Covid-19 e seus efeitos adversos sobre a vida social e a atividade econômica local.

2. A DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF NA ADI N. 6.341-DF

Em março de 2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a ADI n. 6.341, com pedido de liminar, buscando ver declarada a incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, da Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020, relativamente às alterações promovidas no artigo 3º, *caput*, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10º e 11, da Lei Federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Na ocasião, o relator, o ministro Marco Aurélio Mello, concedeu em parte a medida acauteladora, para tornar explícita a competência concorrente, em matéria de saúde, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em embargos de declaração contra a decisão liminar, o advogado-geral da União requereu esclarecimento sobre a alegada ilegitimidade de Estados e Municípios, no tocante à imposição de restrições à circulação de pessoas, bens e serviços, afirmando a competência, reservada à União, para editar normas gerais em matéria de proteção da saúde, assegurada a prestação dos serviços essenciais e a harmonia da atuação dos entes federados.

2. Lei n. 17.335, de 27 de março de 2020, que autoriza medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos de prestação de serviços, finanças públicas e outras medidas em face da situação de emergência e estado de calamidade pública decorrentes da Covid-19; Lei n. 17.338, de 14 de abril de 2020, e Lei n. 17.339, de 23 de abril de 2020, sobre transferência de recursos, respectivamente, do Fundo Especial de Despesas da CMSP e do Fundo Especial de Despesas do Tribunal de Contas do Município (TCM), para a Conta Única do Tesouro Municipal, a serem preferencialmente utilizados em ações vinculadas à Saúde e à Assistência e Desenvolvimento Social no enfrentamento da Covid-19; Lei n. 17.340, de 30 de abril de 2020, sobre medidas de proteção da saúde pública e de assistência, bem como relativas a dilação e suspensão de prazos de alvarás e concursos públicos para o enfrentamento da Covid-19; cria o Selo Empresa Parceira da Cidade de São Paulo e o Mês do Combate ao Coronavírus e autoriza doação de imóvel da União com o encargo social que especifica.

Em 15 de abril de 2020, o plenário do STF, por maioria, referendou a liminar concedida, tendo acrescido interpretação “conforme a Constituição” ao § 9º do artigo 3º da Lei n. 13.979/2020, para o fim de explicitar a competência do Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, preservada a atribuição de cada ente da Federação.

Muita celeuma surgiu em torno dessa decisão, inicialmente mal compreendida, conforme amplamente noticiado pela imprensa.³ A rigor, o que fez o STF foi tão somente reafirmar o que já se contém no art. 23, inciso II, da Constituição, a saber:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (grifo nosso)

Aos Municípios cabe, com “a cooperação técnica e financeira da União e do Estado”, prestar serviços públicos de interesse local, entre os quais o de transporte coletivo, educação e de atendimento à saúde da população, não podendo haver nada mais cristalino do que a própria literalidade do texto constitucional:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[...]

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; [Redação dada pela Emenda Constitucional n. 53, de 2006]

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; [...]

3. A reportagem intitulada “Postagem no Facebook desinforma ao transferir responsabilidade do combate à pandemia ao STF”, de Gabi Coelho, publicada no jornal “O Estado de S. Paulo” de 23 de julho de 2020, descreve parte da celeuma oriunda desse julgamento do STF.

Muito embora ainda não haja acórdão publicado do julgamento da ADI n. 6.341-DF, ocorrido em 15 de abril de 2020, resta claro, da própria decisão monocrática de seu relator, o ministro Marco Aurélio Mello, proferida em 24 de março de 2020 e mantida pelo plenário do STF, que o referido julgamento em nada inovou as regras de competência que regem a Federação brasileira, claramente inseridas na Constituição:

SAÚDE – CRISE – CORONAVÍRUS – MEDIDA PROVISÓRIA – PROVIDÊNCIAS – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

1. O assessor Vinicius de Andrade Prado prestou as seguintes informações: Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou ação direta com a finalidade de ver declarada a incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, da Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020, relativamente às alterações promovidas no artigo 3º, cabeça, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Eis o teor dos preceitos impugnados:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I – isolamento;

II – quarentena;

[...]

VI – restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

a) entrada e saída do País;

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

[...]

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do *caput*, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos

termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

[...]

2.

[...]

A cabeça do artigo 3º sinaliza, a mais não poder, a quadra vivenciada, ao referir-se ao enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional, decorrente do coronavírus. Mais do que isso, revela o endosso a atos de autoridades, no âmbito das respectivas competências, visando o isolamento, a quarentena, a restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País, bem como locomoção interestadual e intermunicipal.

[...]

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior.

Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República – Jair Bolsonaro – ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória n. 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal n. 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

3. Defiro, em parte, a medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente. [...] (grifo nosso)

A liminar acima foi referendada pelo plenário do STF, conforme registro constante do *site* stf.jus.br, nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei n. 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin [...] Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020. (Sessão realizada inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF) (grifo nosso)

É justamente nesse campo de atuação concorrente, autorizado explicitamente pelo pacto federativo inscrito na Constituição e reafirmado pelo plenário do STF, que o Município de São Paulo vem atuando, nas mais diversas frentes de combate à Covid-19, tendo em vista o interesse público local e as circunstâncias do próprio Município, sem descurar, obviamente, de diretrizes e normas gerais de âmbito nacional e estadual.

Nesse contexto, passa-se ao registro do trabalho que vem sendo desenvolvido no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo e seus novos métodos de deliberação, que vêm contribuindo para a celeridade e a eficiência de seu papel institucional, seja na iniciativa de projetos de lei, seja na tramitação e votação de projetos propostos pelo Executivo, todos voltados à busca de soluções para os enormes desafios trazidos pela Covid-19.

3. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA ATIVIDADE LEGISLATIVA NO CONTEXTO DA PANDEMIA

A situação de calamidade pública impôs ao poder público de todos os entes da Federação a tomada célere de muitas decisões, ora de alcance nacional ou regional, ora de efeito meramente local.

O Poder Legislativo, tal qual os demais Poderes, teve que rapidamente se adaptar a novas formas de deliberação, que preservassem, a um só tempo, a necessidade de distanciamento social dos próprios parlamentares e a continuidade da atividade parlamentar, seja com relação ao processo legislativo, seja com relação à fiscalização que exerce sobre a atuação do Executivo.

Questões das mais interessantes foram levadas até o Poder Judiciário, como o debate que se travou no STF sobre o processo de instrução de Medidas Provisórias no Congresso Nacional, nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) n. 661 e n. 663, julgadas em 22 de abril de 2020.

Nessas ADPFs, discutiu-se a possibilidade de, durante a situação emergencial provocada pela pandemia do novo coronavírus, medidas provisórias (MPs) serem instruídas por sessão remota no plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mediante a emissão de parecer por parlamentar previamente designado, em substituição à Comissão Mista.

Preliminarmente, alguns ministros do STF (relator Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes) conheceram das ADPFs, frisando que “o tema em debate é o equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo, sob o prisma do poder de edição das medidas provisórias, de um lado, e a necessidade de controle, de outro” (cf. Informativo STF n. 974). Em divergência, os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio não conheceram das ADPFs, por julgarem não caber ao STF definir o alcance de normas procedimentais das duas casas do Congresso por meio desse tipo de ação.

O Sistema de Deliberação Remota (SDR) foi inaugurado pelo Congresso Nacional para que as votações continuassem em funcionamento durante o período de pandemia. Por impossibilidade física, as comissões parlamentares, inclusive a Comissão Mista, não estavam se reunindo presencialmente. Essa realidade fática poderia se tornar, então, um obstáculo intransponível no processo legislativo das MPs.

Surgiu, assim, a necessidade de compatibilizar o funcionamento do Congresso com as circunstâncias atuais, mantendo-se sua função deliberativa sobre as MPs, especialmente considerada a relevância dessa espécie legislativa, de efeitos imediatos, durante a pandemia. Afinal, o processo legislativo das MPs não poderia “anular” totalmente o Presidente de República, caso exigidas as reuniões da Comissão Mista, tampouco poderia “anular” o próprio Legislativo, permitindo-se manter a vigência e a eficácia das MPs por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias.

Assim, a solução para a controvérsia sobreveio com a possibilidade que se criou de, excepcionalmente, designar-se um deputado e um senador para apresentarem seus pareceres diretamente ao plenário do Congresso. Essa alternativa visou garantir, a um só tempo, a participação paritária de ambas as casas, a discussão da MP pelo Legislativo, a apresentação de emendas e um procedimento possível de ser realizado mediante teleconferência.

Em divergência, os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio indeferiram os pedidos formulados nas medidas cautelares. Entenderam que, de acordo com a Constituição, não se admite substituir o parecer de comissão, no caso a Comissão Mista, por pareceres individuais de um senador e de um deputado. Por sua vez, os ministros Roberto Barroso e Cármen Lúcia acompanharam o relator quanto aos fundamentos de seu voto, notando, porém, haver informações de iminente edição de ato conjunto do Senado e da Câmara para disciplinar o regime de tramitação

das MPs durante a emergência de saúde pública. Sendo assim, o STF acabou não concedendo a cautelar para assegurar a validade de ato futuro, que não havia sido objeto das ADPFs.

No âmbito da Câmara Municipal de São Paulo – CMSP, antes mesmo da edição do Decreto n. 59.283, de 16 de março de 2020, que declarou situação de emergência no Município e definiu medidas de enfrentamento da pandemia, foi editado o Ato da Mesa n. 1.461, de 12 de março de 2020, estabelecendo procedimentos e regras para fins de prevenção contra a infecção e propagação da Covid-19, como, por exemplo, restrições de acesso de pessoas à sede da CMSP, suspensão de eventos coletivos, criação de Comitê de Acompanhamento e Controle da Covid-19, entre outras. No que tange ao processo legislativo propriamente dito, três medidas importantes foram tomadas pela CMSP, a saber:

- a) a Resolução n. 3, de 17 de março de 2020, que acrescentou dispositivos ao Ato das Disposições Transitórias do Regimento Interno da CMSP, prevendo regime de urgência e sistema virtual de votação de projetos de lei do Executivo e do Legislativo, em matéria de enfrentamento da Covid-19, bem como a suspensão de sessões e reuniões ordinárias por até 45 (quarenta e cinco) dias, já a partir de 19 de março;
- b) o Precedente Regimental n. 1, de 24 de março de 2020, que estabeleceu rito especial para aprovação de projetos em matérias relacionadas à Covid-19;
- c) o Precedente Regimental n. 2, de 24 de junho de 2020, sobre sessões ordinárias e extraordinárias com uso de tecnologia remota.

Essas inovações procedimentais também foram objeto de algum questionamento em juízo, como ocorreu no Mandado de Segurança Cível n. 2052591-07.2020.8.26.0000, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores na Administração Pública e Autarquias do Município de São Paulo (Sindsep), sendo impetrado o Presidente da CMSP, relator o Des. Jacob Valente, julgado pelo Órgão Especial do TJSP. Do acórdão proferido nesse MS, em 5 de agosto de 2020, pede-se vênua para extrair as seguintes passagens, de interesse para o presente estudo:

MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração por sindicato no interesse de seus associados, funcionários públicos do Município de São Paulo, em face de ato do Presidente da Câmara Municipal ao pautar projeto de lei durante o período de pandemia para deliberação virtual, de modo a obstar a participação popular garantida pelo artigo 10 da Constituição Federal – Informes da autoridade impetrada e parecer da Procuradoria Geral de Justiça com preliminar no sentido de carência de ação por ilegitimidade ativa ILEGITIMIDADE AD CAUSAM – Caracterização – Situação em que a interferência no processo legislativo de projeto de lei sob condução do Poder Legislativo configuraria ingerência do Poder Judiciário em questão ‘interna corporis’,

ocasionando violação ao princípio de separação dos Poderes – Circunstância, ainda, que na fase de tramitação legislativa é legitimado ativo para eventual ação mandamental apenas os parlamentares envolvidos na sua deliberação – Participação social em colegiados de órgãos da Administração Pública, na forma do artigo 10 da CF/88, que não se confunde com o processo de deliberação parlamentar estabelecido nos seus artigos 59 a 69 – Precedentes do S.T.F. e deste Órgão Especial – Processo extinto, sem julgamento do mérito – Ordem denegada. (grifo nosso)

Tratava-se de Mandado de Segurança no qual o impetrante se voltava contra decisão do Presidente da CMSP, no sentido de pautar para o dia 18 de março de 2020 o Projeto de Lei n. 749, que visava implantar reforma administrativa no Município de São Paulo. Alegava o sindicato que o impetrado estaria “se aproveitando” das restrições impostas pelo estado de emergência de saúde pública decorrente da Covid-19 “para afastar a participação popular da sessão de discussão do aludido projeto”. Afirmava que o projeto impunha severas reduções de cargos e empregos públicos, bem como extinção de empresas e desestatização de imóveis. A liminar foi negada, tendo sido prestadas informações pelo Presidente da Câmara Municipal, nas quais se asseverou: a) ilegitimidade ativa do sindicato impetrante, porque o legitimado para apontar vício no processo legislativo seria o parlamentar; b) perda do objeto da ação, porque no dia 18 de março não houve deliberação sobre o referido projeto de lei, sendo que naquele dia foi publicada a Resolução n. 4/2020, que suspendeu as sessões ordinárias pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, de modo que até a data das informações ainda não tinha sido votado; c) não haveria impedimento para o Parlamento deliberar durante a pandemia da Covid-19, dentro do princípio da separação dos Poderes; d) o processo legislativo tem regras próprias estabelecidas na Constituição Federal e no Regimento da CMSP, sendo que a participação almejada pelo sindicato impetrante afrontaria o artigo 138 deste último, não obstante o projeto tenha sido objeto de audiências públicas prévias que garantiram a participação popular.

No mesmo sentido, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer, no qual opinou, em primeiro lugar, pela carência da ação diante da ilegitimidade ativa do impetrante para discutir matéria *interna corporis* da Câmara Municipal, cabível somente aos parlamentares da respectiva Casa, e, no mérito, pela denegação da ordem, porque o artigo 10 da Constituição Federal trata de participação corporativa em órgãos colegiados da administração pública, o que não se confunde com o processo legislativo, exclusivo do Parlamento.

O acórdão, publicado em 11 de agosto de 2020 e disponível no *site* tjsp.jus.br, conclui, por unanimidade, pela carência da ação, lembrando jurisprudência já consolidada no sentido de não ser dado ao Judiciário se imiscuir em questão *interna corporis* do Poder Legislativo. *In verbis*:

[...] ao pedir a suspensão de “quaisquer sessões da Câmara Municipal de São Paulo durante o período de emergência” epidemiológica, o sindicato impetrante quer que o Poder Judiciário interferia na atividade primordial de outro Poder, ou seja, impedi-lo de exercer, por qualquer via, o processo parlamentar, o que, por si só, seria absolutamente temerário considerando que o enfrentamento da pandemia do COVID-19 depende, e muito, de decisões dos três Poderes. E, para tanto, tais Poderes se organizaram para viabilizar sessões virtuais por meio de teleconferências com softwares que permitem auditoria, se necessário, no futuro. Portanto, se a questão toca em procedimento do processo legislativo, matéria inegavelmente *interna corporis* do Parlamento Paulistano, não há que se falar na vulneração do artigo 10 da Constituição Federal, eis que a Casa Legislativa é um Poder, e não um colegiado dentro da Administração Pública, sujeito, portanto, ao regramento dos artigos 59 a 69 da Constituição Federal e do seu Regimento Interno, que para esta finalidade, tem *status* de lei. Haveria, se acaso acatada a tese do impetrante, ingerência de um Poder em outro.

Nesse sentido, decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é ‘a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo’ (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não” (MS 32033/DF, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 20/06/2013). (grifo nosso)

O acórdão acima parcialmente transcrito prossegue com a citação de vários outros precedentes, tanto do STF, quanto do próprio TJSP, concluindo pela natureza *interna corporis* das questões relativas ao processo legislativo, que englobam, evidentemente, as sessões virtuais e demais recursos de tecnologia remota, que vêm sendo cada vez mais empregados em todos os Poderes e esferas da administração pública.

Esses recursos tecnológicos, até antes da Covid-19, eram de uso restrito a poucas matérias no âmbito da CMSP, tais como projetos de lei de denominação de vias e logradouros e inserção de datas comemorativas no Calendário de Eventos da Cidade (cf. Regimento Interno, art. 183-A). Agora, no contexto na pandemia, esses recursos

adquiriram notável importância e são, justamente, o que tem permitido à CMSP conciliar sua relevante atuação legislativa neste momento de calamidade pública com os cuidados de distanciamento social entre os próprios vereadores, servidores e cidadãos em geral. Essa medida de distanciamento social, como se sabe, é uma das poucas que a Ciência já reconheceu como fundamental para a contenção da Covid-19, doença para a qual, infelizmente, ainda não há cura nem vacina.

Portanto, andou bem o TJSP ao manter-se firme em seu entendimento de não se imiscuir em matéria de processo legislativo, sobretudo neste momento, que demanda a atuação firme, conjunta e harmônica de todos os Poderes.

Já o STF, diferentemente, no julgado acima mencionado sobre processo legislativo de Medida Provisória, parece ter entrado, de certa forma, no mérito de matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. Difícil avaliar o inteiro teor da decisão sem que ainda haja acórdão publicado. De qualquer modo, é de se reconhecer que o STF quis evitar, ao que tudo indica, a “anulação” dos esforços, seja do Executivo (ao editar a MP), seja do Legislativo (ao votá-la segundo o processo legislativo “possível” nas atuais circunstâncias), em prol da solução de problemas urgentes e da maior gravidade.

4. CONCLUSÕES

Espera-se que todo esse esforço conjunto redunde em boas leis e atos eficientes de gestão da atual crise de saúde pública e todos os seus reflexos sociais e econômicos. Com espírito democrático, fidelidade aos valores de solidariedade e justiça social, consagrados na Constituição da República, e regras procedimentais bem feitas é possível chegar a bons resultados.

O processo legislativo municipal de São Paulo tem todo o potencial e as ferramentas tecnológicas para chegar ao fim desta crise ainda mais inovador, célere, eficiente, sensível à realidade socioeconômica local e sem descuidar dos cuidados de distanciamento social impostos pela Covid-19.

LEGÍSTICA E OS SUBSTITUTIVOS APRESENTADOS PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA – CCJLP

Lilian Vargas Pereira Poças¹

Resumo: O artigo visa diagnosticar os principais motivos que ensejam a apresentação de um substitutivo ao projeto original durante a análise jurídica realizada pela CCJLP e os possíveis ganhos em técnica, organização e sistematização legislativa que os substitutivos apresentam. Para tanto, houve a análise dos pareceres técnicos apresentados pela CCJLP nos últimos 18 (dezoito) meses, visando aprimorar a técnica legislativa e aplicar os conceitos de legística, sempre tendo por norte a compatibilização da técnica de legística (formal) com a vontade do legislador. Com o diagnóstico obtido, **é possível sugerir** medidas que favoreçam a qualidade técnica da legislação produzida no município, até mesmo por meio elaboração de manuais, ressaltando-se que o momento de mudança de legislatura pode ser uma oportunidade para tanto.

Palavras-chave: Poder legislativo. Legística. Processo legislativo. Substitutivo. Comissões. Comissão de Constituição e Justiça.

1. INTRODUÇÃO

Uma das primeiras etapas na tramitação do processo legislativo, no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, é a análise da propositura pela Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa (CCJLP). Sem o parecer favorável dessa comissão, o projeto é tido como rejeitado e é arquivado, cabendo recurso ao plenário pelo autor da proposição.²

1. Procuradora legislativa supervisora do setor do processo legislativo na Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (2000), especialista em processo civil pela Escola Paulista de Magistratura (2003).

2. É o que dispõe o art. 79 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo ("RI"): Art. 79 – Concluído o parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela inconstitucionalidade ou ilegalidade de qualquer proposição, essa será tida como rejeitada, cabendo recurso ao Plenário pelo autor da proposição, manifestado no prazo de 30 (trinta) dias, após a notificação feita pela Assessoria Técnica da Mesa. Parágrafo único. Em caso de recurso, aprovado o parecer da Comissão de Constituição e Justiça que concluir pela inconstitucionalidade ou ilegalidade da proposição, esta será arquivada; rejeitado o parecer, será a proposição encaminhada às demais Comissões.

Há situações em que a ilegalidade contida na propositura originalmente apresentada pelo legislador pode ser extraída do texto sem alterar a motivação do legislador, conferindo, então, uma redação em sintonia com o ordenamento jurídico vigente.

Há outros casos, ainda, em que a redação original não contém ilegalidade, porém não se coaduna com as regras da técnica legislativa.

Em ambas as hipóteses, é possível que qualquer comissão, durante o trâmite do projeto, ofereça um texto substitutivo ao projeto original, juntamente com seu parecer.

O objetivo deste artigo é diagnosticar os principais motivos que ensejam a apresentação de um substitutivo ao projeto original durante a análise jurídica realizada pela CCJLP, comissão responsável pelo estudo dos aspectos constitucionais e legais do projeto, e os possíveis ganhos em técnica, organização e sistematização legislativa que os substitutivos apresentam.

2. A APRESENTAÇÃO DE SUBSTITUTIVOS PELAS COMISSÕES

O substitutivo é uma espécie de proposição legislativa que altera, na forma ou no conteúdo, outra proposição.

O Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo lista o substitutivo como uma espécie de proposição.³

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal também definem o substitutivo como uma mudança integral à propositura original.

A Câmara dos Deputados descreve o substitutivo como “espécie de emenda que altera a proposta em seu conjunto, substancial ou formalmente. Recebe esse nome porque substitui o projeto. O substitutivo é apresentado pelo relator e tem preferência na votação, mas pode ser rejeitado em favor do projeto original”.⁴

Já o Senado Federal assim o define: “Quando o relator de determinada proposta introduz mudanças a ponto de alterá-la integralmente, o novo texto ganha o nome de substitutivo. Ele precisa ser votado novamente em turno suplementar dois dias depois de sua aprovação. É chamado também de emenda substitutiva.”⁵

3. Cf. art. 211, VIII, do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo: Art. 211 – As proposições consistirão em: I – indicações; II – requerimentos; III – moções; IV – projetos de emendas à Lei Orgânica; V – projetos de lei; VI – projetos de decreto legislativo; VII – projetos de resolução; VIII – substitutivos e emendas. Parágrafo único – As proposições deverão ser redigidas em termos claros e sintéticos e, quando sujeitas à leitura, exceto as emendas, deverão conter ementa de seu objetivo.

4. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo* [online]. Brasília, 7 jul. 2005. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/67684-substitutivo/>. Acesso em: 6 jul. 2020.

5. BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. *Substitutivo* [online]. Brasília, [s. d.]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/substitutivo>. Acesso em: 6 jul. 2020.

Na Câmara de São Paulo, os substitutivos podem ser apresentados por qualquer vereador, pelas comissões ou pela mesa diretora⁶ e seu texto *substitui* o texto original. Os substitutivos só serão admitidos quando constantes de parecer de comissão permanente ou quando apresentados em plenário, durante a discussão, desde que, nesse caso, sejam subscritos por 1/3 (um terço) dos vereadores. Em projeto de autoria da mesa diretora, o substitutivo deverá ser subscrito pela maioria de seus membros.

No que tange à apresentação de substitutivos pela comissão, é correto afirmar que a CCJLP, assim como as demais comissões permanentes, no desenvolvimento de seus trabalhos, ao analisar as proposições, poderá concluir por sua adoção ou sua rejeição total ou parcial, bem como formular um substitutivo.⁷

O regimento interno da Câmara Municipal de São Paulo estabelece que às comissões permanentes cabe estudar proposições e outras matérias submetidas ao seu exame, dando-lhes parecer, oferecendo-lhes substitutivos ou emendas.⁸ Os substitutivos são votados em plenário com antecedência sobre o projeto original, sendo que na hipótese de sua rejeição, passa-se à votação do projeto original.⁹

No regimento interno da Câmara Municipal de São Paulo, há previsão de que o substitutivo oferecido por qualquer comissão terá preferência para votação sobre os de autoria de vereadores.¹⁰

Daí a importância da análise técnica das proposições pelas comissões, especialmente pela CCJLP, que, norteadas pelas normas constitucionais e legais, poderá apresentar, juntamente com seu parecer, um substitutivo, retirando eventual ilegalidade sanável, sem prejudicar a vontade legislativa do autor do projeto, ou ao menos trazendo as regras da técnica legislativa, que certamente contribuem para o aprimoramento da produção legislativa, facilitando, inclusive, a compreensão e a aplicação dos comandos legais.

6. Art. 269 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo: Art. 269 – Substitutivo é a proposição apresentada por Vereadores, por Comissão Permanente ou pela Mesa, para substituir outra já existente sobre o mesmo assunto. § 1º – Os substitutivos só serão admitidos quando constantes de parecer de Comissão Permanente ou quando apresentados em Plenário, durante a discussão, desde que subscritos por 1/3 (um terço) dos Vereadores, ou quando de projeto de autoria da Mesa, subscrito pela maioria de seus membros. § 2º – Não será permitido ao Vereador, à Comissão ou à Mesa apresentar mais de um substitutivo à mesma proposição, sem prévia retirada do anteriormente apresentado.

7. Na Câmara dos Deputados, o art. 57, IV do RI, prevê a apresentação de substitutivo pelas comissões. No Senado, o art. 133, V, “c”, do RI fala em apresentação de emenda pelas comissões.

8. Art. 46, I, “a”, RI: Art. 46 – As Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, cabe: I – estudar proposições e outras matérias submetidas ao seu exame: a) dando-lhes parecer, oferecendo-lhes substitutivos ou emendas.

9. Art. 251 do RI: Art. 251 – Se houver substitutivos, estes serão votados com antecedência sobre o projeto original, observando-se o disposto no artigo 270. Parágrafo único – Na hipótese de rejeição do(s) substitutivo(s), passar-se-á à votação do projeto original.

10. Art. 270, § 2º, do RI: O substitutivo oferecido por qualquer Comissão terá preferência para votação sobre os de autoria de Vereadores.

3. A LEGÍSTICA E AS LEIS COMPLEMENTARES QUE DISPÕEM SOBRE A TÉCNICA LEGISLATIVA

Legística é a ciência que estuda a elaboração das leis, com o objetivo de aprimorar a efetividade e a coerência das normas.

O professor Carlos Blanco de Moraes, referência sobre o estudo da Legística, ensina que suas normas não são definidas como normas jurídicas, embora haja elementos de aproximação entre as regras de Legística e as regras de Direito. Com efeito, as diretrizes da Legística assumem-se como critérios metódicos e regras técnicas auxiliares do Direito e não, necessariamente, como normas de Direito.¹¹

Um dos elementos de aproximação é o fato de parte das diretrizes e procedimentos de Legística serem revelados mediante atos jurídicos públicos, tais como circulares internas, regulamentos administrativos com eficácia externa, acordos administrativos, regimentos parlamentares, resoluções políticas, leis e até normas constitucionais.

Nosso ordenamento jurídico conta com normas vigentes a respeito de técnica legislativa.

O constituinte brasileiro houve por bem prever que seria editada lei complementar especialmente com vistas a dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Com efeito, o art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal vigente expressamente dispõe que “lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

Este é o objetivo da Lei Complementar Federal n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, a qual dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

Menciona-se, ainda, por oportuno, o Decreto Federal n. 9.191, de 1º de novembro de 2017, que estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos ministros de Estado.

Em São Paulo, no âmbito estadual, foi editada a Lei Complementar Estadual n. 863, de 29 de dezembro de 1999, que também dispõe sobre a elaboração, a redação, alteração e a consolidação das leis, conforme determina o item 16 do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Estadual Paulista, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

Em que pese o fato de não haver no âmbito municipal uma lei específica que disponha sobre regras de legística, tais como as supramencionadas, os legisladores paulistanos utilizam as regras gerais ditadas em âmbito federal e estadual, a fim de conferir clareza e coerência na produção legislativa.

Tais leis esclarecem os aspectos formais que devem ser observados na produção dos demais atos normativos.

11. MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007. p. 215.

De fato, a legislação que versa sobre técnica legislativa dispõe, em linhas gerais, sobre a estrutura das leis – usualmente dividida em três partes: (i) preliminar, consistente em epígrafe, ementa e fórmula de promulgação; (ii) normativa, que consiste na efetiva matéria a ser regulada; e (iii) final, que compreende as cláusulas de vigência, cláusula financeira e cláusula de revogação –, a articulação e a redação das normas jurídicas, bem como as hipóteses de alteração legislativa e de consolidação, trazendo regras específicas sobre clareza, precisão e ordem lógica a serem observadas pelo legislador.

Especificamente no que concerne à clareza do comando legal, sua importância é primordial, visto que a compreensão da intenção do legislador é requisito fundamental para a eficácia da norma, conferindo maior segurança jurídica ao aplicador do Direito e aos destinatários da regra. “Sendo o pensamento sempre mais profundo do que a linguagem escrita, necessário é que o modo como esta é redigida num texto legal evite que a mensagem normativa recebida seja diferente daquela que o legislador intentou transmitir”, esclarece o doutrinador Carlos Blanco de Morais.¹²

A esse respeito, merece destaque a recente Lei Municipal de São Paulo n. 17.316, de 6 de março de 2020, que institui a Política Municipal de Linguagem Simples nos órgãos da administração direta e indireta. Nos termos da justificativa ao projeto que originou a referida lei, seu objetivo é garantir que a administração pública municipal utilize uma linguagem simples e clara em todos os seus atos, possibilitando que qualquer pessoa consiga entender os ditames oriundos da administração pública, reduzindo a necessidade de intermediários entre o governo e a população e permitindo ao cidadão ter certeza sobre a informação que o poder público deseja transmitir.

Portanto, ainda que o Município de São Paulo não conte até o momento com uma legislação específica sobre a técnica legislativa, a lei mencionada já é um norte a ser seguido na produção normativa, priorizando a clareza e garantindo, assim, maior efetividade legislativa.

Por fim, é importante destacar que norma elaborada mediante processo legislativo regular não poderá ser invalidada por eventual inexatidão formal com as leis complementares citadas. Em outras palavras, não constitui escusa válida para o descumprimento de norma a não observância da legística formal, conforme consta expressamente tanto da Lei Complementar n. 95, de 1993 (art. 18), como da Lei Estadual Paulista (art. 15).

12. Morais (*op. cit.*, p. 524).

4. ANÁLISE DOS SUBSTITUTIVOS APRESENTADOS PELA CCJLP

A legística ou legisprudência, enquanto área do conhecimento que se ocupa do fazer dos atos normativos, almeja aprimorar a qualidade da legislação. Esse ramo divide-se basicamente em duas grandes áreas: a legística material e a legística formal. A legística material abrange o processo analítico relacionado ao conteúdo das leis, ao passo que a legística formal é responsável pela chamada “técnica legislativa”.¹³

Vê-se, portanto, que a doutrina costuma separar o estudo da legística em duas dimensões: a formal e a material.

A dimensão material consiste na atuação política no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, avaliando sua necessidade e especialmente seu possível impacto sobre o sistema jurídico.

Já a dimensão formal versa especificamente sobre a técnica legislativa, otimizando a comunicação do legislador com os destinatários da norma.

É especificamente na dimensão formal da legística que se situam os substitutivos oferecidos no âmbito da CCJLP.

De fato, as técnicas de legística formal são compatíveis com a atuação da CCJLP, uma vez que compete a esta comissão a análise da juridicidade da proposta, preservando a vontade do legislador, ou seja, o substitutivo técnico apresentado pela comissão nesta fase preservará a intenção política da norma em estudo.¹⁴

A fim de verificar as principais razões ensejadoras da apresentação de um substitutivo pela CCJLP, é essencial a análise dos pareceres técnicos apresentados por essa comissão na Câmara Municipal de São Paulo.

Para tanto, procedemos à análise dos pareceres técnicos acompanhados de substitutivos que foram apresentados pela CCJLP nos autos dos projetos de lei protocolados na Câmara Municipal de São Paulo nos últimos 18 (dezoito) meses – de 1º de janeiro de 2019 até 1º de julho de 2020 –, especialmente aqueles substitutivos elaborados com vistas a aprimorar a técnica legislativa e aplicar os conceitos de legística formal.

13. CANOTILHO (1991, p. 7-8) *apud* COSTA, Rafael de Oliveira. O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio do exercício da função juspolítica pelos tribunais. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, v. 61, n. 1, p. 69-86, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/42223/27900>. Acesso em: 18 ago. 2020.

14. Há hipóteses de substitutivos políticos, que alteram algum ponto substancial da propositura, contudo analisaremos neste estudo somente aqueles substitutivos apresentados por motivos técnicos, que são os mais comuns.

Em 2019, dos 1.093 pareceres técnicos elaborados, 457 são pareceres pela legalidade com sugestão de um substitutivo.¹⁵ No primeiro semestre de 2020, dos 109 pareceres técnicos encaminhados, 40¹⁶ concluem pela legalidade com substitutivo.

Da análise dos números apresentados, nota-se que cerca de 40% dos pareceres apresentados pela CCJLP concluem pela legalidade na forma do substitutivo anexo ao parecer.

Após o levantamento dos pareceres acompanhados de substitutivo na CCJLP, visando adequar o texto à técnica legislativa, houve a identificação das deficiências técnicas mais frequentes.

Os substitutivos visam principalmente adaptar o texto das proposições à legítima formal, norteados principalmente pela Lei Complementar Federal n. 95 de 1998.

Exemplo muito comum de objeto de substitutivo é aquele que objetiva tornar o texto da lei simples, de forma a não gerar qualquer ambiguidade e poder ser compreendido mesmo por quem não é especialista.¹⁷ Há que se ter em vista que a adaptação do texto do projeto de lei em busca de maior clareza, precisão ou para obtenção de ordem lógica deve sempre respeitar a vontade legislativa.

Há substitutivos apresentados pela CCJLP com vistas a incluir as pretendidas alterações trazidas com a proposição em outra lei que já verse sobre o tema,¹⁸ evitando a multiplicação de leis esparsas que versem sobre o mesmo assunto, o que traz, em última análise, confusão ao aplicar a lei em vigor.

15. Em 2019, foram 526 pareceres pela ilegalidade e 110 pela legalidade, sem substitutivo. Em 2020, 57 pareceres concluíram pela ilegalidade e 12 pela legalidade simples, sem substitutivo.

16. O número menor de pareceres em 2020 decorre da pandemia de coronavírus, que obstruiu temporariamente a realização de reuniões das comissões, especialmente entre março e junho de 2020.

17. Lei Complementar n. 95 de 1998: Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I – para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico; II – para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes; III – para a obtenção de ordem lógica: a) reunir sob as categorias de agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro – apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

18. Art. 7º, IV, da Lei Complementar n. 95 de 1998, estabelece que “o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa”.

Ademais, muitos substitutivos são apresentados apenas com o escopo de excluir as expressões “revogadas as disposições contrárias”¹⁹ “e dá outras providências”,²⁰ bem como adequar a redação da cláusula de vigência.²¹

Merecem destaque os substitutivos sugeridos com o objetivo de adequar a propositura aos limites do princípio da separação de poderes, excluindo artigo que estabeleça prazo para regulamentação por outro Poder, bem como aqueles que trazem imposição ou autorização ao Executivo, todavia sempre respeitando a vontade do autor da propositura.

Os substitutivos sugeridos pela CCJLP cuidam, portanto, da qualidade legislativa, buscando uma redação que seja objetiva e de fácil compreensão, bem como que a futura inserção da norma no ordenamento jurídico ocorra de forma lógica, em respeito à legislação já vigente e evitando questionamentos, inclusive judiciais.

As consequências da melhoria da produção legislativa são várias.

A redação clara e objetiva do projeto legal ocasiona um processo legislativo mais célere, visto não deixar dúvidas sobre o objetivo pretendido.

Além disso, a norma, quando aprovada, terá maior efetividade, sendo facilmente compreendida pelos destinatários e pelos aplicadores do Direito, o que reflete na sua eficácia, evitando as chamadas “leis que não pegam”.

Também é importante dizer que a aplicação da melhor técnica legislativa traz maior segurança jurídica, evitando disputa judicial sobre a validade ou não da norma.

Por fim, é inegável que uma legislação eficaz reflete em mais eficiência na execução das políticas públicas.

5. CONCLUSÕES

Os dizeres da professora Monica Salem Herman Caggiano são suficientes para sistematizar a importância da observância da legística formal no processo legislativo:

As deficiências e falhas de que as leis, não raras vezes, são portadoras podem, de fato, dificultar a sua aplicação, prejudicar sua compreensão, inviabilizarem-se pelo seu conteúdo normativo, conflitante com regras e princípios superiores, enfim, a parda inaptidão para a produção dos efeitos desejados, importam num custo exacerbado, inútil e demasiadamente elevado para

19. Art. 9º da Lei Complementar n. 95 de 1998, estabelece que “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”, conforme redação dada pela Lei Complementar n. 107, de 2001.

20. Art. 5º da Lei Complementar n. 95 de 1998: A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.

21. Art. 8º da Lei Complementar n. 95 de 1998: A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.

a comunidade, envolvendo na sua invalidação toda uma máquina estatal que, ao invés, poderia despendar essa energia na concretização de demandas sociais condizentes com a realidade.²²

Com efeito, eventual falha na redação de um comando normativo dificulta a sua aplicação, seja por sua difícil compreensão, seja pelo fato de que seu conteúdo normativo conflita com regras e princípios superiores.

Com base no material pesquisado, é possível concluir que o processo legislativo municipal de São Paulo possui um razoável controle prévio de qualidade formal, que, contudo, ainda pode ser aprimorado.

Como sugestão de medidas que favoreçam a qualidade técnica da legislação produzida, o Município de São Paulo poderia editar uma lei nos moldes da Lei Complementar Federal n. 95 de 1998, assim como fez o Estado de São Paulo com a promulgação da Lei Complementar Estadual n. 863 de 1999.

Outra medida possível é a elaboração de manuais técnicos, a serem distribuídos aos assessores legislativos e aos agentes políticos, esclarecendo sobre a importância da legística formal, com destaque para o fato de que sua aplicação não é mera formalidade, pois traz inquestionável benefício na celeridade do processo legislativo, uma vez que um projeto de lei que seja claro e objetivo é analisado com maior rapidez, não deixando brechas para dúvidas, além de auxiliar na aplicação da norma, trazendo maior efetividade às leis aprovadas. O momento de mudança de legislatura pode ser uma boa oportunidade para tanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo [online]*. Brasília, 7 jul. 2005. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/67684-substitutivo/>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. *Substitutivo [online]*. Brasília, [s. d.]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/substitutivo>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 fev. 1998.

22. CAGGIANO, Monica Salem Herman. Processo Legislativo, Técnica Legislativa e Legística. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, v. 34, p. 29-42, 2009. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/3%20PROCESSO%20LEGISLATIVO,%20TECNICA.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

- BRASIL. Lei Complementar n. 107, de 26 de abril de 2001. Altera a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 abr. 2001.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. Processo Legislativo, Técnica Legislativa e Legística. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, v. 34, p. 29-42, 2009. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/3%20PROCESSO%20LEGISLATIVO,%20TECNICA.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.
- COSTA, Rafael de Oliveira. O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio do exercício da função juspolítica pelos tribunais. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 69-86, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/42223/27900>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan.-jun. 2004.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007.
- ROSSET, Patrícia. Legística [online]. São Paulo, [s. d.]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/legistica.pdf>. Acesso em 19 ago. 2020.
- SÃO PAULO. Lei Municipal n. 17.316, de 6 de março de 2020, que institui a Política Municipal de Linguagem Simples nos órgãos da administração direta e indireta. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L17316.pdf>. Acesso em 19 ago. 2020.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan.-jul. 2007.

A RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEU IMPACTO NA ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO: FUNÇÃO LEGISLATIVA E FUNÇÃO FISCALIZADORA

Luciana de Fátima da Silva¹

Resumo: O artigo traz uma reflexão sobre a “reserva de administração”, expressão que nos remete ao campo daquilo que pertence exclusivamente à esfera do Poder Executivo, bem como sobre seu impacto na atuação parlamentar, tanto por meio da função legislativa quanto da função fiscalizadora. O artigo aborda a importância da teoria da tripartição de poderes para a matéria, destacando a regra da iniciativa reservada e a reserva de administração como óbices ao exercício da função legislativa no entendimento consolidado do Poder Judiciário, e sinaliza a possibilidade de exercício da função fiscalizadora como meio dotado de maior efetividade para uma atuação mais ativa por parte do Poder Legislativo. Entende-se que a importância do assunto reside no fato de que a assimilação de princípios tradicionais, como o da reserva de administração e o da iniciativa reservada no processo legislativo, permite potencializar o exercício do poder, canalizando adequadamente os esforços dos Poderes públicos, em seus respectivos campos de atuação, ao atendimento às diversas demandas sociais, o que, em última análise, representa respeito aos princípios constitucionais da eficiência e da harmonia entre os Poderes.

Palavras-chave: Reserva de administração. Processo Legislativo. Iniciativa reservada. Tema 917 do STF. Princípio da harmonia entre os Poderes. Princípio da eficiência. Função fiscalizadora.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o impacto da reserva de administração conferida ao Poder Executivo em relação à atuação parlamentar, tanto no que tange ao exercício da função legislativa quanto ao da função fiscalizadora.

O trabalho está estruturado em sete tópicos, iniciando-se com considerações gerais sobre a repartição das funções estatais em nosso ordenamento jurídico, com destaque para a regra da iniciativa reservada no processo legislativo e a premente necessidade de redirecionar o foco da separação para a harmonia entre os Poderes.

No tópico seguinte é abordado o reflexo da edição do Tema 917 de repercussão geral do STF na análise da existência ou não de iniciativa reservada no processo legislativo no âmbito do TJSP, evidenciando-se a dificuldade de fixar uma orientação

diante da generalidade da tese e aventando-se a hipótese de que, após a edição do referido Tema 917, não obstante tenha ocorrido flexibilização da jurisprudência em prol da iniciativa parlamentar, constata-se a crescente utilização da reserva de administração como fundamento para a declaração da inconstitucionalidade de leis em substituição ao fundamento da iniciativa reservada.

No terceiro tópico são feitas considerações sobre a função administrativa e a reserva de administração, e no quarto e quinto tópicos será analisado, respectivamente, o impacto da reserva de administração em face das funções típicas do Parlamento de legislar e de fiscalizar, demonstrando que, se em relação à primeira ela constitui verdadeira barreira, em relação à segunda função ela se mostra totalmente permeável e com possibilidade de atuação parlamentar muito mais efetiva.

O último tópico é destinado às conclusões, que podem ser sintetizadas na constatação da necessidade de se estimular uma reflexão no âmbito do Poder Legislativo sobre o grau de acerto da postura que privilegia o exercício da função legislativa em comparação à função fiscalizadora, reflexão esta voltada ao incremento da função de fiscalização ante o seu potencial de agregar maior efetividade às ações do parlamento que visam contribuir com a construção de políticas públicas destinadas ao atendimento das mais variadas demandas sociais.

2. A TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS SOB A ÓTICA DA HARMONIA ENTRE OS PODERES

Difícilmente algum empreendimento humano funcionará adequadamente sem organização, seja na vida pessoal, seja no ambiente corporativo ou institucional. Se não houver o estabelecimento de regras e a sua observância, viveremos patinando, um passo a frente e outro atrás e, assim, não sairemos do lugar ou avançaremos pouco ou menos do que poderíamos.

Com a organização do Estado não é diferente. Aliás, a ideia de sociedade é pautada na necessidade de encontrarmos um meio de coexistir. No transcorrer da história, buscamos o estabelecimento de regras, escritas ou não, que viabilizassem o convívio social para, em última análise, garantir a nossa sobrevivência. Ao longo do tempo, desenvolveu-se a concepção de Estado que, num modelo democrático, tem como ponto central a concentração do poder conferido periodicamente pelos cidadãos a um ente para que organize a vida social, que dite e execute regras necessárias para servir a esse corpo social. E, de forma concomitante à necessidade de outorgar poder ao ente estatal, também se evidenciou a necessidade de controlar esse poder para que não fosse exercido de modo abusivo. Nesse sentido, a teoria da tripartição de poderes ostenta grande relevância no campo político-jurídico.

A compreensão acerca da necessidade de contenção do poder sugeriu que sua divisão em partes seria uma forma eficiente de evitar abusos e impedir que o Estado

viesses a se sobrepor ao indivíduo. Assim, emoldurou-se a concepção clássica das funções típicas de legislar, administrar e julgar, correspondentes, respectivamente, aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A noção básica é a de que cada um teria um campo definido¹ de atuação e nenhum seria absoluto.

Em outra abordagem da teoria da separação de poderes, enfocou-se a noção de que, na verdade, o poder é uno. Em nossa Constituição isso está expresso no art. 1º, parágrafo único, segundo o qual todo poder emana do povo. Desse modo, seria uma impropriedade falar em tripartição de poderes, sendo o correto falar em tripartição de funções. Embora a ideia central continue sendo a de evitar abusos, impedindo que o Estado subjugue o indivíduo, essa abordagem confere peso à dinâmica interna entre os poderes, cujas funções precisam ser desenvolvidas de forma harmônica para representar o exercício legítimo do poder uno.

Independentemente de pensarmos o poder estruturado em uma escala tripartite em que deve haver respeito recíproco à independência de cada um ou de pensarmos que o poder é uno e temos apenas sua divisão em funções, fato é que nosso ordenamento jurídico foi construído com base em três campos de atuação delimitados, igualmente importantes e cujas principais normas regentes estão dispostas na Constituição Federal de 1988, fruto da vontade popular.

Observe-se que, diante da existência destes três campos de atuação distintos que devem convergir para a execução da vontade estatal voltada a atender às necessidades da sociedade, é natural que exista uma tensão constante entre eles. Considerando as balizas e instrumentos previstos em nossa Constituição Federal, algumas hipóteses clássicas que poderiam ilustrar essa tensão seriam: o Legislativo não delibera sobre as propostas do Executivo com a presteza que este requer; o Executivo veta lei aprovada pelo Parlamento; e o Judiciário, por sua vez, declara a inconstitucionalidade de alguma lei.

Enfim, divergir e, com base nesta divergência, agir dentro das regras faz parte do jogo. Por exemplo, se um poder não se contentou com uma decisão judicial, que recorra, ou, se a questão envolver declaração de inconstitucionalidade de lei, pode-se pensar na edição de outra lei pelo Legislativo, regrido o assunto até mesmo de modo contrário ao entendimento judicial, a depender das circunstâncias. O importante é deixar um pouco de lado o prisma da separação ou independência entre os poderes e tentar ajustar o foco na harmonia que deve haver entre eles.

Essa atuação harmônica no plano do processo legislativo, aliás, atende ao princípio constitucional da eficiência, já que evita dispêndio desnecessário de tempo, recursos financeiros e energia, consumidos em todo o processo desde a discussão e aprovação da lei, sua posterior submissão ao crivo judicial e a declaração de sua

1. Sem prejuízo da existência das funções atípicas, concretizadas quando excepcionalmente um poder exerce um papel que na divisão funcional ficaria a cargo de outro poder, como, por exemplo, o Legislativo quando julga o Chefe do Executivo nas hipóteses de infração político-administrativa.

inconstitucionalidade com as consequências a serem enfrentadas se a lei esteve em vigor e surtiu efeitos durante o tempo em que o processo judicial se desenvolveu.

Em trabalho que aborda a necessidade de mudança interpretativa acerca da teoria da separação de poderes, Cíntia Morgado aponta a substituição da competição e do separatismo pela cooperação e pelo diálogo como um dos elementos essenciais para adequar essa teoria ao nosso contexto atual:²

[...] entendemos que há uma crise do paradigma da separação de poderes com seus contornos originais. Entendemos que o princípio continua sendo fundamental para o Estado Democrático de Direito, mas como as circunstâncias históricas e teóricas que o rodeiam não são as mesmas e os ideais que pretende alcançar são distintos, não resta outro caminho senão o de concluir que o seu significado é novo.

[...]

O conceito de separação denota divisão, fracionamento, entre os órgãos do Estado. Entretanto, não seria mais adequado falar em separação, na clássica aspiração de Montesquieu, que traz em si um fracionamento do Estado. **O divórcio entre os órgãos deve ceder lugar à unidade no cumprimento da Constituição e o choque deve ceder lugar ao diálogo institucional.**

[...]

O redesenho das funções previamente estabelecidas a cada Poder, com a superação de especialização funcional, antes visto, está a serviço da cooperação entre os Poderes, no sentido de reforçar a união e não fracionar os intentos de cada instituição. Há uma unidade do Estado para realização de valores éticos e substanciais positivados constitucionalmente e internamente reclamados pela população.

[...]

Visualizamos na cooperação o e no diálogo entre as instituições a forma mais apropriada no atual constitucionalismo de aperfeiçoamento das práticas de cada um dos Poderes e da realização e conquista progressiva dos direitos fundamentais (grifo nosso).

Ainda na mesma linha de ressaltar a importância do equilíbrio decorrente de uma atuação harmônica que deve haver entre os poderes, são as ponderações de Paulo Henrique Macera:³

2. MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *R. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, v. 66, p. 64-93, 2011. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTEExMA%2C%2C>. Acesso em: 7 ago. 2020.

3. MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. *Revista Digital de Direito Administrativo* da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, v. 1, nº 2, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p333-376>. Acesso em: 07/08/20.

[...] A necessidade de harmonia entre os poderes, voltada à viabilização do próprio exercício da função estatal, é incompatível com tal rigidez. SILVA (2008, p. 111) aponta que, especialmente entre o Poder Legislativo e o Executivo, a harmonia é um pressuposto para um bom desempenho de suas funções.

[...]

Ao utilizar o princípio da separação de poderes, portanto, o jurista deve ter em mente que ele não pode ser interpretado de maneira rígida, tampouco como um fim em si. Há de se considerar a necessidade de limitação ao exercício de cada um dos poderes, sem que isso inviabilize a atuação institucional desses. Deve-se buscar um equilíbrio salutar na relação dos poderes visando sempre o bom desempenho dos objetivos e funções do Estado sem indevidos desvios – essas sim podem ser consideradas as finalidades da separação de poderes.

O momento atual nos mostra com muita clareza essa necessidade de equilíbrio e harmonia no exercício do poder. A situação de pandemia que estamos atravessando demanda respostas estatais rápidas e eficazes, e, se ficarmos numa disputa ou desencontro entre os poderes, quem perde é a sociedade. Assim, é crucial fomentar uma cultura de equilíbrio e de respeito entre os poderes. No exercício de suas atribuições, cada um deve manter-se sempre vigilante para não invadir a esfera alheia.

Em termos de políticas públicas, um exemplo tradicional de confronto entre os poderes se dá nos casos em que o Judiciário adota uma postura mais interventiva, determinando ações concretas ao Executivo para atendimento de direitos individuais ou de grupos. Em tais situações, é comum a crítica que se dirige ao Judiciário sobre a desconsideração do impacto que tais decisões causam na construção da política pública como um todo, bem como sobre a desconsideração do fato de que, em regra, é o Poder Executivo que detém corpo técnico para análise das questões inerentes à formulação da política, e que é o Poder Legislativo, por meio da legitimidade conferida pelo voto, que tem a função de inovar o ordenamento jurídico, criando novos direitos por meio das leis.

Neste contexto da pandemia, e como exemplo positivo de observância desta necessidade de equilíbrio e de respeito às atribuições de outro poder, vale mencionar a decisão do TJSP suspendendo liminar que havia sido concedida em primeira instância envolvendo, dentre outras questões, o funcionamento de igrejas:

Na espécie, encontro plenamente justificada a suspensão da liminar, uma vez que da decisão judicial constam determinações severas, de natureza tipicamente administrativa, que devem ser pautadas pelos critérios de conveniência e oportunidade da Administração, insubstituível por comando judicial, no sentido da organização dos serviços públicos tecnicamente adequados a cada caso.

[...]

II. Em tema de segurança e eficiência na prestação de serviços públicos na área da saúde, oportuno destacar o sentido discricionário técnico de decisão acerca de circulação e reunião de pessoas para qualquer finalidade, inclusive para oração e recolhimento espiritual.

[...]

O objetivo da norma é a diminuição – ou até mesmo a não-realização – de cultos, mantendo abertos os templos e igrejas. Ao menos por ora, o Estado e o Município deixaram a critério dos líderes religiosos a abertura ou não dos templos. Cabe-lhes atuar segundo a consideração e o cuidado que devotam aos seus seguidores e fiéis.

[...]

III. Oportuno destacar que, ao determinar fiscalização, fechamento de templos e casas religiosas, além de impor sanções, a decisão judicial – ainda que com a maior das boas intenções – invadiu o mérito do ato administrativo, quando está autorizado a apreciar os atos da Administração exclusivamente sob os aspectos formais de validade e eficácia. A providência tomada pelo Juízo singular acaba por invadir o próprio poder de polícia da Administração, excepcional e discricionário, capaz de restringir coativamente a atividade individual, na proteção da segurança coletiva e da boa ordem da coisa pública.

Essas as razões pelas quais decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em tempos de crise e calamidade, porque o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica.

[...]

Repito que, segundo informações e critérios técnicos que orientam a Administração Pública, Estado e Município entenderam possível a esta altura contar com a colaboração dos fiéis e dos líderes religiosos. Eventual medida de força poderá ser adotada, não há dúvida, mas quando as condições fáticas assim o exigirem e desde que o Estado e o Município sejam capazes de fiscalizar o cumprimento das ordens que emitem, até porque é do Estado e do Município a atribuição de coordenar a atuação policial na fiscalização de situações segundo critérios axiológicos próprios da Administração.

[...]

Em suma, não há omissão. E a coordenação das ações de combate ao estado de calamidade, até para que os resultados sejam efetivos, cabe ao Poder Executivo, que, com decisões e atos complexos, tem aplicado política pública voltada ao combate efetivo do mal que nos aflige. Ademais, não se pode determinar medidas da alçada de outro poder do Estado, fundando-se, apenas, na discordância da forma de agir. É imprescindível observar, nesse momento, que estão sendo tomadas, no Estado e no Município, medidas de

isolamento efetivo (Suspensão de liminar nº. 2055157-26.2020.8.26.0000, decisão de 24 mar. 2020, grifo nosso).

A decisão acima ilustra de forma bastante apropriada o exercício que deve ser feito pelo magistrado nos casos que envolvem o controle das políticas públicas e também prestigia a noção de efetividade da atuação do poder público, eis que reconhece que os entes estatais envolvidos na questão vinham medindo e concretizando sua atuação tendo em conta também sua capacidade de implementar e fiscalizar as ações. Transpondo esse raciocínio para o campo do processo legislativo, facilmente constatamos que a edição de leis sem condições efetivas de implementação reforça a dicotomia “lei que pega e lei que não pega”, em prejuízo da imagem e da credibilidade do poder público, especialmente do Poder Legislativo.

Enfim, a discussão sobre os parâmetros e limites da interferência do Judiciário no contexto das políticas públicas não é nova e certamente está bem mais amadurecida, e já se tem algumas premissas estabelecidas para validar ou não a atuação judicial. Isso não se pode dizer, entretanto, da relação Legislativo-Executivo na construção de tais políticas, pelo menos no que se refere ao campo do processo legislativo.

Note-se que a interação entre esses dois Poderes em termos de políticas públicas pode se dar por meio da edição das leis que sejam necessárias e também por meio do exercício da função fiscalizadora pelo Legislativo, mas é por meio do ato de legislar que os parlamentares buscam expressá-la com maior frequência. A iniciativa parlamentar encontra, porém, grande obstáculo na regra da iniciativa reservada, sobre a qual tem reacendido debates o Tema 917 de repercussão geral do STF, objeto de análise do próximo tópico.

3. A ANÁLISE DA INICIATIVA RESERVADA PÓS TEMA 917 DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF

O processo legislativo possui matriz constitucional. Para que a elaboração das leis ocorra de forma válida, é necessário observar várias regras. É preciso observar, por exemplo, se o ente federado possui competência para legislar sobre a matéria, se há iniciativa reservada, bem como é preciso seguir os parâmetros de legística estabelecidos pela Lei Complementar nº 95/98.⁴

A questão da reserva de iniciativa traz profundo impacto ao processo legislativo, pois condiciona a possibilidade do início de discussão sobre determinadas

4. A LC nº 95/98 traz regras de extrema importância para elaboração, redação, alteração e consolidação das leis que deveriam ser observadas no processo legislativo de todos os entes da federação, a fim de propiciar uma legislação coesa e mais acessível à sociedade (vide especialmente arts. 7º e 11).

matérias à iniciativa de determinados atores,⁵ na hipótese mais comum e que afeta mais diretamente o cotidiano da população, à iniciativa do chefe do Poder Executivo.

A justificativa para a reserva de iniciativa consiste na necessidade de se respeitar o exercício da função administrativa. Por outras palavras, se a função de administrar foi conferida ao Poder Executivo, as leis que se relacionam ao exercício dessa função ou que produzam impacto direto sobre ela devem se sujeitar à discricionariedade do Executivo no que tange ao início do respectivo processo legislativo, ou seja, caberá ao Poder Executivo decidir quando será conveniente e oportuno iniciar a discussão sobre o tema, enviando o projeto de lei à Casa Legislativa.

Destarte, é razoável a justificação teórica para a existência da reserva de iniciativa. Em suma, se determinado campo de matérias pertence ao Executivo, decidir se e quando discuti-las deve também estar na esfera desse Poder, sob pena de restar anulada a própria função administrativa, enquanto função típica do Executivo.

Até pouco tempo a visão predominante na jurisprudência paulista era bastante restritiva no que tange à possibilidade de projetos de lei de iniciativa parlamentar veicularem comandos concretos criando direitos relacionados a uma determinada política pública, como, por exemplo, realização de algum tipo de atendimento médico ou exames em estudantes da rede escolar.⁶ No entendimento do Judiciário, as leis que tivessem uma feição mais concreta, prevendo ações a serem desenvolvidas pela administração e que fossem originárias de projeto de lei apresentado por parlamentar continham vício de iniciativa, violando o princípio constitucional da separação de poderes, pois, a prática de tais ações representaria o desempenho da função administrativa, atribuída em nosso ordenamento ao Poder Executivo.

Porém, a edição do Tema 917 de repercussão geral pelo STF teve um impacto muito grande na análise dessa questão da iniciativa legislativa e, diante da amplitude de seu enunciado, provocou, num primeiro momento, o aumento de posições mais favoráveis à existência de iniciativa parlamentar em projetos versando sobre tais matérias, até porque, diante do caso concreto que provocou a edição do tema, ficou bem mais difícil sustentar a existência de iniciativa reservada em grande parte dos casos submetidos ao crivo do Judiciário através das ações diretas de inconstitucionalidade.

A tese em si não traz grande inovação, já que apenas espelha o entendimento corrente tanto em âmbito da doutrina quanto da jurisprudência, no sentido de que a iniciativa reservada para o processo legislativo deve ser interpretada restritivamente

5. As cortes de contas, por exemplo, têm reconhecida a iniciativa reservada no que pertine a sua organização e funcionamento (v.g., STF, ADI nº 4.643). Registre-se, também, a observação de Cavalcanti Filho (2017, p. 58), no sentido de que a criação de cargos no âmbito do Ministério Público da União é privativa do Procurador-Geral da República, conforme entendimento firmado pelo mesmo STF. CAVALCANTI Filho, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

6. Vide, à guisa de ilustração: ADI nº 2086956-97.2014.8.26.0000 e ADI nº 2263445-52.2015.8.26.0000.

por representar uma limitação ao Poder Legislativo no exercício de sua função típica de legislar,⁷ conforme se depreende de seu enunciado:

Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal).

A questão que oferece dificuldade é saber o seu alcance, e isso porque o caso concreto que deu origem a ela foi uma lei municipal do Rio de Janeiro, de iniciativa parlamentar, bastante sucinta que determinou a instalação de câmeras de monitoramento em escolas da rede municipal, ou seja, um caso clássico em que a interpretação corrente seria a de vislumbrar inconstitucionalidade por vício de iniciativa, já que caberia ao Prefeito iniciar o processo legislativo por estar a matéria relacionada à organização administrativa no âmbito escolar, ou melhor, caberia ao Prefeito decidir por instalar ou não instalar câmeras de vídeo ou adotar outra medida concreta de proteção da comunidade escolar, pois essa decisão estaria compreendida no campo da função administrativa.

Se pode o Legislativo determinar ao Executivo a prática de uma ação concreta no âmbito da prestação de serviços públicos, qual é o limite para determinações dessa natureza? Quais são os parâmetros para que essas determinações sejam feitas sem incidir em inconstitucionalidade?

Tendo em vista apenas o texto da tese fixada e o caso concreto que a ensejou, o que se pode extrair dela é que lei municipal de iniciativa parlamentar pode determinar a instalação de câmeras de monitoramento nas escolas – mas, nem por isso, de todo e qualquer equipamento voltado à questão de segurança⁸ – e, também, que ela estimulou a adoção de interpretações mais flexíveis quanto à possibilidade de intervenções concretas em termos de implementação de políticas públicas a partir de lei de iniciativa parlamentar.⁹

7. Nesse sentido, as ponderações de Cavalcanti Filho (*Op. cit.*, p. 54): “Por outro lado, é preciso analisar as hipóteses de iniciativa privativa – notadamente as que subtraem a iniciativa ao Legislativo – em consonância com o princípio hermenêutico da conformidade funcional, de forma que o intérprete *não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido.*”

8. O TJSP recentemente julgou inconstitucional lei que previa a instalação de detector de metal nas escolas (ADI nº 2087891-64.2019.8.26.0000, j. 11/09/19) e também já considerou inconstitucional a determinação de instalação de câmeras de vídeo em ônibus (ADI nº 2256377-17.2016.8.26.0000, j. 09/08/17).

9. Para ilustrar, citem-se decisões do TJSP: i) ADI nº 2251033-50.2019.8.26.0000, j. 11/03/20, que julgou constitucional lei que assegura a todo aluno com deficiência o direito de efetuar matrícula na escola mais próxima de sua residência; e, ii) ADI nº 2096381-12.2018.8.26.0000, j. 29/08/18, que julgou constitucional lei que assegura aos alunos da rede pública de ensino orientação e teste vocacional, determinação legal anteriormente tida por inconstitucional (ADI nº 0076098-75.2013.8.26.0000).

Contudo, uma pesquisa¹⁰ em acórdãos de ADIs julgadas no âmbito do TJSP evidencia que a utilização do fundamento da denominada reserva de administração tem sido mais frequente nas decisões judiciais, inclusive fazendo a sua diferenciação em relação ao instituto da iniciativa reservada, servindo, em muitos casos, para continuar afastando a atuação parlamentar ativa na construção de políticas públicas por meio do exercício da função legislativa, ou seja, em muitas situações em que a presença de inconstitucionalidade era fundamentada no vício de iniciativa para edição da lei passou agora a ser fundamentada na reserva de administração, rejeitando-se a incidência do Tema 917 e, conseqüentemente, o efeito positivo que ela trouxe para a questão da iniciativa legislativa.

Muitos dos assuntos das ADIs tinham a ver com reserva de administração, mas eram anteriormente solucionados com o fundamento da iniciativa reservada para o projeto de lei ao Prefeito. Depois do Tema 917, pudemos verificar uma espécie de depuração, afirmando-se que, de fato, não há vício de iniciativa, o que há é vedação à edição de lei, já que a matéria está no campo da reserva de administração. Nesse sentido, o julgado abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei Municipal nº 6.061 de 10.08.17, obrigando as empresas de transporte público a afixarem nos pontos de ônibus do Município de Americana painel informativo.

Vício de iniciativa. Inocorrência. Iniciativa legislativa comum. Recente orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Organização administrativa. Cabe ao Executivo a gestão administrativa. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração' e separação dos poderes. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual).

[...]

a) Quanto ao vício de iniciativa.

Não se constata **vício de iniciativa** quanto à questionada **Lei Municipal nº 6.061 de 10.08.17**.

Norma cuida, em princípio, da prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros no Município de Americana.

[...]

Observe-se, ademais, recente orientação do **Colendo**

10. Pelo site do tribunal, na parte de pesquisa de jurisprudência, verifica-se que anualmente, a partir de 2014, o termo foi mais utilizado nos acórdãos, apresentando as seguintes ocorrências: 32, 51, 86, 65, 109 e 93 vezes. Parâmetros utilizados para pesquisa: i) busca pela expressão reserva de administração; ii) filtro pela classe de ações diretas de inconstitucionalidade; e iii) busca por data de julgamento em períodos anuais, do mês de junho de um ano a junho do outro.

Supremo Tribunal Federal no julgamento da **Repercussão Geral (Tema nº 917)** atrelada ao **RE nº 878.911**:

[...]

Em suma, a matéria disciplinada pela lei local divulgação, através de painéis informativos afixados nos pontos, dos itinerários e horários das linhas de ônibus, **não** se encontra no restrito rol de matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, a denotar a **inexistência** de **vício formal** no processo legislativo.

Ausente laivo de inconstitucionalidade nesse sentido.

b) Quanto à inconstitucionalidade

A **Lei Municipal nº 6.061/17** fere, no entanto, a **independência e separação dos poderes** (“**Artigo 5º** – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”) e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva.

[...]

No caso em questão, a norma local, ao tornar obrigatória, sob pena de multa, “[...] a divulgação, através de painéis informativos afixados em todos os pontos de ônibus, os itinerários e os horários das linhas[...]” (fl.45), acarretou inequívoca **ingerência** em questão claramente **administrativa**. A prestação de serviço público deve ficar a cargo do Poder Executivo, cabendo-lhe deliberar a respeito das realizações materiais necessárias e adequadas ao atendimento das demandas da população local. **Inadmissível** invasão do **Legislativo** na questão, restando configurada violação ao princípio da separação de poderes (ADI nº 2148350-66.2018.8.26.0000, j. 13/02/19, grifos do autor).

Faz-se necessário, então, um estudo mais aprofundado sobre o instituto da reserva de administração, o que se fará a seguir.

4. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO

Para iniciar este tópico é necessário trazer algumas considerações doutrinárias sobre o significado da expressão função administrativa, e, para isso, utilizaremos as

ponderações de José dos Santos Carvalho Filho,¹¹ que, após pontuar a dificuldade de delinear os seus contornos e a necessidade de observância de critérios subjetivos e objetivos para se chegar a sua identificação, consigna:

Na prática, a função administrativa tem sido considerada de caráter residual, sendo, pois, aquela que não representa a formulação da regra legal nem a composição de lides *in concreto*. Mais tecnicamente pode dizer-se que função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica. Enquanto o ponto central da função legislativa consiste na criação do direito novo (*ius novum*) e o da função jurisdicional descansa na composição de litígios, na função administrativa o grande alvo é, de fato, a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno. Como tal gestão implica normalmente a prática de vários atos e atividades alvejando determinada meta, a Administração socorre-se, com frequência, de processos administrativos como instrumento para concretizar a função administrativa. Exatamente pela ilimitada projeção de seus misteres é que alguns autores tem [*sic*] distinguido *governo* e *administração*, e função administrativa e função política, caracterizando-se esta por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela, sempre sujeita a regras jurídicas superiores (grifo do autor).

Independentemente da dificuldade de uma definição precisa, como apontado na doutrina acima, é corriqueira a noção de que na repartição de funções coube ao Poder Executivo a função típica de administrar, de executar a lei, de materializar os comandos legais, tornando possível a fruição por todos dos direitos legalmente previstos.

Evidentemente, dentro desse “executar” não está uma mera função automatizada, pois, se assim fosse, o Executivo seria mero cumpridor das ordens emanadas do Legislativo, o que não se amolda ao seu enquadramento como Poder de Estado. Aliás, no mundo prático, em certa medida pode se dizer até mesmo que de alguma forma a atuação do Executivo equivale à criação de direitos ao decidir, por exemplo, pela construção de um hospital neste ou naquele local ou pela realização de convênios com entidades privadas de educação para atender demandas relacionadas ao setor.

O Executivo deve exercer a função administrativa, com a liberdade própria que ela demanda, observando, contudo, as normas gerais de administração, os

11. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4-5.

princípios, as diretrizes e programas estabelecidos em lei. Ressalte-se, que nesse âmbito, é notório que o desvirtuamento do comando legal invalidará o atuar administrativo e sujeitará o agente público à responsabilização.

De acordo com cada situação concreta que se colocar no exercício da função administrativa, haverá maior ou menor interação entre os poderes Executivo e Legislativo. Se o administrador decidir, por exemplo, pela prestação de um novo serviço público de forma direta pelo ente estatal e que, para tanto, necessite da criação dos órgãos e cargos públicos que serão encarregados da prestação do referido serviço, será necessário enviar o respectivo projeto de lei ao parlamento¹² e nessa oportunidade haverá o espaço para atuação efetiva do Legislativo, ajudando a construir o texto legal¹³ ou mesmo optando por não aprovar lei sobre a matéria, pois o Legislativo não deve ser mero chancelador dos projetos apresentados pelo Executivo, já que tal compreensão não se amoldaria ao seu enquadramento como Poder de Estado.

Por outro lado, se não houver necessidade de criação de órgãos ou cargos públicos, restringindo-se a questão ao âmbito interno de organização das atividades administrativas, estaremos diante do campo da denominada reserva de administração. Nesse campo cabe ao administrador, exercendo o juízo de conveniência e oportunidade, implementar as medidas que entender pertinentes. De forma bastante sucinta, podemos dizer que a reserva de administração corresponde ao campo reservado à atuação exclusiva do Executivo, a área na qual competirá ao Prefeito, ao Governador ou ao Presidente da República traçar os parâmetros de ação dos órgãos, serviços e agentes envolvidos, imune à interferência do Legislativo por meio da edição de leis.

Paulo Henrique Macera,¹⁴ em artigo que traça a delimitação conceitual da reserva de administração e sua aplicabilidade no direito brasileiro, a situa como instituto de direito constitucional e administrativo que envolve questões ligadas, por exemplo, à separação de poderes, às funções típicas e atípicas dos poderes, ao princípio da legalidade, à reserva de lei, ao poder regulamentar e à organização da Administração. O autor registra que o sistema jurídico de países como França, Portugal e Alemanha lida com maior frequência com o instituto do que o sistema brasileiro e propõe a seguinte conceituação para o instituto:

Entende-se aqui reserva de administração como o conjunto das formas de proteção estruturado na Constituição, de maneira explícita e implícita, em benefício do Poder Executivo e da Administração Pública como um todo, para que esses possam realizar suas funções administrativas e prerrogativas correlatas, para o bom cumprimento dos respectivos papéis institucionais (grifo do autor).

12. Artigos 48, X e XI; e 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal.

13. Observadas, por certo, as limitações ao poder de emenda, notadamente vedação ao aumento de despesas como regra e a pertinência temática.

14. Macera (*op. cit.*, p. 342).

Como bem observado pelo autor, a reserva de administração aplica-se no âmbito da função administrativa de qualquer dos Poderes, eis que sabidamente os Poderes Legislativo e Judiciário também exercem função administrativa, especialmente no que se refere à organização interna de seus serviços. Seguindo a mesma linha Ricardo Marques de Almeida¹⁵ pondera:

A competência do Presidente para disciplinar “a organização e o funcionamento da administração federal” é consectária lógica do princípio da separação dos Poderes, que concentra nas mãos do Chefe do Poder Executivo a gestão da máquina federal e, por conseguinte, lhe dá os meios para que o faça.

De nada valeria a atribuição de competências privativas ao Presidente, se o Legislativo pudesse nela se imiscuir, ou vice-versa. Seria absurdo pensar em Decreto Presidencial dispondo sobre o Regimento Interno do Senado, assim como não faz sentido pensar em Lei tratando da organização e funcionamento da Administração Federal.

É importante destacar que a necessidade de proteção do regular exercício da função administrativa em face de outros poderes veio ganhando relevo nos últimos tempos, e um dado bastante ilustrativo a esse respeito foi a edição da Lei nº 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescentando dispositivos relacionados à interpretação de normas sobre gestão pública e exigindo que na interpretação dessas normas sejam considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as circunstâncias práticas que orientaram a tomada de decisão (art. 22).

Veja-se, por exemplo, que nessa situação de pandemia que estamos vivendo, lidando com uma doença desconhecida, em escala mundial, altamente contagiosa, cujo combate demanda resposta rápida do Poder Público, a chance de não adotar a melhor das soluções existe e pode até ser alta, mas isso só poderá ser avaliado com precisão futuramente. Logo, todo esse contexto e essas dificuldades têm que ser considerados, seja pelos órgãos de controle, como Ministério Público e Tribunal de Contas, seja pelo Judiciário, quando, posteriormente, forem avaliar as condutas adotadas pelo administrador.

Outro dado que reforça a preocupação com a preservação das condições para o exercício pleno da função administrativa é a edição da Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público n. 2, de 19 de junho de 2020, que sugere aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas. Dois pontos dessa recomendação chamam bastante a atenção. O primeiro consiste na orientação para que seja ampliado o diálogo interinstitucional,

15. ALMEIDA, Ricardo Marques de. Decretos que se sobrepõem à lei [on-line]. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3430, 21 nov. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23065>. Acesso em: 13 ago. 2020.

especialmente com os órgãos fiscalizados,¹⁶ e o segundo ponto é a orientação para que os membros do Ministério Público não se excedam no uso do seu poder de requisição,¹⁷ pois, se houver uma grande quantidade de ofícios desnecessários requisitando informações e documentos, o agente público vai empregar um tempo que poderia ser dedicado à construção da política pública no ato de responder a esses ofícios.

No transcorrer do tempo, vamos vivenciando ciclos na atuação estatal e, especificamente naquela mais voltada ao provimento direto das demandas sociais, atravessamos períodos de menor intervenção, havendo predomínio da defesa da independência do Poder Executivo, e períodos de maior intervenção, no qual se legitimou a intensificação do controle sobre a função administrativa, de modo que, diante das inúmeras possibilidades de responsabilização e de excessos verificados no exercício do controle, alguns entendem que atualmente vivemos uma fase que pode ser tachada de “administração pública do medo”.

5. A RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO COMO BARREIRA AO PROCESSO LEGISLATIVO

Diuturnamente aqueles que atuam nas procuradorias legislativas se veem às voltas com a frustração parlamentar pela impossibilidade de apresentação de projetos de lei sobre determinados temas, se considerada apenas a perspectiva jurídica. Uma gama muito grande de assuntos está inserida na iniciativa reservada ou no campo da reserva de administração e são os assuntos que mais impactam diretamente os serviços públicos. Assim, costumeiramente, projetos determinando atendimento em unidades de saúde por certas especialidades médicas ou projetos prevendo a realização de determinadas atividades nas escolas esbarram nesses óbices, ainda que atualmente em menor grau devido à flexibilização da jurisprudência pós Tema 917, como visto anteriormente.

É preciso frisar bem que a edição de lei geral, de natureza programática, estabelecendo princípios e diretrizes é e sempre foi possível. Aliás, esta é a função da

16. Art. 4º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro a ampliação do diálogo interinstitucional, especialmente com os órgãos fiscalizados, como meio de fortalecer o controle proativo e resolutivo da política pública, bem como viabilizar e racionalizar o acesso às informações.

17. Art. 5º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro critério e racionalidade no exercício do poder requisitório, de modo a permitir que os gestores mobilizem seus esforços na execução da política pública e não na confecção de respostas. § 1º Evitar a expedição de notificações e requisições de informações que já se encontrem disponibilizadas em sistemas abertos de consulta. § 2º Evitar a expedição de ofícios e requisições relacionados a temas inseridos nas atribuições de outros órgãos de execução, bem como que já tenham sido objeto de anterior requisição atendida. § 3º Fixar prazos razoáveis para o cumprimento das requisições e ofícios.

lei, estabelecer as balizas para a atuação do administrador. São as ditas normas gerais de administração.

Nesse sentido, é bem pontual o julgado do TJSP cujo segmento abaixo se transcreve, versando sobre a possibilidade de edição de normas gerais relativas à administração de bens públicos sem que isso acarrete qualquer prejuízo à atribuição privativa do Executivo de realizar a gestão de tais bens, ressaltando, inclusive, a possibilidade de estipulação de outros requisitos pelo Chefe do referido Poder para autorizar o uso, exatamente em razão de sua qualidade de gestor:

[...] No entanto, relevante ressaltar que essa função constitucional administrativa típica do Poder Executivo – e a ele reservada – não impede que a Câmara Municipal, no exercício de sua função típica de legislar, tutele o interesse coletivo da comunidade local, simplesmente estabelecendo condições mínimas a serem observadas para que se autorize o uso privativo de passeios públicos, sem que isso represente qualquer ingerência nas atribuições de gestão, planejamento, organização, direção de serviços e obras. Reitera-se que **a lei municipal tampouco retira do Prefeito a competência exclusiva de indeferir ou revogar a autorização ou até mesmo de definir outros critérios, regras e condições adicionais**, caso ele venha a consentir, por conveniência e oportunidade, que determinado indivíduo ou estabelecimento utilize privativamente ou com predominância – as calçadas fronteiriças aos bares, restaurantes etc. (ADI nº 2079250-63.2014.8.26.0000, j. 28/01/15, grifo nosso)

Por outro lado, a edição de leis que não tenham esse caráter de norma geral, invadindo o campo das matérias que estão protegidas pela reserva de administração, é vedada. Em outras palavras, não pode o legislador, a pretexto de exercer sua função de legislar, substituir-se ao administrador, gerando leis que em sua essência equivalam a atos de gestão. Não é uma questão de falta de iniciativa e, sim, de impossibilidade de edição de leis com tal conteúdo.

Em síntese, a reserva de administração em relação ao processo legislativo funciona como uma verdadeira barreira. Nesse campo, não cabe a edição de lei.

A alteração do texto da Constituição Federal promovida pela EC nº 32/01 reforça esse posicionamento, como se depreende da conjugação da nova redação dos artigos 48, XI; 61, § 1º, II, “e”; e 84, VI, “a”.¹⁸

18. Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; Art. 61. [...] § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II – disponham sobre: [...] e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [...]

A partir da edição desta emenda constitucional, a proteção do campo de ações inserido na competência privativa do Executivo deixou de depender exclusivamente da interpretação de dispositivos como o princípio da independência entre os Poderes, encontrando suporte em norma expressa. Assim, a disciplina da organização e funcionamento da administração nos moldes acima deve se dar exclusivamente no âmbito administrativo, sem interferência do Legislativo através de sua função de legislar, mas com total sujeição a sua função de fiscalizar, como será abordado mais adiante.

A respeito do tema são oportunas as observações de Ricardo Marques de Almeida,¹⁹ que defendendo a existência deste espaço de normatização conferido com exclusividade ao Poder Executivo após a EC nº 32/01, pondera que “a questão se resume ao respeito à separação dos poderes e ao respeito mútuo, entre Executivo e Legislativo, sobre o exercício das atribuições de cada um e a forma como ela se exterioriza: mediante Lei ou mediante Decreto” e traz interessantes apontamentos de casos envolvendo o impacto da referida emenda constitucional no processo legislativo, dos quais vale destacar a ADI nº 2601, ainda pendente de julgamento. O autor registra que em referida ADI está presente, dentre outros, o questionamento da possibilidade de um decreto revogar dispositivos de uma lei, tendo o Ministério Público Federal se manifestado pela improcedência dos pedidos, o que equivaleria a admitir tal possibilidade de revogação, quando se tratar de matéria relativa à organização e funcionamento da administração nos moldes preconizados pelo art. 84, VI, “a” da Constituição Federal.

Convém registrar, contudo, que não há na doutrina um consenso quanto ao ponto. Não se consolidou um entendimento de que após a EC nº 32/01 haveria um campo imune à lei, como explica Paulo Henrique Macera, que, se posicionando contrariamente à existência de tal campo, observa que, em relação à jurisprudência, embora já esteja bem assentada a utilização da reserva de administração como fundamento para afastar interferências indevidas nas demandas envolvendo o controle judicial da atuação da Administração, bem como nas ações diretas de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, “ainda se vê pouca familiaridade com o manejo do instituto nos casos de excesso de normatização legislativa em campos tipicamente administrativos”.²⁰

É válido mencionar que recentemente o STF, no julgamento da ADI 2.364, realizado em 17/10/18, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, reforçou

19. Almeida (*op. cit.*)

20. Macera (*op. cit.*, p. 367).

o posicionamento²¹ pela existência de um campo material imune à ingerência legislativa. O caso em apreciação versava sobre lei de iniciativa parlamentar editada com o intuito de desfazer efeitos de atos administrativos relacionados a enquadramento de servidores públicos:

RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES – O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência político-administrativa do Poder Executivo [...]

Vê-se, desse modo, que a **intervenção normativa do Poder Legislativo, mediante lei, em área constitucionalmente reservada à atuação administrativa do Poder Executivo qualifica-se como procedimento incompatível com os padrões ditados pelo princípio da separação de poderes.** Não se pode ignorar, presente o contexto ora em exame, que, em tema de desempenho concreto, pelo Poder Executivo, das funções tipicamente administrativas a ele inerentes, **incide clara limitação material à atuação do legislador, cujas prerrogativas institucionais sofrem as restrições derivadas do postulado constitucional da reserva de Administração.**

A reserva de Administração – segundo adverte J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional”, p. 810/811, 5ª ed., 1991, Almedina, Coimbra) – constitui limite material à intervenção normativa do Poder Legislativo, pois, enquanto princípio fundado na separação orgânica e na especialização funcional das instituições do Estado, caracteriza-se pela identificação, no sistema constitucional, de um “núcleo funcional [...] reservado à administração contra as ingerências do parlamento”, por envolver matérias que, diretamente atribuídas à instância executiva de poder, **revelam-se insuscetíveis de deliberações concretas por parte do Legislativo**, desvestido, portanto, sob tal perspectiva, de qualquer prerrogativa que lhe permita praticar, com repercussão sobre os servidores públicos vinculados ao Poder

21. Anteriormente, o Ministro Celso de Mello também já havia se manifestado no mesmo sentido ao relatar o RE 427574 ED-MG, no qual se discutia a constitucionalidade de alteração legislativa oriunda de iniciativa parlamentar versando sobre declaração de entidades como de utilidade pública: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação “ultra vires” do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais” (j, 13/12/11).

Executivo, verdadeiros atos administrativos referentes à investidura funcional ou à sua eventual invalidação.

E também em recentes julgados do TJSP é possível encontrar essa diferenciação entre iniciativa legislativa e reserva de administração, como ilustra o aresto abaixo:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 11.866, de 11 de fevereiro de 2019, do Município de Sorocaba, que “dispõe sobre o chamamento de contemplados por futuros programas habitacionais entregues pelo Município de Sorocaba seja feito através de ‘AR’ pelos Correios”. **INOCORRÊNCIA DE VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA** – A utilização do aviso de recebimento (AR) nas correspondências destinadas ao chamamento de contemplados a todas as etapas de futuros programas habitacionais entregues pelo município de Sorocaba é questão ligada à organização e à gestão dos serviços públicos – **Hipótese em que não se contempla assunto de caráter amplo e geral, que deveria ser regulamentado por lei formal, senão competência material do Chefe do Executivo, que poderia ser objeto de decreto.** **USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA MATERIAL DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO** – **Legislador que invadiu a esfera destinada à gestão municipal, a chamada reserva da administração, editando lei em situação que deveria ter sido definida diretamente pelo Chefe do Poder Executivo**, ofendendo, dessa forma, o princípio da separação dos poderes – Desrespeito aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, e 47, incisos II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual. Ação procedente (ADI nº 2167832-63.2019.8.26.0000, j. 13/11/19, grifo nosso).

É difícil, contudo, estabelecer parâmetros muito precisos para identificar até onde a iniciativa legislativa pode ser tomada de modo seguro pelo legislador quando o projeto se relacionar com a função administrativa, especialmente depois do Tema 917 de repercussão geral do STF. O próprio conceito das “normas gerais” – que estão ao alcance da iniciativa parlamentar – já comporta discussão e, talvez, seja até mesmo impossível fixar tais parâmetros em casos mais fronteiriços, cuja disciplina pode estar situada entre a atividade legislativa e a administrativa.

Embora isso seja ruim, pois gera insegurança jurídica, também pode ser analisado por um lado positivo de estimular a adoção de posturas com foco na harmonia entre os Poderes, a qual depende do necessário respeito recíproco. Por outras palavras, diante de uma ação incerta, que suscita muita dúvida quanto a sua adequação jurídica, deve se ponderar se não seria melhor adotar outras ações que estejam na esfera do parlamento, com maior potencial de êxito, ajudando a criar uma nova cultura.

6. A RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO FISCALIZADORA

Como já assinalado, o Executivo deve exercer a função administrativa pautado pelo respeito a todas as normas do ordenamento jurídico. O fato de ter liberdade de ação para agir em determinadas situações com base na discricionariedade não torna sua atuação imune às diversas espécies de controle previstas em nossa Constituição Federal, destacando-se no âmbito deste trabalho o controle externo efetuado pelo Poder Legislativo.

Se no campo do processo legislativo a existência de reserva de administração coloca determinadas situações fora do alcance da atuação parlamentar via função legislativa, no campo da função fiscalizadora há plena condição de atuação e, mais importante, de se obter maior efetividade na ação.

Assim, toda a atuação administrativa está sujeita ao controle do Legislativo sob a ótica do atendimento aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, bem como da observância da legislação de regência do tema que esteja em foco.

Por exemplo, é cediço que em matéria urbanística os projetos e programas que venham a ser desenvolvidos pelo Executivo precisam observar as normas traçadas no Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257/01, mas, por vezes, a população recorre às Câmaras Municipais para se queixar que esses projetos estão sendo desenvolvidos sem que seja franqueada a oitiva e a participação dos munícipes, em afronta, portanto, ao princípio da gestão democrática da cidade, previsto no art. 2º, II, do referido estatuto. Nessa hipotética situação, a atuação do Legislativo pode ajudar a corrigir os rumos desse processo, evitando que a questão desague no Judiciário.

Outro aspecto importante a ser considerado é que os parlamentos estão mais vocacionados a manter uma interação entre seus membros e a sociedade, de modo que a partir dessa interação captam com frequência percepções e informações da população diretamente atingida que podem contribuir e muito para a construção e a implementação das políticas públicas, adequando suas imperfeições. Observe-se que a situação que se quer ilustrar aqui não é aquela correspondente à possibilidade apenas do envio de uma Indicação²² ao Executivo e, sim, a situação em que através do contato com a população são detectadas possíveis falhas na atuação administrativa a ponto de comprometer sua adequação jurídica. Nessa hipótese, manejando os instrumentos que viabilizam a função fiscalizadora, novamente o Legislativo tem a

22. Indicação é o meio de que dispõem os parlamentares para sugerir ao Poder Executivo a adoção de determinadas medidas que entendem necessárias e relevantes, mas que estão na esfera privativa de atribuições desse Poder.

chance de atuar de modo mais assertivo, contribuindo com a efetividade da atuação administrativa.²³

A função típica de fiscalização está prevista no art. 49, X, da Constituição Federal,²⁴ e o Legislativo dispõe de diversos instrumentos²⁵ para o exercício dessa importante função, que poderá se dar através da atuação das comissões que compõem a Casa Legislativa ou, diante da ocorrência de circunstâncias específicas, através de comissões parlamentares de inquérito ou, ainda, por deliberação do Plenário.

De modo um pouco mais detalhado, tem-se que a partir de proposta de algum parlamentar no âmbito de uma comissão da qual faça parte ou perante o plenário da Casa Legislativa pode ocorrer a aprovação de medidas que expressem o exercício da função fiscalizadora, tais como a requisição de informações ao Executivo ou a convocação de agentes públicos para prestar esclarecimentos.

As comissões são órgãos fracionários do Poder Legislativo, concebidos para que o desempenho das atividades parlamentares possa ocorrer de modo racionalizado e eficiente. Ante a variedade das matérias que demandam apreciação no Parlamento sob diversos aspectos, são constituídos estes grupos específicos de parlamentares para realizar um estudo aprofundado de cada matéria segundo temas de cada comissão. Assim, o papel das comissões é produzir uma análise de cada proposta de acordo com o seu campo temático, a fim de subsidiar a decisão dos parlamentares.

Consigne-se que esse enquadramento da questão é importante, pois a partir da caracterização da atuação do Legislativo como expressão de seu poder-dever de fiscalização da atuação administrativa podem ocorrer consequências gravosas na hipótese de desrespeito por parte do Executivo.

De fato, a resistência infundada do Executivo em relação às requisições e convocações feitas pelo Legislativo com espeque na sua missão institucional de fiscalização, pode, em tese, ser passível de enquadramento como crime de responsabilidade, infração político-administrativa e ato de improbidade administrativa, todas hipóteses com sérias consequências, com destaque para a perda do cargo ou função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.²⁶

23. A título de exemplo, mencione-se, no âmbito do município de São Paulo, o trabalho de CPs envolvendo o tema de sonegação tributária, que resultou na recuperação de grande volume de recursos públicos e no compromisso de mudança de sede por parte de algumas instituições financeiras, visando regularizar a arrecadação do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS): http://www.saopaulo.sp.leg.br/atividade-de-legislativa/comissoes/#title_cpi; <https://exame.com/negocios/santander-itau-e-bradesco-pagarao-r-660-mi-a-prefeitura-de-sp/>; <https://oglobo.globo.com/economia/prefeitura-de-sao-paulo-ja-recuperou-27-bilhoes-de-bancos-empresas-investigados-por-sonegacao-fiscal-1-24095507>.

24. Em âmbito municipal também está prevista no art. 29, XI, da Constituição Federal, que determina aos Municípios que organizem as funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal.

25. Cf. artigos 50 e 58, III, da Constituição Federal.

26. Art. 50, § 2º, CF; Artigos 2º, 4º, II e 6º, I, da Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento; art. 4º, II e III, do Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e artigos 11, *caput*, e 12, III, da Lei nº 8.249/92 – Lei de improbidade administrativa.

Ilustrando a hipótese em âmbito municipal, vale transcrever as disposições do Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores:

Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

[...]

II – Impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída;

III – Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular;

Art. 5º O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:

[...]

VI – Concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações nominais, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, em curso de qualquer das infrações especificadas na denúncia. Concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e fará lavrar ata que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo. Em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o resultado.

É importante ressaltar a necessidade de observância de alguns requisitos para que o exercício da função fiscalizadora ocorra de modo regular: i) observância do

princípio da colegialidade,²⁷ já que a função fiscalizadora é constitucionalmente conferida à instituição, e não ao parlamentar isoladamente; ii) fundamentação das requisições de informações ou da convocação de agentes públicos para prestar esclarecimentos; iii) pertinência temática, quando o ato de fiscalização for deliberado no âmbito de comissão; e, iv) observância dos atos que estejam sob reserva de jurisdição, quando se tratar de fiscalização exercida no âmbito de CPI.

Reitere-se que a reserva de administração, com a discricionariedade que lhe é ínsita, não põe a atuação da administração à margem de controle, especialmente se pensarmos na análise com foco na observância dos princípios da razoabilidade e da eficiência. Quanto a este último princípio, José dos Santos Carvalho Filho,²⁸ ainda que pontue ser um comando mais dotado de estímulo a uma conduta positiva do que de efetividade, ressalta que a necessária sujeição da administração a ele impõe o controle ainda mais rigoroso da ação administrativa:

A despeito da menção constitucional, a expressividade do princípio consiste muito mais numa exortação aos administradores públicos do que propriamente num comando dotado de efetividade. Comandos expressos são ineficazes se não houver uma predisposição dos agentes públicos, como também uma clara consciência cívica, direcionada aos fins a que se preordena a gestão administrativa – o interesse público, ou, se assim se desejar, o interesse da coletividade.

O legislador impõe, em algumas situações, um determinado *iter* que o administrador público deve seguir compulsoriamente, sem lhe permitir qualquer processo de escolha. Noutra vertente, e ciente da impossibilidade de absoluto controle sobre algumas decisões a serem tomadas pelo administrador, a lei admite certo espaço no qual o agente administrativo recebe a atribuição de optar por determinada vertente, sempre considerando o fim de interesse público de sua conduta.

[...]

27. A atuação colegiada é da essência institucional do Poder Legislativo e de outro modo não poderia ser ante a quantidade de membros que o compõe e a diversidade de sua orientação política, fator que comprometeria o exercício da função fiscalizadora se cada um pudesse atuar, em nome da instituição, segundo sua própria convicção. Nesse sentido, frequentemente os Executivos Municipais deixam de prestar informações solicitadas por Vereadores e um desses casos chegou ao STF, culminando com a apreciação do Tema 832 de repercussão geral, fixando a seguinte tese: “o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito”. Por certo o parlamentar não se despe de sua condição de cidadão e seria absurdo que tivesse menos condições de exigir informações da Administração do que qualquer cidadão. O ponto central dessa temática, porém, é que inquestionavelmente, por meio da função fiscalizadora exercida institucionalmente pelas Casas Legislativas, o campo de informações que podem ser obtidas é mais amplo, as consequências de eventual negativa pelo Poder Executivo são mais gravosas e a possibilidade de sua concretização mais plausível.

28. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Escolhas e eficiência: uma integração necessária. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (orgs.). *A regeneração da administração pública brasileira*. Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Curitiba: Íthala, 2017, p. 75-78.

Ao contrário, na discricionariedade, a lei confere ao administrador certa margem de liberdade dentro da qual lhe será lícito desenvolver o processo de escolha, vale dizer, será permitido que, na qualidade de gestor, decida em determinado sentido. Cuida-se do exercício do poder discricionário que é aquele “quando seu exercício fique entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere”, nas precisas palavras de Marcelo Caetano.

Em seu estudo sobre o princípio da eficiência na Administração, Onofre Alves Batista Junior defende a ideia de que o Estado Democrático de Direito, de desiderato social, impõe um equilíbrio entre o eficientismo e o garantismo, de modo que **quanto mais a Administração se flexibiliza em prol da eficiência, mais o controle deve ser fortalecido, em defesa da segurança**. Segundo o autor, é imperioso que o administrador atue com certa flexibilidade para curvar-se às imposições atinentes à eficiência, mas, para impedir o excesso e o desvio de poder, **o controle sobre tais atividades flexibilizadas deve ser mais rigoroso**.

[...]

Em complemento, diz ainda o autor que “as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade. Por conseguinte, não basta que a lei confira ao administrador a definição no processo de escolha, mas é preciso também que o administrador, ao fazê-lo, conjugue sua escolha com a melhor solução a ser alcançada dentro da finalidade de interesse público.

7. CONCLUSÕES

O presente texto pretendeu trazer reflexões sobre a interação entre os Poderes Legislativo e Executivo no campo da função administrativa, apontando para a necessidade de valorização da harmonia entre os Poderes e de preocupação com a efetividade da via de atuação escolhida pelo parlamento (função legislativa ou fiscalizadora).

Procurou-se demonstrar que os parlamentares poderiam se atentar mais à possibilidade de atingir o mesmo objetivo que buscam com a apresentação de determinados projetos de lei pela via do exercício da função fiscalizadora. Ainda que este possa ser um processo moroso e que encontre óbices na própria instituição – ante a resistência da base de governo, por exemplo –, os parlamentares serão forçados a se posicionar e a questão terá mais exposição.

É preciso refletir se usar o processo legislativo como forma de fomentar o debate é mesmo um meio eficiente, pois, além do dispêndio de tempo, energia, recursos financeiros e humanos envolvidos na deliberação dos projetos, a discussão sobre um tema que previamente já se sabe que terá pouca chance de ser aprovado em plenário e, mesmo se convertido em lei, esta terá alta probabilidade de ser julgada inconstitucional, pode gerar maior frustração na população do que se o assunto sequer fosse discutido. Além disso, finalmente cabe ponderar se esse cenário não contribuirá para aumentar a percepção social de que o Legislativo não consegue resolver os problemas, não atua de modo eficiente, abalando a imagem e a credibilidade da instituição.

É certo que, por todas as razões expostas ao longo do presente trabalho, as questões envolvendo o processo legislativo devem ser norteadas por uma interpretação que potencialize o exercício da função legislativa, resguardando a missão institucional do Parlamento.

Entretanto, não se deve desconsiderar que a assimilação de princípios tradicionais como o da reserva de administração e o da iniciativa privativa no processo legislativo, permite canalizar adequadamente os esforços dos poderes públicos, em seus respectivos campos de atuação, ao atendimento às diversas demandas sociais, o que, em última análise, representa respeito aos princípios constitucionais da eficiência e da harmonia entre os poderes.

Enfim, dentro de todo este processo de interação entre os poderes estatais, o importante é manter como norte a busca do equilíbrio e da solidificação da experiência democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ricardo Marques de. Decretos que se sobrepõem à lei. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3430, 21 nov. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23065>. Acesso em: 13 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Escolhas e eficiência: uma integração necessária. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (orgs.). *A regeneração da administração pública brasileira*. Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Curitiba: Íthala, 2017.

CAVALCANTI Filho, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro [on-line]. *Revista Digital de Direito Administrativo*,

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, v. 1, n. 2, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p333-376>. Acesso em: 07/08/20

MORGADO, Cintia. A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes constitucionalismo cooperativo [*on-line*]. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 66, 2011. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTEExMA%2C%2C>. Acesso em: 07/08/20.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O PODER LEGISLATIVO NA ERA DIGITAL

Renato Takashi Igarashi¹

Resumo: No contexto em que a tecnologia tem revolucionado as formas de se relacionar um com outro, a noção oitocentista de privacidade não mais atende às demandas sociais. Os dados pessoais passaram a ser objeto de cobiça, sendo massiva e livremente coletados e compartilhados, sem conhecimento de seus titulares, desencadeando a edição de leis específicas sobre a matéria no mundo, como a brasileira Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Ao Estado a lei condiciona o tratamento de dados à persecução de interesse público, cujo conteúdo restou delimitado pela incidência dos princípios próprios de proteção de dados pessoais, inibindo-se eventuais abusos, como se vislumbra em algumas iniciativas existentes quando analisadas sob sua égide. No âmbito do Poder Legislativo, diversas atividades podem ser identificadas como de incidência da LGPD, como as fiscalizatórias, legislativas e, principalmente, administrativas, nas quais se destacam a divulgação de informações públicas, a elaboração de um programa de *compliance* e ações voltadas à segurança e ao sigilo de dados. Por tratamento ilícito de dados, são previstas sanções específicas a merecerem atenção.

Palavras-chave: Dados pessoais. LGPD. Poder Legislativo. Administração pública.

INTRODUÇÃO

Na sociedade de informação, onde os processos de comunicação se tornam mais ágeis e eficientes graças às crescentes inovações tecnológicas, as rotinas são caracterizadas por constantes operações de tratamento de dados. Com a expressão *“data is the new oil”*, diz-se que a economia é hoje movida a dados, os quais podem ser convertidos em informações necessárias ou úteis para a atividade econômica, gerando valor. O imenso volume de dados pessoais e a velocidade com que são produzidos e compartilhados, sem ciência de seus titulares, exigem um novo modelo de gestão de dados pessoais.

1. Procurador legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduado em Direito Municipal pela Escola Paulista de Direito e pós-graduando em Direito Digital e Compliance pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade Ibmecc/SP.

A Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), constitui o primeiro marco jurídico brasileiro do setor, que veio com atraso em relação aos demais países, inclusive os vizinhos Argentina e Uruguai. Até então, a proteção de dados era tutelada por normas setoriais e esparsas, dificultando a compreensão e a aplicação da matéria. Até mesmo a Constituição Federal de 1988 ainda não se adequou aos novos tempos de coleta massiva de dados, exigindo do intérprete um esforço hermenêutico para compreender a proteção de dados a partir das garantias constitucionais de privacidade e intimidade.

O Estado, como não poderia deixar de ser, também está inserido nesse processo de transformação. A adoção de novas tecnologias tem lhe permitido constituir uma gigantesca base de dados que, por um lado, contribui para o aperfeiçoamento de serviços públicos, mas, por outro, representa um significativo risco de vazamento e compartilhamento indevido. O Poder Legislativo, enquanto um dos poderes da clássica tripartição concebida por Montesquieu, exerce atividades fundamentais de Estado, pelo que, naturalmente, não escapa da incorporação das avançadas técnicas de tratamento de dados.

O presente trabalho pretende fornecer as primeiras impressões da incidência da LGPD no Poder Legislativo, em seus aspectos gerais, sem adentrar com profundidade nos tópicos abordados. Sem prejuízo das interseções necessárias com a administração pública em geral e até mesmo com o setor privado, procurar-se-á pontuar algumas particularidades existentes nas casas legislativas e os impactos que a LGPD possivelmente causará sobre elas.

1. A PROTEÇÃO DE DADOS NA ERA DIGITAL

1.1. Privacidade e Proteção de Dados

A noção de privacidade sempre se apresentou fluida no tempo e no espaço. Costuma-se citar o artigo “The right to privacy”, de Warren e Brandeis, publicado na *Harvard Law Review*, em 1890, como marco da privacidade como objeto a ser tutelado pelo direito, que relaciona o direito à privacidade (*right to privacy*) ao direito de ser deixado só (*right to be let alone*).² Doneda explica, porém, que as diferenças não eram fundadas na contraposição entre *common law* e *civil law*, visto que se verificavam até entre EUA e Reino Unido. “Diversos ordenamentos seguiram seus próprios caminhos ao tratar do tema da privacidade, visto que entravam em terreno onde as

2. WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. IV, n. 5, dez. 1890, p. 193-220.

particularidades de cada sociedade eram determinantes”, resultando daí diferentes concepções.³

No contexto do individualismo exacerbado, em que a esfera privada era tutelada apenas para a burguesia, o artigo de Warren e Brandeis teve o mérito de desvincular a proteção da privacidade do direito de propriedade, fazendo-a ocupar o lugar de um verdadeiro direito geral de personalidade. Doneda aponta que, ao propor um novo *right to privacy*, o artigo estadunidense influenciou algumas de suas características que vieram a se consolidar no século seguinte: partia-se das mudanças trazidas para a sociedade pelas tecnologias de informação (jornais, fotografias) e comunicação de massa; o novo direito à privacidade era de natureza pessoal; e se abriu caminho para se tornar um direito constitucionalmente garantido.⁴

No século conhecido como a “era dos extremos”, entre as transformações ocasionadas pelo *boom* da economia mundial no pós-guerra, conforme Hobsbawm, destaca-se a revolução tecnológica, que não só multiplicou produtos melhorados, como incluiu outros quase inimagináveis antes da guerra.⁵ Foi justamente pela rápida evolução da informática verificada a partir da década de 1970 que a privacidade paulatinamente passou a girar em torno de questões relacionadas a dados pessoais, tornando-se um tema de informação. Isso porque, ao aperfeiçoar a capacidade de armazenamento e comunicação, a tecnologia criou uma variedade de formas de apropriação de informações, fazendo delas um elemento fundamental para as relações sociais. “Para o Direito, esta crescente importância se traduz no fato de que uma considerável parcela das liberdades individuais hoje são concretamente exercidas em

3. DONEDA, Danilo César Maganhoto *Da privacidade à proteção de dados: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, versão *Kindle*, L. 1.508. Mesmo antes, a privacidade já era abordada, cujas primeiras menções remontam à Antiguidade. Foi, entretanto, a partir do século XVI, com disposição arquitetônica de casas e cidades, que tornavam mais propícias à separação por classes e categorias, que sua noção conquistou importância, como consequência do individualismo e oposição à esfera social. “A privacidade passa a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa que, com seu forte componente individualista, dela se utiliza para marcar sua identidade na sociedade e também para que o solitário burguês se isole dentro de sua própria classe”, resume o autor (*op. cit.*, l. 1.707). O desenvolvimento da sociedade, nos séculos que se seguiram, em especial no século XIX, passa a se estruturar sob a ideia de que a liberdade humana encontraria fundamento na propriedade privada, cuja proteção era associada diretamente à privacidade.

4. Doneda (*op. cit.*, L. 1.772).

5. HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 259-60.

estruturas ou plataformas nas quais a comunicação e a informação possuem papel relevante”.⁶

Como se percebe, a noção tradicional de privacidade restrita à intimidade não mais prevalece. Tornou-se imperiosa sua ampliação para acomodar os novos e complexos desafios impostos na sociedade pela revolução tecnológica e pela economia cada vez mais globalizada. A livre circulação de informações pessoais não pode ser resolvida com a ideia oitocentista de *right to be let alone*. No contexto atual, marcado pelo capitalismo de vigilância, a discussão sobre proteção de dados pessoais assume outros domínios para abranger a ideia de controle sobre as próprias informações, o que inclui não só a autodeterminação informativa, mas também o direito à não discriminação, à liberdade, à igualdade, entre outros.

No Brasil, o tema se estruturou a partir de um conjunto normativo recente, mas que não é abordado satisfatoriamente pela Constituição Federal de 1988, que se limita a considerar invioláveis a vida privada e a intimidade (art. 5º, X), bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII). Tanto é que há ainda quem sustente que informações pessoais somente são protegidas constitucionalmente no que se refere à “comunicação de dados”, a exemplo do que fez o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2006, quando, citando voto dado pelo ministro Néri da Silveira em 1995, asseverou que “A

6. Doneda (*op. cit.*, L. 3.479). Sobre as leis que se sucederam nesse período, o autor as agrupa em quatro gerações: (a) *primeira geração*: exemplificada em *Hessisches Datenschutzgesetz* (Ato de Proteção de Dados de Hesse), de 1970, e *Sw. Datalagen* (Ato de Dados Sueco), de 1973, refletia o estado da tecnologia da época, vinculada à experiência de um grande banco de dados. Nos EUA, em 1965, construir uma central única de armazenamento de informações pessoais (*National Data Center*) se apresentou como a solução para incômodos causados pela fragmentação de vários bancos de dados. Entretanto, a concentração de dados nas mãos da administração pública implicava um excessivo crescimento de poder do governante, levando a um debate, nos anos 1970, sobre as técnicas de armazenamento de informações e qual a melhor arquitetura da estrutura informacional. O debate inspirou iniciativas semelhantes, como na França, em que se criou um sistema de transferência de dados pessoais nas mãos da administração para sistemas informatizados (*op. cit.*, l. 3.840-3.883); (b) *segunda geração*: simbolizada pela *Loi de l’informatique et des libertés* (Lei da Informática e das Liberdades), de 1978, era baseada na consideração da privacidade e na proteção de dados pessoais como uma liberdade negativa, a ser exercitada pelo próprio cidadão. Atendia-se à “insatisfação de cidadãos que sofriam com a utilização por terceiros de seus dados pessoais e careciam de instrumentos para defender diretamente seus interesses”, mas se criava um problema: “tanto o Estado como entes privados utilizavam intensamente o fluxo de informações pessoais para seu funcionamento, e a interrupção ou mesmo o questionamento deste fluxo pelo cidadão [...] implica não raro sua exclusão de algum aspecto da vida social” (*op. cit.*, L. 4.136); (c) *terceira geração*: surgida nos anos de 1980, procurou sofisticar a tutela de dados pessoais. Já não se tratava mais de somente fornecer ou não seus dados pessoais; tornava-se indispensável a participação do indivíduo na sociedade, levando em consideração o contexto no qual lhe é solicitado que revele seus dados. Buscava-se estabelecer “meios de proteção para as ocasiões em que sua liberdade de decidir livremente é cercada por eventuais condicionantes”, vale dizer, buscava-se o efetivo exercício da autodeterminação informativa. Se problema eram os custos envolvidos, sejam econômicos ou sociais, que compeliem as pessoas a aquiescer com situações não ideais (*op. cit.*, L. 4.136-4.155); e (d) *quarta geração*: cuida-se de leis atuais que se caracterizam por identificar a insuficiência de uma tutela de dados pessoais baseada na escolha individual e introduzir instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção. Entre as técnicas utilizadas estão a de reconhecer o desequilíbrio na relação entre uma pessoa e as entidades que coletam e processam seus dados, e a de reduzir o papel da decisão individual de autodeterminação informativa. Também estão presentes nestas leis o modelo de autoridades independentes para atuação da lei e a edição de normas específicas para alguns setores de processamento de dados (*op. cit.*, L. 4.136-4.155).

proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador”.⁷

Enquanto não houver modificação no texto constitucional – a Proposta de Emenda Constitucional 17/2019 objetiva incluir expressamente a proteção de dados como direito fundamental –, mostra-se essencial dar uma interpretação ao disposto no art. 5º, X e XII, mais consentâneo com a complexidade das atuais relações sociais. O alargamento do alcance dos citados dispositivos constitucionais é a via que condiciona a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor central do ordenamento jurídico brasileiro.

1.2. O Impacto da Quarta Revolução Industrial

Tornou-se corrente atribuir ao momento contemporâneo, em que se testemunha o desenvolvimento e a difusão de tecnologia numa velocidade nunca antes vista, de *indústria 4.0* ou *quarta revolução industrial*. Revolução consiste em mudança abrupta no poder político ou na organização estrutural de uma sociedade num período curto de tempo. A revolução agrícola, ocorrida a partir do período neolítico, foi a transição em grande escala de muitas culturas humanas do estilo de vida de caçador-coletor e nômade para um agrícola e sedentário. Em outro estágio, fala-se de revolução industrial, que Schwab assim descreve:

A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção de ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção de massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores da computação em mainframe

7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário n. 418.416/SC. Recorrente: Luciano Hang. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 maio 2006. *Diário de Justiça*, 19 dez. 2006. Sobre essa corrente, afirma Doneda (*op. cit.*, L. 7.083): “A leitura das garantias constitucionais para os dados somente sob o prisma de sua comunicação e de sua eventual interceptação lastreia-se em uma interpretação que não chega a abranger a complexidade do fenômeno da informação ao qual fizemos referência. Há um hiato que segrega a tutela da privacidade, esta constitucionalmente protegida, da tutela das informações pessoais em si – que, para a corrente mencionada, gozariam de uma proteção mais tênue. E esse hiato possibilita a perigosa interpretação que pode eximir o aplicador de levar em conta os casos nos quais uma pessoa é ofendida em sua privacidade – ou tem outros direitos fundamentais desrespeitados – não de forma direta, porém por meio da utilização abusiva de suas informações pessoais. Não é necessário ressaltar, novamente, o quanto hoje em dia as pessoas são reconhecidas em diversos relacionamentos somente de forma indireta, pela representação de sua personalidade que é fornecida pelos seus dados pessoais, ressaltando, ainda mais, a importância da proteção de tais dados para a proteção da identidade e personalidade de cada um de nós.”

(década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990).

Ciente das várias definições e argumentos acadêmicos utilizados para descrever as três primeiras revoluções industriais, acredito que hoje estamos no início de uma quarta revolução industrial. É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina).

[...]

A quarta revolução industrial, no entanto, não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.⁸

A internet está moldando a sociedade moderna, com impactos na organização social, econômica e cultural. De fato, nunca antes a comunicação global e o acesso à informação foram tão difundidos. De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a internet, que era apenas para melhorar a comunicação, se transformou numa tecnologia onipresente que apoia todos os setores da economia, tão fundamental quanto à eletricidade. Consolidou-se, assim, o termo *economia digital* ou *economia da internet* para abarcar uma série de mercados com foco em tecnologias da informação e comunicação (TIC). Grande parte das transações econômicas, incluindo atividades variadas como vendas, distribuição e consumo, se deve à economia digital.⁹

Pois bem, as ferramentas que a quarta revolução industrial oferece, em especial o surgimento da internet e a popularização da internet das coisas, produziram uma quantidade cada vez mais crescente e não estruturada de dados sendo gerados

8. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 16. A quarta revolução industrial traz mudanças que Peixoto (PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Teoria da regulação e governança no direito digital. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital*. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 34-38) classifica em quatro ordens: a) moeda ou regime monetário: novas abordagens provocam pontos de inflexão nas instituições monetárias, como as criptomoedas (*bitcoins*) e o *blockchain*, levando ao questionamento acerca do futuro papel dos bancos centrais; b) concorrência: a tecnologia é utilizada no processo de formação dos preços, estimulando a livre concorrência e a transparência, como as *fintechs*; c) relação salarial: substitui-se o trabalho pela nuvem humana, isto é, uma economia sob demanda em que trabalhadores tornam-se autônomos à disposição de plataformas digitais; d) Estado: o papel estatal assume a expressão da imbricação das esferas política e econômica; e e) inserção internacional: produção e consumo se tornam mais eficientes com custos marginais zero e canalização de plataformas digitais.

9. OCDE. Measuring the Internet economy: a contribution to the research agenda. *OECD Digital Economy Papers*, Paris, n. 26, jul/2013. OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5k43g6r8jf-en>. Acesso em: 25 ago. 2020.

a cada segundo, que se convencionou chamar de *big data*. Para se ter uma ideia da grandeza do volume de dados, cite-se trecho do seguinte relatório para o Global Pulse das Nações Unidas de 2016:

O mundo hoje está mais conectado, interdependente e rico em dados do que em qualquer outro momento da história da humanidade. O crescimento exponencial de volume de dados produzidos globalmente significa que 90% de todos os dados existentes hoje – desde a invenção o alfabeto fenício – foram gerados apenas nos últimos dois anos. A explosão dos serviços digitais na última década permitiu que muitos novos atores se tornassem produtores, proprietários e consumidores de dados. Entre 2005 e 2015, o número de usuários da internet mais do que triplicou, de 1 bilhão para 3,2 bilhões, e agora mais famílias possuem um telefone celular do que acesso a eletricidade ou água limpa. Essa explosão de informações e seus muitos novos aplicativos para desenvolvimento é frequentemente chamada de Revolução de Dados.¹⁰

A expansão da capacidade de processamento computacional propiciou um desenvolvimento de novos meios de coleta e de tratamento de dados. Esse conjunto de dados é essencial nas relações econômicas e sociais e representou uma evolução nos sistemas de negócio e na ciência, sendo de grande importância na definição de estratégias de *marketing*, no aumento da produtividade, na redução de custos e na tomada de decisões mais inteligentes.

Governos e agentes econômicos obtêm dados pessoais por meio de monitoramento e vigilância constantes sobre cada passo da vida das pessoas, o que leva a um capitalismo de vigilância e a uma sociedade de vigilância. Utiliza-se a experiência humana, como vozes, personalidades e emoções, como matéria-prima gratuita para ser traduzida em dados comportamentais, pretensões invasivas essas que são alimentadas pela ausência de leis para conter o fenômeno. Conforme Frazão, “é possível verificar que a economia movida a dados e o capitalismo de vigilância são as duas faces da mesma moeda, pois, quanto maior a importância dos dados, mais

10. BAMBERGER, Michael. Integrating Big Data into the monitoring and evaluation of development programmes [online]. 2006. In: UN Global Pulse. Disponível em: <https://unglobalpulse.org/wp-content/uploads/2016/12/integratingbigdataintomedpwebungp-161213223139.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020. No original: “The world today is more connected, interdependent, and data-rich than at any time in human history. Exponential growth in the volume of data produced globally means that 90 per cent of all the data in existence today – back to the invention of the Phoenician alphabet – has been generated during the past two years alone. The explosion of digital services over the past decade has allowed many new actors to become producers, owners and consumers of data. Between 2005 and 2015 the number of Internet users has more than tripled from 1 billion to 3.2 billion, and more households now own a mobile phone than have access to electricity or clean water. This explosion of information and its many new applications for development is often referred to as the Data Revolution.”

incentivos haverá para o aumento da vigilância e, por conseguinte, maior será a coleta de dados”.¹¹

Quanto mais a digitalização da sociedade avança, mais se produz um imenso volume de dados. A todo momento, se produzem fotos, vídeos e textos, e dispositivos de internet das coisas, como *smartphones*, coletam e transmitem dados. O volume é tão grande que a cognição humana é incapaz de analisá-los sem ajuda de sistemas de inteligência artificial. Explica Gutierrez que há diferentes tecnologias nesse campo, desde algoritmos de análise de dados que fazem cruzamentos (*analytics*), como uma planilha de *Excel*, até sistemas que conseguem aprender sozinhos por aprendizado de máquinas (*machine learning*), capazes de analisar, fazer correlações e buscar padrões a partir de dados não estruturados.¹²

Com o uso de *machine learning*, há a capacidade de tomada de decisões autônomas com relação a interferências humanas a partir do tratamento de dados em massa e da definição de perfis (*profiling*), sem limites éticos e jurídicos, e sem transparência. Com efeito, a aplicação de inteligência artificial está cada vez mais inserida nos mais variados aspectos da vida contemporânea, modulando a percepção da realidade humana por meio do filtro bolha, participando das escolhas e preferências musicais, cinematográficas e de compras.

1.3. O Regime Jurídico sobre Proteção de Dados

À medida que se intensifica o fluxo de dados, com a penetração da tecnologia da informação na sociedade, o tema da proteção de dados pessoais assume uma dimensão cada vez mais global, criando uma forte demanda por uma regulação uniforme e segura. Não são mais suficientes iniciativas nacionais isoladas; é imperioso um alinhamento com padrões internacionais.

11. FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 26-27.

12. GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de *accountability*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coords.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85. O autor ainda prossegue: “De uma maneira simples, podemos classificar os sistemas de *machine learning* em dois subgrupos. Aqueles que são supervisionados dos não supervisionados. O aprendizado de máquina supervisionado é aquele no qual os critérios de correlações iniciais são parametrizados (ou ‘ensinados’) por seres humanos. Em ambientes dinâmicos, são necessárias várias interações iniciais de ‘treinamento’/‘calibragem’ do sistema de IA por um humano com domínio naquele contexto específico até que o sistema consiga resultados mais precisos e minimamente satisfatórios. Por sua vez, o *machine learning* não supervisionado consegue dispensar essa calibragem inicial por seres humanos. Isso é alcançado por meio do desenvolvimento de novas tecnologias, como as redes neurais ou o *deep learning*, que são capazes de criar padrões de correlações próprios, alheios ao raciocínio humano. Isso é alcançado por meio da criação de uma rede de múltiplas unidades não lineares de processamento de dados que se retroalimentam de modo a imitar (de maneira rudimentar) um cérebro humano. Esses sistemas de IA são capazes de analisar um ambiente dinâmico e dele extrair correlações e padrões por si só [sic]” (*ibid.*, p. 85-86).

Muito antes da quarta revolução industrial, em 1980, as iniciativas regulatórias pioneiras sobre proteção de dados em escala transnacional partiram da OCDE, quando elaborou – não obstante ausência de força coercitiva – as *Diretrizes sobre Proteção da Privacidade e o Fluxo Transnacional de Informações Pessoais*, objetivando padrões internacionais comuns que possibilitassem a atividade comercial. Foi, entretanto, em 1995 que houve uma normativa de marcante influência internacional, a Diretiva 95/46/CE que estabelecia uma disciplina única sobre a transferência de dados a países terceiros por países membros da União Europeia (UE), vedando essa transferência a países que não apresentassem nível adequado de tutela. Posteriormente, adveio a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, de 2000, assegurando que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”, assertiva que elevou a maior patamar legislativo a proteção de dados.

Com a experiência legislativa na matéria e frente aos novos desafios do mundo contemporâneo, a UE substituiu sua Diretiva 95/46/CE pelo Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, conhecido como *General Data Protection Regulation* (GDPR). Diferentemente da normativa anterior, que estabelecia um patamar mínimo de proteção, deixando ao legislador de cada país a liberdade de ir além do limite, a nova normativa é diretamente aplicável a todos os estados membros da UE.

Pelo GDPR, o consentimento do titular de dados passa a figurar como elemento principal para autorizar a coleta e o tratamento de dados, devendo ser inequívoco e envolver sempre uma postura assertiva. Outro elemento importante é o poder concedido às autoridades fiscalizadoras para aplicar sanções a quem descumprir o GDPR, como multas de até € 20 milhões, ou 4% do valor global da empresa. Também são previstas as figuras de *Data Protection Authority* (DPA), representante do Estado encarregado pela aplicação de regras, e *Data Protection Officer* (DPO), profissional encarregado de prestar contas sobre a atividade da entidade em que se encontra filiado. No contexto das implicações da quarta revolução industrial, o GDPR prevê ainda o direito de obter uma explicação para qualquer decisão automática feita por algoritmo, e o direito de optar pela não coleta de dados.

Tal qual já fazia a Diretiva 95/46/CE, o GDPR, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018, veda a transferência de dados pessoais da UE para países terceiros, salvo se possuírem um ambiente regulatório por ela adequado. Sendo a UE um importante parceiro comercial, o Brasil não poderia mais continuar na inércia legislativa, ainda mais tendo em vista a pretensão brasileira de ingresso na OCDE, para cuja exigência, dentre outras, é possuir uma legislação alinhada com a entidade sobre proteção de dados. Três meses após o início da vigência do GDPR, era promulgada a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Não se quer dizer que antes da LGPD não houvesse tutela de dados no ordenamento jurídico brasileiro. Como comentado antes, uma interpretação do art. 5º, X e XII, da Constituição Federal mais favorável à proteção dos direitos fundamentais

permite entrever que dados pessoais não podem ficar ao desabrigo do constituinte, sob pena de atentando à dignidade da pessoa humana. Na legislação infraconstitucional, o tema é abordado em normas setoriais. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, coibindo a utilização abusiva da informação sobre consumidores em banco de dados, serviu de base normativa para uma série de julgados no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que já reconheceu o direito à autodeterminação informativa,¹³ a necessidade de consentimento do interessado para a divulgação de informação pessoal a seu respeito¹⁴ e a abusividade de cláusula que autoriza o compartilhamento de dados de consumidores com terceiros,¹⁵ neste último caso já sob a incidência da Lei n. 12.414/2011, a Lei de Cadastro Positivo.

Outro importante marco legislativo anterior à LGPD é a Lei n. 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), que garante a qualquer pessoa o acesso à informação contida em registros ou documentos produzidos ou acumulados por órgãos públicos ou entidades. A LAI estipula um prazo para ato de deferimento ou indeferimento à solicitação e possibilita recurso em caso de negativa de acesso à informação. Também se assegura um processo de tratamento pautado pela coleta, uso, armazenamento, descarte, bem como se revela preocupação em manter os dados confidenciais, íntegros e disponíveis aos interessados. Apesar de a lei não contemplar sanções por eventual violação, servidores ficam sujeitos à responsabilização legal, inclusive improbidade administrativa.

Ainda, mencione-se a Lei n. 12.965/2014, o chamado Marco Civil da Internet, que é uma referência na regulação da internet e tem a privacidade como um de seus pilares. Criou-se um regime claro de acesso a dados cadastrais, *logs* e conteúdo de comunicações. Os dados cadastrais sobre qualificação pessoal, filiação e endereço podem ser diretamente requisitados por autoridades administrativas, independentemente de ordem judicial; esta não prescinde no caso de fornecimento de registros de acesso e conexão, ou seja, das informações capazes de rastrear tecnicamente usuários de internet. Há, porém, controvérsia acerca da necessidade de ordem judicial para acesso a dados armazenados em dispositivos apreendidos. Traço fundamental do MCI é a garantia aos usuários do direito ao consentimento livre, expresso e informado sobre a coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais.

A pulverização em leis esparsas dificultava a visualização do tema da proteção de dados. Não à toa a LGPD teve o grande mérito de sistematizá-lo e organizá-lo, sob uma base principiológica própria, a fim de “garantir que os dados pessoais não sejam usados para atender a interesses comerciais e institucionais contra a vontade

13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 22.337-8/RS. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 13 fev. 1995. *Diário de Justiça*, 20 mar. 1995.

14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 306.570/SP. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 18 out. 2001. *Diário de Justiça*, 18 fev. 2002.

15. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.348.532/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 out. 2017. *Diário de Justiça*, 30 nov. 2017.

do titular ou contra potenciais expectativas legítimas, ultrapassando limites éticos e legalmente aceitos”.¹⁶

Para tanto, a nova lei assegurou ao titular o direito de acesso, junto aos controladores, de todos os dados tratados, o de ter seus dados anonimizados quando tratados em desconformidade legal, e o de saber com quem o controlador compartilhou seus dados. O tratamento irregular de dados pessoais ensejará responsabilização do controlador e do operador, denominados agentes de tratamento. Empresas terão que promover adequações à lei, como contratação de encarregado (equivalente ao DPO do GDPR), geração de sistemas operacionais ágeis e transparentes, adoção de medidas técnicas para proteção de dados e elaboração de programa de governança. Ademais, a lei cria a figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão competente pela regulação, fiscalização e aplicação de sanções, indispensável ao reconhecimento internacional do Brasil como país com proteção adequada.

O início da vigência da LGPD constituiu objeto de celeuma. Previsto inicialmente para 15 de fevereiro de 2020 (18 meses após a publicação da lei), foi adiado para 15 de agosto de 2020 (24 meses) pela Lei n. 13.853/2019, que, em contrapartida, antecipou a entrada em vigor dos dispositivos de criação da ANPD para 28 de dezembro de 2018. A Lei n. 14.010/2020 fez novo destaque a postergou a aplicação das sanções para 1º de agosto de 2021. Quanto ao restante do texto da LGPD, o início de sua vigência havia sido novamente adiada, dessa vez para 3 de maio de 2021, por força da Medida Provisória n. 959/2020. Entretanto, sua lei de conversão, a Lei n. 14.058/2020, não trouxe esse item, de modo que, a partir de 18 de setembro de 2020, data da sua publicação no *Diário Oficial da União*, a LGPD – à exceção das sanções – se acha, finalmente, em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

2. A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. A Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público

Nestes tempos em que dados pessoais são coletados e compartilhados massivamente, é claro que o poder público não se espoliaria das práticas correntes do mercado e das inovações tecnológicas para a prestação de serviços públicos. Conforme explica Cabral:

16. SANTOS, Marcela de Oliveira; MOTTA, Fabrício. Regulação do tratamento de dados pessoais no Brasil – o estado da arte. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (orgs.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-5.2.

Da mesma forma, a ampliação no uso de dados pela Administração Pública, por meio de ampliação dos instrumentos de tecnologia disponíveis, é uma realidade inafastável. O *e-government*, conforme relatório da ONU, apresenta potenciais benefícios relacionados ao desenvolvimento sustentável, inclusão social, correção de desigualdades regionais, otimização do espaço urbano, entre outros. O Estado pode/deve aproveitar as inovações tecnológicas para promover transformações sociais e proporcionar uma qualidade de vida melhor aos cidadãos.

O Estado, para o exercício de suas inúmeras atribuições constitucionais, possui acesso a variados bancos de dados dos cidadãos. Cada órgão público detém informações de praticamente toda a população brasileira. Número do RG, CPF, patrimônio declarado, relação de dependentes, endereços, movimentações patrimoniais e financeiras, sociedades empresariais ou associativas, veículos e tantos dados mais que se pode imaginar encontram-se sob a guarda do Estado ou com acesso franqueado a ele.¹⁷

Na administração federal, até a edição do Decreto n. 8.789/2016, o compartilhamento de bases de dados dependia da celebração de acordos e convênios entre órgãos e entidades, o que passou a ser expressamente dispensado desde então. O ato regulamentador foi divulgado como medida de modernização e promoção de eficiência na gestão de políticas, que, ao dispensar referidos ajustes, liberava o compartilhamento de dados cadastrais entre órgãos e entidades da administração pública federal, a ser feito preferencialmente de forma automática.

Entretanto, o decreto apresentava problemas, como a falta de clareza quando exigiu que órgãos ou entidades que tiverem acesso a dados e informações compartilhados observassem as normas e os procedimentos específicos que garantam sua segurança, proteção e confidencialidade, sem especificar como. A iniciativa, de toda forma, foi importante numa época em que ainda não existia uma lei específica sobre o assunto. Com o advento da LGPD, o Decreto n. 8.789/2016 foi revogado pelo Decreto n. 10.046/2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito federal.

A LGPD garantiu uma série de concessões e isenções legais à administração pública a fim de promover uma execução de serviços públicos mais eficiente. Para começar, a lei deixou de fora de sua incidência o tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, e atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, III). Nessas hipóteses, diz a lei que o tratamento de dados pessoais será regido por

17. CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da boa administração pública e a LGPD (Lei 13.709/18). In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (orgs.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-4.3.

legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (art. 4º, § 1º).

A legitimação de tratamento de dados pessoais, como regra, requer o consentimento livre, expresso e específico dos titulares de dados. Entretanto, a LGPD poupa a administração pública dessa exigência para o tratamento e o uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres (art. 7º, III). Da mesma forma, a lei admite, mesmo sem consentimento do titular, o tratamento de dados pessoais sensíveis para, por exemplo, cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (art. 11, II, “a”), ou tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos (art. 11, II, “b”), casos em que será dada publicidade à referida dispensa de consentimento (art. 11, § 2º).

Pretendendo estabelecer novo marco regulamentar no âmbito federal, em consonância com a LGPD, o Decreto n. 10.046/2019 não saiu ileso de críticas. Primeiro, porque ampliou os tipos de dados a serem compartilhados: enquanto o regulamento anterior cuidava de dados cadastrais, a nova norma inclui atributos biográficos, biométricos, além de informações oriundas de dados temáticos. “Isso significa que, não somente órgãos públicos diversos terão acesso a uma maior quantidade de informações sobre os cidadãos, haverá maior disponibilidade e processamento de dados sensíveis”.¹⁸ Ademais, ampliou as finalidades a que o compartilhamento de dados pode servir, incluindo o aumento da qualidade e eficiência das operações internas da administração pública federal, “o que parece ampliar significativamente as hipóteses de justificação para compartilhamento de dados”, colidindo com a LGPD, que restringe o compartilhamento de dados aos necessários à execução de políticas públicas.¹⁹

Como dito antes, a LGPD cria a ANPD, todavia, até a edição da Lei n. 13.853/2019, houve sucessivas mudanças quanto ao seu formato. A ideia inicial era que fosse uma agência reguladora, que é uma autarquia submetida a um regime especial, caracterizado, conforme art. 3º da Lei 13.848/2019, “pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”. No entanto, optou-se por conferir a natureza de órgão da Presidência da República. Observa Nohara que:

18. LANGENEGGER, Natália; MARQUES, Fernanda Mascarenhas. Identidades digitais e proteção de dados pessoais: um desafio para o Brasil. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital*. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 179.

19. FRAGOSO, Nathalie; MASSARO, Heloísa. Cadastro Base e amplo compartilhamento de dados pessoais: a que se destina? [on-line]. 2019. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/cadastro-base-e-amplo-compartilhamento-de-dados-pessoais-a-que-se-destina/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

Apesar de o regime sugerir que haja mais independência administrativa, ao prever um mandato fixo, só o fato da localização da ANPD como órgão da Administração Direta acaba sendo prejudicial a esse objetivo, pois as interferências políticas são realmente mais próximas, sendo também que não há corte de subordinação hierárquica quando não há uma pessoa jurídica distinta especializada.

No caso da ANPD, é por ato do Presidente da República que haverá a determinação de sua estrutura regimental, sendo que o Conselho Diretor disporá sobre o regimento interno. Em vez de fazer concursos e inserir os cargos em comissão a partir da estrutura montada, haverá o remanejamento de cargos em comissão e de funções de confiança do próprio Poder Executivo Federal. Outro ponto é a autonomia financeira maior das agências reguladoras, que, enquanto autarquias em regime especial, é importante para o desempenho, com maior desenvoltura, de suas atribuições. Apesar de as agências estarem nos orçamentos que integram os Ministérios aos quais se vinculam, sofrendo também os custos de contingenciamentos, muitas delas acabam tendo maior autonomia enquanto ente da Administração Indireta para gerir as taxas setoriais, que são receitas de destinação vinculada.²⁰

Apesar de dispositivos referentes à ANPD se acharem em vigor desde 28 de dezembro de 2018, até o fechamento deste trabalho, os cargos de seu órgão diretivo não se encontram ainda preenchidos, impedindo a sua atuação. Espera-se que, com o Decreto n. 10.474, editado em 26 de agosto de 2020, que dispõe sobre sua estrutura administrativa, e com a Mensagem n. 614, de 15 de outubro de 2020, do Presidente da República, que encaminha ao Senado Federal nomes para o Conselho Diretor, essa lacuna seja preenchida em breve.

2.2. O Interesse Público Buscado no Tratamento de Dados

Tendo o direito administrativo nascido nas revoluções burguesas do século XVIII, o Estado passou a se submeter à lei, e as relações com os particulares exigiam um novo tipo de tratamento normativo, distintamente das relações regidas pelo direito privado. Explica Bandeira de Mello que esse regime, que chama de regime jurídico-administrativo, resulta da “caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade, e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade”, consistindo na atribuição de uma disciplina que se delinea

20. NOHARA, Irene Patrícia. Autoridade Nacional de Proteção de Dados: reflexões funcionais sobre a natureza jurídica de órgão. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 24.

em função de dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos.²¹

Nessa esteira, a LGPD conferiu algumas prerrogativas ao poder público no tratamento de dados, cuja norma central está contida no *caput* do art. 23, *in verbis*:

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

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

II – (VETADO); e

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

IV – (VETADO).

Observa-se que, seja qual for a hipótese, o tratamento de dados pessoais pelo poder público só pode ser efetuado se almejar a realização de um interesse público. Essa é a nota que o distingue do setor privado.

Interesse público, para Bandeira de Mello, é “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”.²² A supremacia do interesse público sobre o privado, segundo o jurista, é um axioma do direito público que proclama a superioridade do interesse da coletividade. Daí decorre a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público, tendo por fim “assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão”, assim como a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações, traduzindo-se na “situação de autoridade, de comando, relativamente aos

21. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 55-56.

22. *Ibid.*, p. 62. Esclarece o autor que o interesse público não é exclusivamente um interesse do Estado. É que, tal como demais particulares, o Estado é uma pessoa jurídica que “existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito”; logo, ainda que encarregado dos interesses públicos, “pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa”. E arremata: “estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado” (*ibid.*, p. 66).

particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto”.²³

Uma nova geração de administradores, entretanto, tem se insurgido contra a ideia de supremacia do interesse público. Uma das vozes é Binenbojm, para quem “o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual”. Isto é, à administração pública impõe o dever de ponderar os interesses em jogo, de modo a alcançar o grau máximo de otimização. O autor não nega a existência de um conceito de interesse público, mas que ele “comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros”.²⁴

Seja qual for a orientação a se perfilhar, o que tem que restar claro é que é vedado à administração pública, ainda que se alegue supremacia do interesse público, sacrificar um direito fundamental desnecessariamente. Ao discorrer sobre a abordagem estrutural do direito administrativo, Marques Neto pontua que, se, por um lado, o ramo buscou, no seu nascedouro, caracterizar um conjunto de regras protetivas do cidadão, de outro lado, em momento posterior (século XX), se deslocou “do papel garantista das liberdades em face do poder para se tornar um direito de viabilização, de efetivação, do exercício do poder”.²⁵ A administração pública, nesse contexto, ao aumentar sua importância na vida de cidadãos, assumiu-se como entidade superior que age em atos unilaterais, sob justificativa de que lhe cabe perseguir o que chama de interesse público. Narra o autor que:

23. *Ibid.*, p. 70-71.

24. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 107. O autor ressalta a importância da técnica ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, de modo a superar as regras estáticas de preferência, atuando circunstancial e estrategicamente. O agente público, assim, não é livre para decidir por um ou outro caminho, pois lhe cabe, à luz as circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. De acordo com o autor (*ibid.*, p. 109), “A técnica da ponderação (uma das expressões jurídicas do Estado de ponderação) encontra aplicação recente tanto no direito administrativo elaborado nos países de *common law*, como nos vinculados ao sistema constitucional europeu, como forma de controle da discricionariedade administrativa e de racionalização dos processos de definição do interesse público prevalente. Nesse processo, os juízos de ponderação deverão ser guiados pelo postulado da proporcionalidade.

Como ensina a doutrina, o postulado da proporcionalidade é o instrumento da ponderação. Na sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles. Assim sendo, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa ao interesse contraposto, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”.

25. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: *Contratos públicos e direito administrativo*. SUNDFELD, Carlos Ari; JURSKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2015, p. 374.

Com o crescimento do rol de atribuições da Administração e com o aumento de complexidade das funções administrativas, cada vez mais o comando legal se tornará aberto, franqueador de largas margens de liberdade para a Administração agir, elegendo de forma unilateral o que seja o interesse público a ser efetivado em concreto. Sem uma adstrição maior ao comando legal (crescentemente aberto e dúctil), e com crescentes atribuições e poderes, a Administração se torna apta a manejar a autoridade de maneira quase que totalmente livre. Em nome do interesse público, os direitos dos privados cedem. E esse interesse público, diante de múltiplas e conflitivas situações e em face da crescente indeterminação da lei, acabará por ser aquele identificado pelo agente competente. A trajetória do direito administrativo, neste contexto, irá fortalecer a estrutura, enfraquecendo o caráter de garantia em favor da efetividade da autoridade.²⁶

A alegação genérica de interesse público foi coibida pela LGPD, que estabeleceu algumas condicionantes para tratamento de dados. O art. 25, por exemplo, determina formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral. O art. 26 interdita a administração pública de compartilhar dados pessoais a entidades privadas, exceto em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observada a LAI; nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente; quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou quando a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades. O art. 27, por sua vez, impõe consentimento do titular a comunicação ou o uso compartilhado de dados a ente privado, salvo exceções.

Muito antes de se falar de LGPD, o STF já teve de decidir lides, sobretudo em matéria tributária, em que se colidiam o direito à privacidade e o interesse do poder público de acessar às informações pessoais de cidadãos.²⁷ A jurisprudência que se firmou foi pela possibilidade, pois:

26. *Ibid.*, p. 375-376.

27. Vale citar o tema 990 da repercussão geral, no qual o STF fixou a seguinte tese: “1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.”

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.²⁸

Desse modo, é defeso coletar e tratar dados pessoais sem vinculação a uma ação que beneficia a sociedade. Afirmar que existe interesse público num caso concreto somente porque assim o agente público diz é insuficiente. Não se pode olvidar que o arcabouço normativo é aplicável universalmente.

O uso compartilhado de dados pessoais pelo poder público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios previstos no art. 6º. Assim, com fundamento apenas nas normas principiológicas, é possível afirmar que cabe ao Estado realizar tratamento de dados pessoais apenas para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular (princípio da finalidade). Esse tratamento tem que se achar limitado ao mínimo necessário à finalidade informada (princípio da necessidade) e sem possibilidade de tratamento posterior e incompatível (princípio da adequação).

Deve o Estado também exigir garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados (princípio da qualidade de dados), assegurada consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, e sobre a integralidade de seus dados pessoais (princípio do livre acesso). Necessária, ainda, a garantia de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial (princípio da transparência).

Finalmente, incumbe o Estado a adoção de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão (princípio da segurança), inclusive medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais (princípio da prevenção). É-lhe interdita a realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos (princípio da não discriminação), bem como demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (princípio da responsabilização e prestação de contas).

28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Mandado de Segurança n. 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 set. 1999. *Diário de Justiça*, 12 maio 2000.

2.3. A Relação com o Princípio da Boa Administração

No processo de consolidação do Estado, sobretudo no século XX, o indivíduo deixa de ser o cidadão concreto, titular de direitos a serem exercidos em face do Estado, para assumir uma posição passiva, de mero usuário dos serviços públicos, uma abstração apresentada pelo conceito genérico de interesse público. Tal passagem conduz à afirmação da autoridade estatal em detrimento de seu papel de instrumento de proteção de liberdades e à presunção de qualquer interesse individual subalterno à ação estatal necessária para consumir o interesse público.

Ocorre que cada vez mais o direito administrativo depende de mecanismos de interação de interesses, sendo fundamental considerar que particulares travam com a administração “não apenas relações de subordinação e acatamento (eixo vertical da autoridade), mas também inúmeras relações de cooperação e composição (eixo horizontal), marcadas, estas por traço da consensualidade e do vínculo obrigacional”.²⁹

Um dos resultados desta evolução do direito administrativo é a consagração do princípio da boa administração, insculpido expressamente no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE como direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de ser tomada qualquer medida individual a seu respeito que a afete desfavoravelmente e a ter acesso aos processos que se lhe refram, bem como obrigação da administração de fundamentar as decisões. Trata-se de uma das principais manifestações do protagonismo da pessoa, que se encontra numa posição central no ordenamento jurídico e no panorama político, obrigando os entes públicos a fazer todo o possível para satisfazer o interesse geral.³⁰

No texto da Constituição brasileira, como anota Cabral, embora não haja menção expressa, sua conformação jurídica se dá com os princípios da administração pública (art. 37), bem como a responsabilidade estatal (art. 37, § 6º), a participação popular (art. 37, § 3º) e a atuação sustentável (art. 225, § 1º):

O destaque que possui a figura jurídica da boa administração é justamente lidar com diversos princípios que individualmente têm sua autonomia e conteúdos próprios, porém de forma conjunta e coordenada, no sentido de que não basta a Administração atender a um ou outro, isoladamente. Essa série de princípios que estruturam a boa administração têm, em primeira e última medida, o escopo de atender aos administrados. Trata-se de um princípio-síntese que tem no cidadão o seu centro de atuação.³¹

29. Marques Neto (*op. cit.*, 389).

30. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana; MAZA, José Ignacio Herce. La protección de datos personales como límite de acceso a la información pública: una mirada desde la buena administración para el control de las agendas políticas. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (orgs.). *LPGD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-3.4.

31. Cabral (*op. cit.*, RB-4.2).

Se, na lição de Bandeira de Mello, é o Estado que titulariza interesses públicos, que, “em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei”,³² a LGPD segue a mesma trilha, estabelecendo condicionantes ao tratamento de dados pelo ente público, limitações essas que se traduzem em respeito à pessoa do cidadão.

Cabral identifica a conformação da boa administração, ainda, nos princípios da responsabilidade estatal e prestação de contas, da transparência, da não discriminação e da boa-fé (art. 6º), bem como na harmonização proba, ética e eficiente da administração em relação à proteção de dados, consubstanciada no “Programa de Governança em Privacidade” (art. 50), e no compartilhamento de dados voltado à concretização de políticas públicas (art. 7º, III). Merece destaque a determinação de realização de consultas e audiências públicas prévias para elaboração de regulamentos e normas pela ANPD (art. 55, § 2º), inclusive para definição de sanções administrativas (art. 53),³³ prestigiando a participação popular na aplicação da lei.

A LGPD, portanto, reclama da administração pública uma postura desprendida da sua concepção clássica de afirmação de autoridade. Uma relação horizontal, marcada pelo diálogo com administrados, aos poucos penetra na cultura administrativa, moldando um novo modelo de gestão pública, comprometido com direitos do cidadão e entrega de resultados.

2.4. Análise de Alguns Exemplos

Na linha do que se disse antes, enquanto a LGPD não entrava em vigor, a proteção de dados era regulada por normas setoriais. Numa economia cada vez mais digital, era intuitivo que o poder público lançasse também iniciativas que buscam melhorar a qualidade do serviço prestado aos cidadãos, o que inclui a oferta de serviços *on-line* via aplicativos. Por essa razão, dentre as leis aplicáveis, assume relevo o MCI, que garante ao usuário da internet uma série de direitos (art. 7º).

Com base nesse arcabouço normativo, o InternetLab publicou uma pesquisa em que avalia 13 aplicativos da União e do Estado de São Paulo (*Bolsa Família, Caixa, CNH Digital, ANATEL Consumidor, CPTM, EMTU, FGTS, Metrô de São Paulo, Meu Imposto de Renda, Meu INSS, Nota Fiscal Paulista, SNE e SP Serviços*), cujos resultados foram divididos em três matérias que descrevem permissões de acesso a dados, políticas de privacidade e obtenção do consentimento sobre tratamento de dados. A pesquisa foi realizada porque, segundo a organização, quase 70% dos brasileiros eram usuários de internet em 2016, sendo que destes 93% usavam o telefone celular como meio de acesso. “Nesse cenário, a Administração Pública também passa a

32. Bandeira de Mello (*Op. cit.*, p. 77).

33. Cabral (*op. cit.*, RB-4.4).

adotar gradativamente o uso de aplicações de internet como estratégia para se aproximar de cidadãos e facilitar o acesso à informação e a prestação de determinados serviços”. O funcionamento de aplicativos depende de inserção de dados pelo usuário, entretanto, alguns deles podem implicar operações de “tratamento de dados pessoais”.³⁴

A pesquisa mostrou que dados sobre o usuário e seu aparelho são enviados para servidores, sem que haja necessidade vinculada à finalidade dos aplicativos: um transmite o *serial number*, que é um identificador do aparelho e pode ser utilizado para monitorar e rastrear comportamento *on-line*, agregando-se informações de diferentes fontes; outros transmitem o *Android ID*, que identifica o usuário Google cadastrado no aparelho e pode ser usado para acompanhar seu comportamento *on-line* até em outras plataformas; ainda, diversos aplicativos têm acesso, por meio de permissões, às contas utilizadas pelos usuários no *smartphone*, e transmitem informações como modelo e marca do aparelho e a versão do *Android*, que podem se traduzir em indicadores de perfil socioeconômico do usuário. A pesquisa também identificou que somente três possuem política de privacidade.³⁵ O InternetLab revelou que os aplicativos, em sua maioria, utilizam permissões relacionadas à geolocalização do usuário, sem, no entanto, que fique claro para todos para que isso seria necessário, possivelmente porque não a utilizam para, total ou parcialmente, as funcionalidades acessíveis.³⁶

Citadas falhas constituem inobservância ao MCI, em especial ao direito do usuário da internet a informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem sua coleta, não sejam vedadas pela legislação e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet (art. 7º, VIII). O usuário não é informado adequadamente sobre seus dados coletados; ao contrário, a pesquisa evidenciou que, de fato, o poder público não os utiliza totalmente para as finalidades dos respectivos aplicativos.

Ademais, uma vez que a administração figura como provedora de aplicação, constitui seu dever o de obter consentimento expresso de titulares de dados com relação a coleta, uso, tratamento e armazenamento de dados pessoais (art. 7, IX). Apesar de solicitar consentimento do usuário, nenhum aplicativo obtém consentimento expresso sobre tratamento de dados pessoais e, mesmo entre aqueles que

34. ABREU, Jacqueline de Souza; LAGO, Lucas; MASSARO, Heloisa. Por que se preocupar com o que o Estado faz com nossos dados pessoais? [on-line]. 21 maio 2018d. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/especial-apps-do-governo/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

35. ABREU, Jacqueline de Souza; LAGO, Lucas; MASSARO, Heloisa. As políticas de privacidade de apps do governo [on-line]. 21 maio 2018b. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/especial-as-politicas-de-privacidade-de-apps-do-governo/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

36. ABREU, Jacqueline de Souza; LAGO, Lucas; MASSARO, Heloisa. As ‘permissões’ de acesso a dados em apps do governo [on-line]. 21 maio 2018a. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/especial-as-permissoes-de-acesso-dados-em-apps-do-governo/>. Acesso em 25 ago. 2020.

possuem política de privacidade, o usuário também não é questionado se concorda com os seus termos. Alguns aplicativos buscam consentimento específico para permissões, mas apenas as consideradas perigosas; as demais não são submetidas à concordância do titular dos dados.³⁷

Na sistemática da LGPD, a possibilidade aberta pelos aplicativos citados de dados serem utilizados indevidamente, para finalidades diversas informadas a usuários, muitas vezes sem o seu conhecimento, violaria frontalmente os princípios da finalidade, adequação, necessidade, transparência e segurança. A falta de políticas de privacidade, igualmente, não observaria a transparência, a prevenção, o livre acesso, a qualidade de dados, a responsabilização e a segurança exigidas. Permissões que não se destinam a funcionalidades de aplicativos representariam invasão tal que ofenderia os princípios de segurança, transparência e necessidade. Enfim, o estudo conduzido pelo InternetLab logrou demonstrar, ainda que desenvolvidos a prestar um serviço público mais eficiente, que os aplicativos funcionam em diversos casos onde o interesse público é ausente.

Outro caso merecedor de atenção é o cenário de grave crise sanitária decorrente da pandemia da Covid-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2. À míngua de uma vacina, a Organização Mundial da Saúde (OMS), a partir de estudos e experiências concretas, tem recomendado o distanciamento social como protocolo de prevenção da doença, de forma a “achatar” a curva de contágio. A fim de identificar aglomerações e níveis de isolamento, o monitoramento de celular se apresenta como principal instrumento utilizado pelo Poder Executivo, a partir de dados fornecidos pelas empresas de telefonia.

Com esse propósito, o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 954/2020, que permite o compartilhamento de dados (nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas) por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a pandemia. Em decisão liminar, o STF, entretanto, reconheceu que a medida provisória exorbitou dos limites traçados pela Constituição Federal, porquanto “tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII)”.³⁸

Iniciativa semelhante, mas em nível administrativo, também foi anunciada pelo Governador do Estado de São Paulo um acordo de cooperação com as

37. ABREU, Jacqueline de Souza; LAGO, Lucas; MASSARO, Heloisa. A obtenção do consentimento sobre tratamento de dados [on-line]. 21 maio 2018c. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/especial-obtencao-do-consentimento-sobre-tratamento-de-dados/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade-Medida Cautelar n. 6.387/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 7 maio 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, 3 jun. 2020.

operadoras Vivo, Claro, Oi e TIM, para fins de monitorar o isolamento durante a quarentena mediante informações extraídas de dados dos aparelhos de todos os cidadãos paulistas. Neste caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) reconheceu existir anonimização de dados, resultando numa informação quantitativa sem vinculação a indivíduos, que detecta um número de pessoas desconhecidas e se há uma grande movimentação em determinada região. Ademais, com fundamento na Constituição Federal, que resguarda os direitos fundamentais à vida e à saúde, e na Lei n. 13.979/2020, que obriga o compartilhamento de dados entre órgãos e entidades da administração de todos os entes federativos com a finalidade exclusiva de evitar a propagação da doença, entendeu a corte que a medida se faz necessária.³⁹

Estivesse a LGPD em vigor na época, o interesse público presente no monitoramento e de dados para subsidiar políticas públicas de combate à Covid-19 encontraria seu limite na identificação ou possibilidade de identificação desses mesmos dados. O ponto de equilíbrio a ser alcançado com menor sacrifício de direitos fundamentais e maior eficiência da ação administrativa é justamente o compartilhamento de dados anonimizados. Note-se que a decisão do TJSP fez sua menção expressa, apesar da *vacatio legis* da LGPD, revelando que se trata de uma exigência atual da legislação. De outro lado, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do livre compartilhamento de dados, reforçando a sintonia da LGPD com a lei fundamental.

3. A PROTEÇÃO DE DADOS PELO PODER LEGISLATIVO

3.1. Atividade Fiscalizatória

Viu-se no capítulo precedente que o uso de dados pessoais pelo poder público na prestação de serviços públicos representa um desafio, já que as iniciativas nesse campo têm revelado problemas. Trata-se de assunto diretamente ligado a uma das funções precípua do Poder Legislativo, que é a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional do dinheiro público. Nos termos do art. 70 da Constituição Federal, essa fiscalização tem por objeto a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas, sendo “verdadeiro meio de pôr em prática todos os princípios constitucionais administrativos, preservando, assim, a própria separação de Poderes”.⁴⁰

39. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Mandado de Segurança n. 2073723-23.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. Relator: Desembargador Antônio Carlos Malheiros. São Paulo, 4 jun. 2020. *Diário Eletrônico*, 10 jun. 2020.

40. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.208.

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre atos da administração – enquanto compreendidos como função típica do Poder Executivo – é chamado de externo. Para tanto, a Constituição Federal confere-lhe as competências de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação; de convocar ministros, requerer informações, receber petições, queixas e representações de administrados, e convocar qualquer autoridade para depor; constituir comissão parlamentar de inquérito; julgar as contas do Poder Executivo, entre outras. Tais competências decorrem do princípio da separação de poderes, caracterizado pelo sistema de “freios e contrapesos”, no qual as relações entre os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) se imbricam de modo a configurar um controle mútuo.

Pois bem, com a função típica de administrar a cidade, o estado ou o país, naturalmente o Poder Executivo planeja e executa programas governamentais que satisfaçam as necessidades básicas da população, e a tecnologia se apresenta como fator indispensável para esse intento. Nem sempre, entretanto, o aprimoramento de ações públicas entrega apenas vantagens, sendo muito comum apresentar diversos problemas que ofendem direitos fundamentais. No bojo da LGPD, em que se autoriza o compartilhamento de dados para execução de políticas públicas, independentemente de consentimento do titular (art. 7º, III), é dever do Estado o atendimento das finalidades que a animam (art. 26). O equilíbrio entre o risco de invasão à privacidade de cidadãos e a realização de um interesse público é imperioso. Nesta arena entram não só o Poder Judiciário para coibir ações conforme as prescrições fornecidas pelo direito, como também o Poder Legislativo, atuando numa dimensão que não se limita à jurídica, mas é, sobretudo, política.

Não obstante haja normas setoriais, é inegável o marco histórico que a LGPD representa no ordenamento jurídico brasileiro. Como alhures dito, dados pessoais reclamam atenções cada vez maiores, especialmente, neste contexto de revolução das TICs, pela facilidade com que são gerados, utilizados e compartilhados sem conhecimento de seus titulares. Não podendo o Poder Público restar alijado às crescentes inovações tecnológicas, não é surpresa que serviços públicos e políticas públicas tendem a se valer das ferramentas oferecidas pela quarta revolução industrial, como as aplicações de internet e dados de geolocalização de dispositivos móveis citados anteriormente, e, ao mesmo tempo, ao risco de violação de dados pessoais.

Some-se a isso o movimento de desestatização, verificado desde a década de 1990, que consiste em delegação de serviços públicos à iniciativa privada, objetivando reduzir o tamanho da participação da administração pública em determinados serviços ou ativos e, com isso, fornecer serviços de melhor qualidade para a população, enfocando somente o que é essencial. Essa delegação pode ser feita mediante simples alienação de participação societária das empresas estatais, fomento às organizações sociais ou celebração de contratos de concessão.

A concessão é a que com mais frequência se situa no centro das discussões. Por esse contrato, atribui-se ao particular a execução de obra ou serviço público,

remunerando-se com receita obtida da exploração econômica e, em alguns casos, também contrapartida do parceiro público, reservando-se ao Estado o papel de regulação da atividade. No município de São Paulo, a desestatização restou expressamente incentivada pela Lei Municipal n. 16.703/2017, que institui o Plano Municipal de Desestatização, e pela Lei Municipal n. 17.433/2020, que dispõe sobre a reorganização da administração pública indireta.

A LGPD permite ao poder público transferir dados pessoais a entidades privadas em caso de execução descentralizada da atividade pública (art. 26, § 1º, I). A tensão entre a norma permissionária e a realização do interesse público constituirá um dos principais focos de debate da lei, como já mostrou a experiência do passado recente. Vale recordar que, na capital paulista, a concessão de sistema de arrecadação das tarifas do transporte coletivo urbano de passageiros foi um dos pontos mais polêmicos do Projeto de Lei n. 367/2017, de autoria do Executivo (que resultou na citada Lei n. 16.703/2017), na medida em que, segundo seus críticos, pode se traduzir em venda de informações pessoais. Iniciativa semelhante houve também no município do Rio de Janeiro.⁴¹

Até atingir um nível de excelência de adequação à LGPD, o Poder Executivo experimentará diversos percalços na prestação de serviços públicos. As novas tecnologias e os instrumentos jurídicos de desestatização ainda impõem desafios que exigem rápida acomodação das ações públicas ao novo marco legislativo. Certamente, a função fiscalizatória do Poder Legislativo terá importância fundamental, não só em prol da eficiência do serviço público delegado à iniciativa privada, como também do respeito aos direitos de personalidade de seus usuários.

3.2. Atividade Legislativa

Legislar é função típica do Poder Legislativo. Tendo a Constituição Federal adotado uma democracia representativa para o exercício do poder político, cabe aos representantes eleitos pelo povo a tomada de decisões; no caso do Legislativo, cabe-lhes precipuamente elaborar leis (em sentido amplo) que atendam às necessidades coletivas. A atividade legiferante, por óbvio, não está adstrita a iniciativas individuais de membros do órgão legislativo e aprovação pelo plenário, havendo participação do Executivo, tanto na iniciativa quanto no veto ou sanção. Da mesma forma, a Lei Maior ainda possibilita a formação de comissões, órgãos fracionários que atuam em nome do Legislativo cuja composição deve refletir a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares, para apreciação especializada das proposições legislativas.

41. ALVES, Nara; JUNIOR, Alessandro. Dados pessoais do Bilhete Único viram moeda de troca nas privatizações no Rio e em São Paulo [on-line]. 3 mar. 2017. In: Gizmodo Brasil. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/bilhete-unico-privatizacao-dados/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

O exercício da função de legislar pressupõe a existência de regras procedimentais – o processo legislativo – que consiste num conjunto de normas que disciplinam os atos e os procedimentos a serem obedecidos pelo Legislativo na criação de normas. A Constituição Federal preconiza uma série de atos e fases (iniciativa, emenda, discussão, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação) tendentes à criação das espécies normativas. Em alguns casos, a tramitação do projeto passa por todas as fases e sem prazo definido; em outros, a deliberação pelo Legislativo é aprazada; e também há aqueles em que projetos são aprovados pelas comissões, sem apreciação pelo Plenário. Também há procedimentos que não seguem totalmente os padrões da aprovação, como é o caso da lei orçamentária.⁴²

A maioria das casas legislativas ainda utiliza quantidade imensa de papéis para registrar os atos do processo legislativo. No Senado Federal, entretanto, por meio do Ato da Mesa n. 1/2009, instituiu-se a Política de Gestão do Processo Legislativo Eletrônico, objetivando promover o uso intensivo e continuamente atualizado das tecnologias da informação para garantir acesso integral, em formato eletrônico, aos documentos e registros do processo legislativo, em tempo devido e em caráter permanente, bem como propiciar a produção e circulação dos documentos do processo legislativo em formato eletrônico, preenchidos requisitos técnicos de autenticidade, autoria e integridade. Cuida-se de modelo que tende a ser aplicado em escala cada vez maior, estendendo-se todos os entes federativos. A viabilização depende de uma infraestrutura de TIC, em especial de uma *cloud computing*, acerca da qual se comentará adiante.

O processo legislativo, obviamente, não pode ser secreto. Uma vez que o Poder Legislativo é a casa onde se reúnem os representantes eleitos pelo povo, que discutem e deliberam matérias de interesse coletivo, o caráter público dos ritos é corolário do princípio republicano. Os momentos cruciais ocorrem em reunião de comissão, quando proposições legislativas são votadas em função da especialização do órgão fracionário, e em sessão plenária, quando todos os parlamentares se reúnem para deliberação final. Neles, especialmente, há de se assegurar meios que possam os cidadãos acompanhar atuação de seus representantes, reservando-lhes espaços físicos adequados.

Importante salientar também as audiências públicas, que são foros de debate entre autoridades públicas e sociedade civil acerca de pautas relevantes para o bem-estar coletivo. Numa democracia, a participação popular não pode ficar adstrita ao sufrágio; imperiosa à gestão da coisa pública, dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório permite a aferição de valores que se embatem na situação concreta. Com a construção de espaços adequados, alcança-se um novo patamar de qualidade nas decisões públicas, ampliando-se o conhecimento sobre

42. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 27.

as repercussões da ação estatal em dado contexto e agregando-se o saber técnico ao saber comum.⁴³

A pandemia da Covid-19, entretanto, obrigou sua adaptação. A fim de evitar aglomeração de pessoas em espaços confinados, entes públicos têm adotado uma série de medidas restritivas de circulação, inclusive nas repartições públicas. As dificuldades que se impõem nas atividades parlamentares em virtude das medidas de distanciamento social precisam, pois, ser contornadas sem prejuízo da publicidade dos atos e da participação popular. A via encontrada foi o uso de videoconferências, por meio de plataformas como Zoom, Microsoft Teams e Google Meet.

O que poderia ser uma facilidade, largamente utilizada nos setores público e privado, também se tornou motivo de preocupação, quando, em abril de 2020, noticiou-se amplamente na imprensa mundial a vulnerabilidade da Zoom, uma das plataformas que mais ganhou popularidade, pois permitia o acesso por terceiros a câmera e microfone de usuários e não possuía criptografia de ponta a ponta. Há algumas cautelas recomendadas para a segurança de videoconferências, como geração de senha aleatória para reunião, aprovação da conexão de cada participante pelo administrador, limitação de compartilhamento de tela, entretanto, nem sempre são compatíveis com a publicidade exigida. Não terá lugar, por exemplo, a limitação do número de participantes.

As redes sociais também têm sido um importante instrumento de publicização de atos do Poder Legislativo, como a transmissão ao vivo de sessões plenárias. Sobre esse ponto, é importante recordar que, apesar de bastante úteis, já que atingem um universo de bilhões de usuários, também podem tornar-se um problema por constituírem uma fonte de coleta de dados a partir de “curtidas” e comentários. Ficou conhecido um escândalo de coleta de informações pessoais identificáveis de até 87 milhões de usuários do Facebook que a empresa britânica Cambridge Analytica começou a recolher em 2014.⁴⁴

Ademais, as redes sociais são utilizadas como eficiente canal de comunicação por instituições públicas e agentes políticos. Esses espaços, é sabido, permitem uma intensa interação entre usuários, o que, não raras vezes, resulta em discussões e críticas. Loduca anota que o Poder Judiciário dos EUA reconheceu que o Presidente da República dos EUA não pode bloquear seus opositores e críticos em seu perfil pessoal no Twitter, ainda que a conta tenha sido criada antes de assumir o cargo, pois é utilizada com claros propósitos institucionais. No Brasil, estão pendentes ao menos duas

43. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governança pública*: um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 236-237.

44. A história pode ser encontrada na Wikipedia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_de_dados_Facebook%E2%80%93Cambridge_Analytica. Acesso em: 25 ago. 2020. Tal repercuteu no Brasil com a imposição de multa de R\$ 6,6 milhões, por parte da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, pelo compartilhamento desautorizado de dados pessoais de 400 mil usuários, com desenvolvimento do aplicativo *This is your digital life*, com base no MCI.

ações semelhantes, também em razão de bloqueios no Twitter.⁴⁵ Com a LGPD, que tem como fundamento a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (art. 2º, III), bem como o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º, VII), o bloqueio de usuários pode ser considerado um ato ilícito.

São, portanto, múltiplas as hipóteses de incidência da LGPD na atividade legislativa, notadamente nos aspectos em que há interação com o público.

3.3. Atividade Administrativa

a) Divulgação de informações públicas

O princípio da boa administração, com o qual a LGPD guarda relação, abrange, como se viu, a transparência da Administração Pública, do que decorre a ideia de uma cidadania participativa, isto é, o cidadão como destinatário das ações dos entes públicos e protagonista na busca pela satisfação dos interesses gerais. No Estado contemporâneo, a mera representação da sociedade pelas instituições estatais já não basta; é imprescindível fomentar e assegurar a participação do cidadão na tomada de decisões, de forma a possibilitar o exercício de controle sobre os atos administrativos. A relação entre representante e representados é mais estreita, razão pela qual as demandas de criação de instrumentos de participação real são cada vez mais intensas, exigindo-se uma transparência efetiva do poder público.⁴⁶

É nesse quadrante que surgiu a LAI, que, objetivando garantir o direito fundamental de acesso à informação e inovar a forma como a sociedade passa a se relacionar com o poder público, fomenta uma cultura de transparência e o desenvolvimento de controle social na gestão pública. A lei, ainda, concebe as ideias de transparência ativa e passiva na administração pública: a primeira compreende a exigência de órgãos e entidades públicas de divulgar, de forma espontânea, independentemente

45. LODUCA, Laís Rosa Bertagnoli. Do conteúdo do direito à informação em tempos de opacidade. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital*. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 218-225. “No Brasil, a antropóloga e professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Débora Diniz, que teve seu perfil no Twitter bloqueado pelo ministro da educação, Abraham Weintraub, depois de responder uma postagem, impetrou mandado de segurança no STJ pleiteando a desobstrução da conta.

A antropóloga sustentou que a crítica, legítima expressão do direito à liberdade de expressão da autora, não poderia ter sido objeto de censura no fórum público do Twitter. O caso de Trump foi mencionado expressamente, além de outros precedentes de direito comparado – o célebre Magyar Helsinki Bizottág vs. Hungria, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e o prefeito de Ottawa, Jim Watson [...]

Além do caso da antropóloga, pelo menos mais um ganhou notoriedade na grande mídia, o da deputada Natália Bonavides (PT/RN), que impetrou mandado de segurança contra ato do próprio Presidente da República. Bolsonaro a bloqueou depois que a deputada respondeu uma publicação em que manifestava repúdio às declarações feitas no G7 pelo Presidente da França Emmanuel Macron, sobre o desmatamento na Amazônia. Mencionando exemplos concretos, Bonavides desmentiu a afirmação do Presidente, que reputou incompatível com as políticas adotadas” (*op. cit.*, p. 222-224).

46. Muñoz; Maza (*op. cit.*, RB-3.2).

de terem sido solicitadas, informações de interesse geral; e a segunda refere-se à criação dos Serviços de Informação ao Cidadão (SIC), um canal efetivo para a sociedade apresentar à administração pública sua demanda de informação.

Tanto a LAI como a LGPD têm diretrizes voltadas ao tratamento de dados pessoais pautados no tripé confidencialidade-integridade-disponibilidade, alinhado aos princípios da prevenção e da segurança. Há, entretanto, diferenças. Com efeito, como observa BASSO, enquanto a LAI buscou tutelar, prioritariamente, o acesso às informações do poder público pelos cidadãos, a LGPD objetivou tratar do acesso às informações dos cidadãos pelo poder público. Dito de outro modo, a LAI tem seus olhos voltados ao *output* da informação, vale dizer, ao modo pelo qual será acessada e disponibilizada, ao passo que a LGPD tutela o *input* da informação, isto é, a forma como o poder público tratará os dados pessoais desde o primeiro instante de seu ciclo de vida.⁴⁷

Pois bem, na LAI, o acesso é de interesse de todos, isto é, qualquer pessoa pode fiscalizar os processos licitatórios, as execuções de obras e as prestações de contas, posto a salvo os documentos sigilosos; na LGPD, apenas o titular dos dados pessoais tem direito a requerer o acesso, em regra. A disponibilização de informação requerida na LAI depende de avaliação do ente público, que pode indeferir se não houver interesse público; já pela LGPD, esse controle não é irrestrito, porquanto se trata de informação particular. A LAI é omissa quanto a vazamento de dados e políticas de privacidade e de dados pessoais, ao contrário da LGPD, que estabelece mecanismos para mitigar possíveis violações de dados dos titulares.

Há casos evidentes em que a LGPD tem que ceder à LAI. É o que ocorre com opinião política de parlamentares, por exemplo, que, pela nova lei, constituir-se-ia em dado sensível, merecedor de proteção. São, no entanto, exatamente suas bandeiras, inerentes ao mandato eletivo, que orientam sua atuação parlamentar, permitem-lhes a interação com pessoas e submetem-nos à constante avaliação do povo. Seria desarrazoado que a casa legislativa em seu portal na internet não divulgasse a que partido político pertence cada membro, os discursos em plenário e o conteúdo dos votos sobre proposituras legislativas.

Outras vezes, requer-se cuidado na interpretação das normas. Tanto a LAI, quanto a LGPD autorizam o acesso a dados pessoais com consentimento de seu titular. A LGPD foi além e assevera que a eliminação desses dados constitui um direito de seu titular (art. 18, VI). O art. 305 do Código Penal, todavia, tipifica como crime a conduta de “destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor”. O procedimento de eliminação de documento público é previsto na Lei n. 8.159/1991, que diz que “a eliminação de documentos produzidos por instituições

47. BASSO, Bruno Bartelle. Direito à privacidade e o tratamento de dados pessoais pelo poder público: o interesse público como elemento dialógico da relação. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-11.5.

públicas e de caráter público será realizada mediante autorização da instituição arquivística pública, na sua específica esfera de competência” (art. 9º). Por essa razão, ainda que a LGPD assegure a eliminação de dados pessoais ao seu titular e a LAI seja omissa, tal não significa que possa ser feita de qualquer forma, mas nos termos da legislação específica.⁴⁸

Entretanto, a intersecção entre ambas as leis ainda não se acha bem resolvida especialmente em matéria de servidores públicos. É o que pode ocorrer com a divulgação das licitações e dos contratos, pois, a despeito de assim exigirem o art. 7º, VI, da LAI, bem como o art. 48 da Lei Complementar n. 101/2000, a LGPD poderá ser invocada pelo administrador público para negá-la, ao argumento de existirem dados pessoais de servidores públicos não passíveis de divulgação. Embora, na nossa compreensão, não haja dúvidas sobre o desiderato do legislador, numa realidade em que faltam controladorias e fiscalização em diversos entes federativos e a LAI sofre para ser cumprida, a postura refratária pode se mostrar recorrente, a partir de uma leitura distorcida da LGPD.⁴⁹

A irrupção mais frequente de conflitos reside na exibição da remuneração do servidor no sítio do órgão ou entidade na internet, pois, de um lado, existe a compreensão de que rendimentos se situam em esfera estritamente pessoal e sua divulgação exporia ao perigo a segurança do servidor e de sua família, e, de outro, há o interesse de ampliação do controle social dos gastos públicos.

Ao apreciar o tema 483 da repercussão geral, o STF fixou a tese de que “é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias”.⁵⁰ Segundo se depreende do voto do relator, não há que se cogitar de intimidade ou de vida privada, pois os dados dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos agindo nessa qualidade. Assentou-se, pois, que se trata de corolário da concepção da atuação do Estado no espaço da

48. BARROS, Gabriel da Silva; SILVA, Lorena dos Santos; SCHMIDT, Clarissa. Documentos públicos e dados pessoais: o acesso sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados e da Lei de Acesso à Informação. *Revista do Arquivo*, São Paulo, n. 9, p. 22-39, out. 2019. Disponível em: http://www.arquivoestado.sp.gov.br/revista_do_arquivo/09/artigo_01.php. Acesso em: 25 ago. 2020.

49. A taxa de acessos concedidos vem caindo mesmo na administração pública federal. Relatório da Transparência Brasil, de 30 de julho de 2020, aponta, por exemplo, que a taxa de acessos concedidos em 2020 foi de 58% ante uma média de 71,8% verificada nos anos anteriores (2016 a 2019); os acessos concedidos representam 65% dos pedidos no governo de Jair Bolsonaro contra 73% e 71% nos governos de Michel Temer e Dilma Rousseff, respectivamente; a proporção de acessos negados aumentou, de 6% nos dois governos anteriores para 7% no governo atual (TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Negativas de acesso à informação pioram sob governo Bolsonaro*. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Negativas_de_acesso_a_informacao_pioram_sob_governo_Bolsonaro.pdf. Acesso em: 17 out. 2020). Também vale citar a edição da Medida Provisória n. 928/2020, segundo a qual, durante a pandemia da Covid-19, ficam suspensos os prazos de resposta a pedidos dirigidos a órgãos cujos servidores estejam em regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que dependam de agente público ou setor envolvido com as medidas de combate à doença. O STF havia suspenso cautelarmente o ato normativo, que veio a perder sua eficácia pelo decurso do prazo, levando as ações constitucionais que o impugnavam (ADIs 6.347, 6.351 e 6.353, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes) à extinção sem resolução do mérito.

50. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 23 abr. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, 1º jul. 2015.

transparência ou visibilidade dos seus atos, ou seja, prevalece o princípio da publicidade administrativa.

A LGPD, como afirmado antes, deu enfoque ao tratamento de dados pessoais. Em relação à administração pública, o tratamento pode ser realizado sem consentimento dos titulares, porém, condicionado ao atendimento do interesse público e de uma série de princípios, como da finalidade, adequação e necessidade. É vedado, portanto, o tratamento de dados que não para os propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular e que exceder o mínimo necessário para a realização de suas finalidades.

É importante observar que a decisão do STF, ao atrelar remunerações, a nosso ver, parece não obrigar a divulgação necessariamente dos nomes de servidores, mas apenas permite que os entes públicos assim o façam. A identificação pode ser feita com outro dado pessoal, a exemplo do número de registro funcional, pois o que importa é possibilitar ao cidadão o controle sobre as despesas efetuadas com pessoal. A LGPD é apta a reforçar essa linha, já que é vocacionada a proteger qualquer informação relacionada a pessoa natural não só identificada, como também identificável, pelo que o fornecimento de prenome e sobrenome requer mais cautela.

Independentemente da posição aqui adotada, fato é que, cuidando-se de lei nova, divergências acerca de sua compreensão são suscetíveis de ocorrer. Num país em que a cultura da transparência ainda enfrenta dificuldades para sua concretização, não se deve desprezar, portanto, que a LGPD seja usada para novas interpretações da decisão do STF para dificultar o acesso a informações públicas, como a remuneração de servidores públicos.

Outro provável foco de conflitos será a solicitação ao SIC de acesso a documentos públicos que contiverem dados pessoais de alguém. A LAI prevê que informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de cem anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem (art. 31, § 1º, I). A LGPD, por sua vez, não estabelece prazo, afirmando apenas que o tratamento de dados será realizado, dentre outras hipóteses, quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (art. 7º, X).

Ainda, ante a previsão da LGPD de que o titular do dado ou informação pessoal pode revogar o consentimento de acesso a qualquer momento, mediante manifestação expressa (art. 8º, § 5º), não se sabe se um titular, ou seu familiar, pode revogar o acesso aos dados ou informações pessoais mesmo após os cem anos de produção. Havendo informações relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem do titular, é possível surgirem dúvidas se o acesso continuaria restrito ou seria franqueado sem identificação da pessoa a que se referem.⁵¹

51. Barros; Silva; Schmidt (*op. cit.*).

A tensão entre a LGPD e a LAI será uma das notórias polêmicas no setor público, inclusive no Poder Legislativo.

b) *Compliance* de dados pessoais

Na atualidade, dados de inúmeras pessoas, inclusive sensíveis, são coletados e tratados sem qualquer cautela por empresas, instituições e até pelo poder público, o que tem levado a escândalos cada vez mais frequentes de compartilhamento indevido e vazamento. Alterar esse cenário, efetivando-se direitos e prevenindo-se danos, passa pela implementação de boas práticas no tratamento de dados pessoais, isto é, pela adoção de mecanismos de *compliance*. Explica Doneda que:

A proteção dos dados pessoais, ainda que fundamentada pelo preceito constitucional, deve se valer de uma estratégia integrada em que são utilizados diversos instrumentos de tutela, que compõem uma série de manifestações específicas em diversas áreas. A maleabilidade e facilidade de adaptação a novos cenários e à inovação suscitados pela ação da tecnologia é uma característica de instrumentos regulatórios mais “soft”, como normas deontológicas, códigos de autorregulação e outros, das quais o direito deve se utilizar, especialmente quando os instrumentos tradicionais ao seu alcance podem se demonstrar demasiado lentos ou desproporcionais para uma tutela eficaz.⁵²

O instituto do *compliance* não é novo. Antes aplicado às instituições financeiras para controle e monitoramento de operações,⁵³ chegou ao Brasil como mecanismo apto a prevenir atos de corrupção ou quaisquer outros cometidos contra a

52. Doneda (*op. cit.*, L. 8.202).

53. Sua origem se encontra em 1906 nos EUA, quando da criação de modelos de fiscalização de saúde alimentar e do comércio de medicamentos pelo *Food and Drug Administration* e a promulgação do *Food and Drugs Act*. Contudo, foi devido às instituições financeiras que o *compliance* avançou, começando em 1913 foi criado o *Federal Reserve Act*, que tinha o objetivo de dar estabilidade e segurança ao sistema financeiro daquele país. Nohara menciona a criação das *Prudential Securities*, em 1950, e a regulação da *Securities and Exchange Commission*, em 1960, “em que houve menção à necessidade de institucionalização dos programas de *compliance* para criar procedimentos internos de controle e monitoramento de operações entre pessoas”, bem como a *Convenção relativa à obrigação de diligência dos bancos no marco da Associação dos Bancos Suíços*, de 1977, estabeleceu as bases de uma autorregulação de conduta (NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de compliance efetivo e cultura de integridade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, compliance e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 25). Outro marco do *compliance* estadunidense também se deu em 1977, com a promulgação do *Foreign Corrupt Practices Act*, a lei anticorrupção transnacional estadunidense, obrigando as empresas a manter livros e registros que reflitam precisamente as suas transações e a estabelecer um sistema adequado de controles internos.

administração pública e, paulatinamente, alargou seus domínios de aplicação.⁵⁴ Sua importância cresceu, paradoxalmente, na medida em que se ampliou o poder sancionador do Estado, pois se percebeu que as sanções não eram capazes de apresentar soluções necessárias. Os programas de *compliance*, segundo Frazão, Oliva e Abílio, oferecem as vantagens de permitir a adequada gestão do risco da atividade, viabilizar a pronta identificação de eventual descumprimento, fomentar a criação de uma cultura corporativa de observância às normas legais e servir potencialmente como atenuante no caso de punições administrativas.⁵⁵

Entretanto, para que as vantagens sejam efetivamente materializadas, não é suficiente a adoção de mera carta de intenção; é profícua a definição dos elementos mínimos para a estruturação de programa de *compliance* efetivo. Crespo lista nove pilares:

1º Pilar – *Tone from the top* ou o suporte da alta administração. Trata-se do apoio/aval explícito dos altos executivos da empresa, o que significa não apenas possibilitar um programa de *compliance* seja criado e implementado, mas que a alta administração o apoie incondicionalmente, dando o primeiro exemplo aos demais, cumprindo-o rigorosamente [...]

2º Pilar – *Risk assesment* ou análise/avaliação dos riscos inerentes ao negócio. Isto é, não só os riscos devem ser levantados, bem como deve-se fazer análise crítica de sua possível ocorrência e eventuais repercussões nos negócios. Cada segmento de atuação tem riscos específicos, de modo que o levantamento precisa ser feito para cada negócio, inexistindo um modelo global [...]

3º Pilar – Código de Conduta e Políticas. Ou seja, é preciso formalizar tudo aquilo que demonstre a postura da empresa com relação às práticas do negócio. Só com a formalização será possível checá-las e revisá-las periodicamente, oferecer publicidade aos funcionários, fundamentar as decisões e ofertar treinamentos sobre tais normas, aculturando a todos [...]

4º Pilar – Controles internos. De nada adiantam as normas (políticas e

54. Observa Crespo que, no Brasil, as regras de *compliance* foram incorporadas, inicialmente, por organizações. No plano legislativo, a primeira lei a abordar o tema foi a Lei n. 9.613/1998, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro, responsável, dentre outras coisas, pela criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Também há a Resolução n. 2.554/1998, do Banco Central do Brasil (Bacen), a qual seguiu tendências mundiais, incorporando ao nosso ordenamento regras trazidas da Europa e dos EUA, obrigando instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen com a implantação de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas. Entretanto, o primeiro marco legal sobre a matéria, incorporando diversas práticas de *compliance*, foi a Lei n. 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção. Na sequência, a necessidade de cultura de *compliance* ganhou mais notoriedade pela ampla repercussão da operação promovida pela Polícia Federal denominada “Lava Jato” (CRESCO, Marcelo. *Compliance digital*. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, compliance e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 191).

55. FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Compliance de dados pessoais*. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 686.

códigos) se não houver mecanismos que possam garantir razoável certeza e confiança. São os mecanismos de controles internos que permitem que a empresa alcance seus objetivos [...]

5º Pilar – Tratamento e comunicação. *Compliance* é, sobretudo, cultura e treinamento. As normas só ganham força e concretude na medida em que são conhecidas e aplicadas. Para isso, é fundamental reafirmar sua existência e conteúdo mediante treinamentos periódicos.

6º Pilar – Canais de denúncia. São ferramentas importantíssimas para alertar a empresa de eventuais violações éticas e do código de conduta. É fundamental que seja disponibilizado um canal seguro e anônimo para evitar que haja identificação dos que alertam para as desconformidades e para que não haja retaliações.

7º Pilar – Investigações internas. Somente com investigações internas é que se possibilitará descobrir as desconformidades [...]

8º Pilar – *Due diligence* ou devida diligência. É a avaliação de parceiros, representantes, revendedores e outros terceirizados antes e depois da contratação. É inadmissível que as empresas atuem com outras que não se alinhem com seus preceitos éticos e é por meio desse tipo de análise que se pode mitigar riscos de envolvimento com fornecedores e parceiros que atuem em contrariedade ao código de conduta e às leis [...]

9º Pilar – Auditoria e monitoramento. Todos os processos devem ser auditáveis e monitoráveis. Só assim é possível dizer se o programa de *compliance* está funcionando adequadamente.⁵⁶

Transformar uma realidade em que dados pessoais são utilizados e comercializados livremente por quem deles se apropriar para um cenário em que dados coletados continuam a pertencer às pessoas a quem se referem, de modo que o coletor deve prestar contas do uso que deles é feito, é o grande desafio da LGPD. Os mecanismos de *compliance*, nesse sentido, devem adaptar não só as atividades centralizadas na coleta e tratamento de dados, como também todas aquelas que, ainda que indiretamente, utilizem informação de pessoas naturais. Essa adaptação, claro, não pode ser tal a inviabilizar o objetivo institucional da organização, até porque não é o que a lei quer, mas deve considerar a pessoa titular dos dados utilizados. Existe um amplo espaço para se dar concretude aos preceitos da LGPD, como consequência do recurso a cláusulas gerais que caracteriza a lei.⁵⁷

A LGPD estabeleceu uma sistemática inédita no ordenamento jurídico brasileiro, pelo que um programa de *compliance* de proteção de dados considerará os seguintes atores:

56. Crespo (*op. cit.* p. 197-199).

57. Frazão; Oliva; Abílio (*op. cit.*, p. 695-698).

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

[...]

VI – controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII – operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII – encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);

No âmbito da administração pública, controlador será a própria pessoa jurídica de direito público (se administração direta ou autarquia) ou de direito privado (se fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista) submetida à lei. É possível, a nosso ver, a aplicação do conceito a casas legislativas, como se pessoas jurídicas fossem, pois, embora não tenham personalidade jurídica, detêm capacidade jurídica, tendo aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.⁵⁸ Já operador será o agente público que realiza o tratamento de dados em nome do controlador, pertencendo, pois, aos quadros deste. Também é permitido que seja uma pessoa jurídica distinta do controlador, caso em que se constituirá numa entidade da administração indireta.

Na construção de práticas conformes à LGPD, sobressai o encarregado (ou DPO, como é popularmente conhecido), que concentrará as requisições realizadas pelo titular de dados, analisará a pertinência dos pedidos, instruirá os funcionários sobre como proceder e garantirá o respeito a ritos e prazos previstos na lei, assumindo

58. “Na verdade, a falta de personalidade jurídica não conduz, necessariamente, à ausência de capacidade. Embora se afirme que a capacidade seja um elemento da personalidade, nem sempre que haja capacidade deve existir, necessariamente, personalidade. Em algumas hipóteses, o legislador entende desnecessário atribuir personalidade a alguns entes, mas lhes assegura capacidade jurídica e processual. Tais entes não são pessoas, mas são sujeitos de direito, podendo ser titulares de poderes, deveres, ônus e faculdades de índole material ou processual.

Daí se infere que há sujeitos de direito que não são pessoas, mas se lhes atribui capacidade jurídica. Isso poderia causar a impressão de que haveria “pesos” ou “graus” de personalidade. O que se percebe, entretanto, é que a personalidade jurídica não sofre variações: ou o sujeito a tem ou não a tem; ou ele é ou não é pessoa. De igual modo, não há meia capacidade. Não se pode dizer que o sujeito tenha capacidade para determinados atos, não a detendo para outros. Ou se tem, ou não se tem capacidade jurídica. Ora, é inegável que a Assembleia Legislativa ou a Câmara Municipal detêm capacidade jurídica. A elas o sistema confere aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, titularizando poderes, deveres, direitos, ônus e faculdades, além de posições jurídicas em relações de direito material e de direito processual. Com efeito, tais entes podem, por exemplo, impetrar mandado de segurança para resguardo de prerrogativas institucionais, podendo, ademais, realizar concurso público para preenchimento de vagas em seus quadros funcionais, além de poder – e dever – realizar licitações para a aquisição de bens e serviços.

Enfim, a Assembleia Legislativa e a Câmara Municipal detêm capacidade jurídica, não se pode dizer que é limitada àqueles atos acima mencionados. Se se tem capacidade jurídica, não se pode limitá-la. Tendo capacidade jurídica, tais órgãos legislativos são sujeitos de direito, valendo dizer que ostentam a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, de sorte que podem ser parte em juízo, figurando como autores ou réus em processos judiciais” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 18-19).

uma postura proativa.⁵⁹ A natureza de suas funções reclama uma autonomia tal que lhe permita, inclusive, contrariar orientações da autoridade que representa o controlador.⁶⁰ No texto original da LGPD, o encarregado deveria ser pessoa natural; com a Lei n. 13.853/2019, entretanto, passou a ser admitida pessoa jurídica, o que encerrou debate acerca da possibilidade de sua terceirização.

No âmbito da administração pública, a contratação de encarregado requer cautela, porquanto suas funções têm natureza fiscalizatória, as quais são, em princípio, desempenháveis somente por agente público. Embora haja potencial para a irrupção de um mercado promissor, dada a ausência de cultura de proteção de dados no Brasil, a contratação de uma empresa *DPO-as-a-service*, como é conhecida, a depender do modelo, pode se revelar incompatível com regime jurídico-administrativo. Mais adequado, a nosso ver, é ter um encarregado que seja um agente público pertencente ao controlador, que, no exercício de suas funções, será assistido e subsidiado por um terceiro contratado, como já franqueia o art. 67 da Lei n. 8.666/1993 na fiscalização da execução dos contratos administrativos. Seja como for, normas sobre a definição e as atribuições do encarregado serão ainda fixadas pela ANPD, a teor do art. 41, § 3º, da LGPD.

Segundo Frazão, Oliva e Abílio, a construção de um programa de *compliance* deve seguir algumas diretrizes. O primeiro passo é a identificação dos riscos relacionados à atividade do agente de tratamento, para o que se deve procurar ter integral ciência do fluxo de dados existente na organização, mapeando todo o ciclo dos dados e suas principais características. O relatório de impacto à proteção de dados pessoais, a ser elaborado pelo controlador conforme exigência da ANPD (art. 38), pode consistir numa importante ferramenta. A avaliação dos riscos deve ser de forma mais completa e abrangente possível, incluindo notadamente o tratamento de dados sensíveis, para o qual se requerem condutas mais rígidas para mitigação de riscos, e o pleno exercício dos direitos dos titulares.

O passo seguinte é a elaboração de código de conduta (ou de boas práticas) para especificar detalhadamente os procedimentos a serem adotados no tratamento

59. Frazão; Oliva; Abílio (*op. cit.*, p. 709).

60. Os órgãos e as entidades da administração pública progressivamente vêm editando normas sobre a questão. Por meio da Resolução n. 4.586/2020, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro criou a função de encarregado pelo tratamento de dados pessoais, responsável pela atuação como canal de comunicação entre o controlador, titulares de dados e a ANPD, além de orientação dos procuradores do estado e demais servidores e colaboradores do órgão sobre as práticas relativas à proteção de dados. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela Portaria n. 9.912/2020, instituiu o encarregado como um órgão, que será composto por um juiz de direito assessor da presidência nomeado pelo presidente, dois desembargadores ou juízes substitutos de segundo grau da comissão de tecnologia da informação, um desembargador ou juiz substituto de segundo grau nomeado pelo presidente, e um desembargador ou um juiz substituto de segundo grau nomeado pelo corregedor geral de justiça, que serão auxiliados por um gabinete de apoio. Por sua vez, a Prefeitura do Município de São Paulo, regulamentando a LGPD no seu âmbito, editou o Decreto n. 59.767, de 15 de setembro de 2020, designou como encarregado da administração direta o Controlador Geral do Município, cujas ordens e recomendações serão cumpridas pelos Chefes de Gabinete das Secretarias e Subprefeituras, e estabeleceu que cada entidade da administração indireta também faça sua respectiva designação.

de dados, bem como instruções e valores que devem guiar os funcionários e a alta administração nas decisões, incorporando condutas que traduzam sua política de privacidade. A LGPD enumera requisitos mínimos a serem observados pelo controlador e pelo operador na formulação das citadas regras (art. 50, caput), e também permite ao controlador a formulação de programa de governança em privacidade que demonstrará o efetivo comprometimento com a observância das normas de proteção de dados pessoais (art. 50, § 2º, I, “a”).⁶¹

Ainda de acordo com as citadas autoras, também no *compliance* de dados pessoais “o estabelecimento de organização compatível com o risco da atividade é elemento fundamental da robustez do programa”, assegurando estrutura corporativa capaz de cumprir as determinações legais (art. 50, § 2º, I, “c”). Outro elemento é o efetivo envolvimento da alta administração na implementação das práticas de conformidade (art. 50, § 2º, II, “b”), empenhando-se na construção de cultura corporativa de respeito à LGPD. Direcionar um setor ao exercício da função de *compliance* também contribui para a efetividade do programa, inclusive com a indicação de membro da alta administração como responsável por esse setor (o *compliance officer* ou *chief compliance officer*), com atribuição de controlar e supervisionar o programa.

Afigura-se importante estratégia de uma cultura corporativa de cumprimento da LGPD “o fomento à implementação de processos que garantam desde a concepção a proteção dos dados pessoais (*privacy by design*), além do estabelecimento de exigências de conformidade com a LGPD na definição dos parceiros comerciais”. O programa deve conter também a promoção constante de treinamento, com vistas ao respeito das práticas de governança na proteção de dados pessoais, bem como monitoramento (art. 50, § 2º, I, “d” e “h”). Por fim, o programa conterá instrumentos de detecção e remediação das condutas incompatíveis com a LGPD (art. 50, § 2º, I, “g”).⁶²

Na administração pública, é necessário considerar que a distribuição de serviços entre os agentes públicos se submete a um regime normativo, que parte da lei até normas internas de repartições públicas. Como cada órgão ou entidade possui estrutura própria, naturalmente o programa de *compliance* de dados pessoais será bastante variado, o que demandará alteração normativa, às vezes somente na base da *pirâmide kelseniana*, outras vezes na própria lei de organização administrativa,

61. Frazão; Oliva; Abílio (*op. cit.*, p. 698-701). De acordo com as autoras, o código de conduta deve explicitar quais dados devem ser coletados ou tratados, em quais hipóteses e para que finalidades; orientar funcionários a sempre revelarem a realização da coleta e do tratamento de dados, a qual se dará somente quando necessário; indicar a necessidade de manter registro de todo tratamento empreendido; balizar a relação da entidade com terceiros; e indicar “as escolhas da pessoa jurídica em termos de coleta e tratamento de dados, ainda que com base em princípios orientadores”, enumerar “as cautelas adotadas para a proteção do dado, os procedimentos assumidos no caso de eventual brecha (quais as ocasiões em que os titulares são notificados, por exemplo), as medidas tomadas para eventual recuperação de dados perdidos”, bem como transmitir com máxima clareza as opções do titular quanto a dados coletados e qual o emprego lhes será dado (*ibid.*, p. 703-704).

62. *Ibid.*, p. 706-710.

especialmente porque, a depender da robustez do programa, exigirá-se a criação de cargos, empregos e funções, a teor do art. 37, I, da Constituição Federal.

As dificuldades, todavia, não se resumem a normativas, mas também são materiais. No caso do Poder Legislativo, a realidade mostra que existem desde singelas estruturas em pequenos municípios, onde não raras vezes servidores acumulam funções à vista de carência de pessoal, até estruturas complexas e bem aparelhadas, como são as casas legislativas federais (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Por falta de condições materiais, a efetividade da LGPD pode se apresentar, em diversos cantos do país, como uma utopia.

c) Segurança e sigilo de dados pessoais

Quando se fala de *compliance*, inexoravelmente fala-se de segurança e sigilo de dados pessoais, cuja preocupação vem aumentando ao mesmo tempo em que se conscientiza a sociedade cada vez mais sobre a relevância do tema, bombardeada com diversas notícias sobre incidentes de segurança envolvendo dados pessoais, evidenciando que empresas, governos e entidades da sociedade civil ainda têm muito que fazer.

Nesse sentido, o MCI assegura aos usuários a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações na internet, bem como reconhece a inviolabilidade e o sigilo para as comunicações privadas armazenadas (art. 7º, II e III). A lei também determina que o armazenamento de dados pelos provedores de conexão e pelos provedores de aplicações atenderá a parâmetros de controle e segurança (arts. 13 e 15). Especificamente quanto a instituições financeiras, a Resolução 4.658/2018, do Banco Central do Brasil, dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem.⁶³

Com a LGPD, o tratamento da segurança e do sigilo de dados ganhou robustez. Ancorados nos princípios da segurança, da prevenção e da responsabilização e prestação de contas (art. 6º, VII, VIII e X), a lei dedica um capítulo às medidas de segurança técnicas e administrativas, tidas como necessárias para a proteção de dados pessoais, sintetizado no seguinte dispositivo:

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.
§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos

63. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Segurança e sigilo dos dados pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 421.

para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei. § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

O § 2º, ao determinar que as medidas de segurança técnicas e administrativas serão observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução, apresenta um conceito fundamental para a proteção da privacidade dos dados pessoais denominada *privacy by design*. Segundo Cavoukian, idealizadora do conceito, a proteção de dados não será apenas assegurada pelo cumprimento de parâmetros regulatórios, ao revés, a garantia de privacidade depende idealmente de uma mudança organizacional. Para alcançar os objetivos da *privacy by design*, propõem-se sete princípios fundamentais.⁶⁴

Assim, a concepção deve antecipar os riscos à privacidade, de modo a preveni-los (princípio da proatividade e prevenção), pelo que todas as medidas de proteção da privacidade devem ser direcionadas àquela etapa (princípio da privacidade incorporada ao *design*), eliminando os *trade-offs* em prol da plena funcionalidade (princípio da funcionalidade integral). A proteção se dá ao longo do ciclo de vida do tratamento dos dados (princípio da segurança de ponta a ponta) e é fornecida de forma automática, dispensando-se ação individual para tanto (princípio da privacidade por padrão ou *privacy by default*). Garante-se que as operações de todos os *stakeholders* sejam visíveis e transparentes (princípio da transparência), reafirmando-se os interesses dos usuários em primeiro lugar (princípio do respeito à privacidade do usuário).⁶⁵

Uma das relações que se cria com a necessidade de segurança e sigilo dos dados pessoais é com a computação em nuvem (*cloud computing*), uma das tecnologias advindas com a quarta revolução industrial. Na definição da National Institute of Standards and Technology (Nist), agência governamental dos EUA, trata-se de um modelo que permite acesso ubíquo, conveniente e sob demanda, através da rede, a um conjunto compartilhado de recursos computacionais configuráveis, rapidamente provisionáveis e disponibilizáveis com o mínimo de esforço de gerenciamento

64. CAVOUKIAN, Ann. Privacy by design: the 7 foundational principles [on-line]. Ontário, ago. 2009. Atualizado em: jan. 2011. In: Information and Privacy Commissioner of Ontario. Disponível em: <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

65. Souza (*op. cit.*, p. 429-430).

ou de interação com o provedor de serviços.⁶⁶ É um recurso em crescente uso pelas organizações, inclusive pela administração pública, que lhes permitem executar seus serviços não mais em *data centers* corporativos, mas em *data centers* em rede, otimizando atividades com ganhos de escala que, entre outros pontos, viabilizam a redução de custos com serviços de TIC.

Pois bem, como delineado antes, a economia digital tem impactado as relações sociais significativamente. Basta ver as mudanças ocorridas na sociedade com o surgimento de dispositivos inteligentes, como equipamentos capazes de se conectarem uns aos outros ou a redes por meio de diferentes protocolos sem fio, e de plataformas digitais, que se valem das TICs e do ambiente *on-line* para criação de ecossistema próprio. As formas de interação entre o Estado e o cidadão também são impactadas, com implementação de iniciativas como o governo eletrônico (*e-government*) e o uso da tecnologia como instrumento para as mais variadas políticas públicas, com a modernização e melhoria na eficiência, custo e qualidade da prestação de serviços públicos.

Para a administração pública, a experiência mostrou que as TICs desburocratizaram processos administrativos, racionalizaram e democratizaram a atividade do Estado, aumentando as possibilidades de participação social, bem como podem ser empregadas em políticas públicas de melhoria da infraestrutura urbana, transformação da cidade em ambiente mais sustentável, aprimoramento de serviços de segurança pública, de gestão de saúde assistencial e de educação. Nesse sentido, as TICs podem ser utilizadas como instrumentos de políticas públicas para a expansão das cidades inteligentes (*smart cities*), que importam cada vez mais na coleta, no armazenamento e compartilhamento de dados pelo poder público, tornando-se relevante a utilização da computação em nuvem.⁶⁷

66. MELL, Peter; GRANCE, Timothy. The NIST definition of cloud computing [*on-line*]. Gaithersburg, MD, EUA, set. 2011, p. 2. In: NIST Special Publication 800-145. Disponível em: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

No original: "Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction. This cloud model is composed of five essential characteristics, three service models, and four deployment models".

67. ADAMI, Mateus Piva; PARÍSIO, Isabela de Oliveira. A contratação de serviços e infraestrutura de computação em nuvem pela Administração Pública brasileira: entraves jurídicos à modernização estatal. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital*. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 129-132

As vantagens foram reconhecidas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão n. 1.739/2015-Pleno,⁶⁸ para quem “uma política de governo que regulamente e também incentive o uso da computação em nuvem pode contribuir para o alcance de benefícios não só para a administração pública, mas também para organizações da iniciativa privada, sejam elas usuárias ou provedoras de recursos de tecnologia da informação”. Há, porém, riscos também. Segundo o TCU no mesmo acórdão, “a análise de riscos do uso de serviços de computação em nuvem deve entender a importância, sensibilidade, e valor da informação que será processada e armazenada naquele serviço”, pelo que se elaborou uma tabela⁶⁹ contendo possíveis controles associados aos riscos identificados, bem como referências de critérios (normas e boas práticas). Esses riscos variam desde a falta de salvaguardas à continuidade do serviço e falta de infraestrutura adequada até vulnerabilidade do provedor, acesso indevido e vazamento de dados.

No Poder Legislativo, a solução *cloud* também tem larga aplicação, trazendo eficiência nos processos administrativos e legislativos, e na prestação de seus serviços, mas também riscos. Além da transmissão de reuniões de comissão e sessões plenárias em portal na internet e redes sociais, o sistema eletrônico das audiências públicas, por garantir palavra ao cidadão, pode vir a coletar dados pessoais. Sendo a “casa do povo”, onde a sociedade se reúne com seus representantes, a identificação na entrada da sede é medida que se impõe em prol da segurança dos que nela transitam, mas que constitui uma das principais fontes de coleta de dados pessoais, especialmente se houver uso da biometria a partir do reconhecimento facial. Ademais, o Poder Legislativo tem seu quadro de pessoal, possuindo uma imensa base de dados pessoais de servidores e de seus familiares, inclusive dados sensíveis, como referentes à origem racial, à opinião política e à saúde.

Tendo em vista os benefícios que a computação em nuvem pode trazer à administração pública, do mesmo modo que existem riscos a serem controlados, urge uma disciplina legal sobre contratações dessa natureza. No âmbito da União,

68. Como vantagens gerais, o TCU menciona: redução de custos de infraestrutura e serviços de tecnologia da informação (TI), otimização da produtividade da equipe de TI, melhoria da produtividade do usuário final, aumento de benefícios do negócio, melhoria na capacidade de resposta, ciclo mais rápido de inovação, redução do tempo para implementação, resiliência, ganhos de escala na área de segurança (resistência a ataques contra a disponibilidade de serviços, vantagens para auditoria e perícia, e atualizações e parametrização padrão de segurança mais efetivas e rápidas) e sustentabilidade ambiental. As vantagens específicas para o Poder Público também foram listadas pelo TCU: maior agilidade na entrega de serviços e em sua atualização tecnológica; ampliação do acesso a informações governamentais a um custo menor, sem comprometimento da segurança, da disponibilidade e do desempenho operacional dos sistemas originais; atendimento a picos de demanda sazonal de serviços públicos pela internet sem necessidade de alocação de grande quantidade de recursos fixos; redução de oportunidades de desvios e irregularidades, quando comparada às múltiplas contratações de máquinas, licenças de software, manutenção e suporte necessárias para a operação de centro de processamento de dados próprio; e agilidade e economia na entrega de serviços para instituições públicas com unidades descentralizadas. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão n. 1.739/2015. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 15 jul. 2015).

69. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscalização de tecnologia da informação [on-line]. Brasília, [2020]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-de-tecnologia-da-informacao/atuacao/destaques/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

destacam-se a Instrução Normativa SGD/ME n. 1/2019, que institui regras sobre a aquisição de TICs, determinando-se que a expansão da capacidade dos centros de dados dos órgãos públicos federais ocorra pela adoção de serviços de nuvem, e a Norma Complementar n. 14/IN01/DSIC/GSIPR, que obriga que os serviços de nuvem contratados pela União devem residir exclusivamente no Brasil, como dados, metadados, informações e conhecimentos ou mantidos pela Administração, incluindo réplicas e *backups*. Iniciativas semelhantes também existem em outros entes federativos, todavia, como apontam Adami e Parisio,⁷⁰ à vista de um sistema constitucional que atribui de forma pulverizada competências normativas e administrativas para todos, há uma produção normativa extensa e esparsa, o que diminui a eficiência administrativa.

Com a LGPD, atribui-se expressamente a responsabilidade aos agentes de tratamento (controlador e operador) pela segurança dos dados pessoais, o que inclui a obrigação do controlador de comunicar à ANPD a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares (art. 48).⁷¹ De acordo com Souza, a expressão incidente de segurança abrange o acesso não autorizado (no qual, “um terceiro, sem permissão dos integrantes da cadeia de tratamento, tem acesso às informações de banco de dados dos agentes que participam dessa cadeia”), a destruição de dados (fim da existência do dado pessoal), perda de dados (o dado existe, mas o controlador não consegue acessá-lo, ou quando há impossibilidade de *backup*) e qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (tratamento em desconformidade com a LGPD). As consequências oriundas de incidentes de segurança têm potencial, inclusive, de gerar danos materiais e morais aos titulares dos dados pessoais.⁷²

Mais do que nunca, pois, a Administração Pública precisa investir em melhoramento contínuo do gerenciamento de riscos de segurança cibernética. A par da economicidade e da eficiência oferecidas, a computação em nuvem apresenta características – sobretudo, a possibilidade de armazenamento de dados em diversas localidades, que garante a segurança do armazenamento e disponibilização do serviço, bem como a criptografia de dados, prevenindo acesso não autorizado – tais que se afiguram a solução ser adotada, porquanto auxiliam a administração pública no cumprimento da LGPD.

70. Adami; Parisio (*op. cit.*, p. 155).

71. A comunicação será feita em prazo razoável, conforme definido pela ANPD, e deverá mencionar, no mínimo, a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; as informações sobre os titulares envolvidos; a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial; os riscos relacionados ao incidente; os motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata; e as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo (§ 1º). A ANPD, então, verificará a gravidade do incidente e poderá, caso necessário para a salvaguarda dos direitos dos titulares, determinar ao controlador a adoção de providências, tais como ampla divulgação do fato em meios de comunicação e medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente (§ 2º).

72. Souza (*op. cit.*, p. 431-433).

Não obstante, uma série de requisitos visando à segurança e ao sigilo dos dados pessoais ainda precisa ser adotada nas contratações. Mostra-se recomendável – a exemplo do que faz a Resolução n. 4.658/2018, do Banco Central do Brasil, para as instituições financeiras – a adoção prévia de procedimentos que contemplem avaliação da criticidade do serviço e a sensibilidade dos dados e das informações a serem processados, armazenados e gerenciados pelo contratado; práticas de governança corporativa e de gestão proporcionais à relevância do serviço a ser contratado e aos riscos a que estejam expostas; e verificação da capacidade do potencial prestador de serviço de assegurar o acesso da administração aos dados e às informações a serem processados ou armazenados pelo prestador de serviço; a confidencialidade, a integridade, a disponibilidade e a recuperação dos dados e das informações processados ou armazenados pelo prestador de serviço; entre outros.

A aderência a certificações internacionais, como normas da International Organization for Standardization (ISO) e da International Electrotechnical Commission (IEC), aprovadas e traduzidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), constitui importante critério de seleção, a exemplo de ISO/IEC 27001 (sistemas de gestão de segurança de informação), ISO/IEC 27017 (código de prática para controles de segurança da informação) e ISO/IEC 27018 (código de prática para proteção de informações de identificação pessoal em nuvens públicas). Com efeito, assevera Crespo que:

As normas ISO 27000 permitem que as organizações implementem e operem um Sistema de Gestão de Segurança da Informação (SGSI) que concentre políticas, procedimentos, diretrizes e recursos para a gestão de proteção de ativos de informação nas organizações. O SGSI apresenta um sistema para o estabelecimento, a implantação, a operação, o monitoramento, a revisão e a melhoria da segurança da informação, o que deve ser alinhado com os objetivos estratégicos dos negócios. Em outras palavras, é parte de um programa de integridade digital ou *compliance* digital.⁷³

Entretanto, convém ressaltar que as diversas normas técnicas estipuladas aprioristicamente nem sempre podem ser cumpridas pela maioria dos interessados, prejudicando o objeto de se atingir a contratação mais vantajosa. É uma realidade a ser enfrentada no setor público. Por isso, observam Adami e Parisio, seria importante maior coordenação entre os entes federativos, com parâmetros para toda a administração e espaços para a consensualidade com particulares interessados.⁷⁴

73. Crespo (*op. cit.*, p. 194).

74. Adami; Parisio (*op. cit.*, p. 155).

3.4. Sanções Administrativas

A LGPD, ao proteger os dados pessoais contra ingerências que venham ser realizadas durante o seu tratamento, determina que os agentes de tratamento de dados (controlador e operador), em razão das infrações às normas nela previstas, ficam sujeitos a sanções administrativas aplicáveis pela ANPD. Note-se que a lei não tipifica condutas como infração administrativa, cabendo essa tarefa, conforme art. 53, ao referido órgão, por meio de regulamento próprio, o que pode ensejar dúvidas em relação aos princípios da tipicidade e da legalidade.

Na lição de Almeida e Galil, a compreensão da tipicidade no direito administrativo não é a mesma do direito penal, já que aquele não é fragmentário, nem se opera sob intervenção mínima, pelo que “a aplicabilidade dessa esfera de responsabilização é mais abrangente, tutelando uma gama maior de condutas infracionais sob os regimes de sujeição geral e especial”. Ademais, a inexistência dos tipos previstos na LGPD também não implica violação ao princípio da legalidade, por desde logo estabelecer deveres, obrigações e sanções; o regulamento da ANPD tipificará condutas (imprescindível para aplicação de sanções), que, entretanto, já estão no corpo da lei.⁷⁵

No que concerne às sanções, a LGPD arrola um rol de sanções, porém, para os entes públicos, somente algumas delas serão aplicáveis, afastando as demais.

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

- I – advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
- II – multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
- III – multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;
- IV – publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
- V – bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;
- VI – eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;
- VII – (VETADO);
- VIII – (VETADO);

75. ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira de; GALIL, João Victor Tavares. O regime sancionador da LGPD. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (orgs.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-40.6.

IX – (VETADO).

X – suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador;

XI – suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII – proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

[...]

§ 3º O disposto nos incisos I, IV, V, VI, X, XI e XII do caput deste artigo poderá ser aplicado às entidades e aos órgãos públicos, sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Apesar de a lei definir controlador como pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, na linha do raciocínio outrora delineada, é possível incluir na expressão órgãos com capacidade jurídica, como o Poder Legislativo, sendo, pois, passível de sanções aplicáveis pela ANPD. Quanto ao operador, não obstante suas atribuições poderem ser exercidas por pessoa natural, o dispositivo legal apenas prevê sanções “às entidades e aos órgãos públicos”, ou seja, apenas quando o operador for uma pessoa jurídica.

Com efeito, o agente público é investido no cargo para o exercício de atividades do Estado, atuando, portanto, em nome deste e submetido à responsabilização nos termos do estatuto a que estiver vinculado, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e da LAI. Trata-se de regime sancionador próprio, distinto do operador do setor privado, para o qual as sanções da LGPD se aplicam.

A aplicação de sanções administrativas não será sumária, à vista do disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que assegura o contraditório e a ampla defesa. Cabe à ANPD observar um rito, organizado de forma a permitir participação, impugnação e defesa dos interessados, assegurados todos os meios e recursos inerentes para a garantia da defesa e da segurança jurídica. Na fixação da sanção, a LGPD estabelece alguns parâmetros, como a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados, a boa-fé do infrator, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a condição econômica do infrator, a reincidência, o grau do dano, entre outros. A adoção de política de boas práticas e governança constitui um dos critérios mitigadores, o qual demonstra a declarada pretensão da LGPD de, antes de punir quem viola a lei, prevenir os dados pessoais das violações.

CONCLUSÃO

Até meados do século XX, a privacidade era sintetizada classicamente como *right to be let alone*, que já representava uma evolução da outrora vinculação com direito à propriedade, sendo, de fato, um direito de personalidade. Essa noção evoluiu com o tempo pelo desenvolvimento da informática, mas especialmente pela quarta revolução industrial neste início do século XXI, que impactou a organização social, econômica e cultural de tal maneira que o que era para ser tutelado na esfera privada pessoal passou a ser objeto de livre circulação e ambição de corporações. Consolidou-se a necessidade de proteção de dados, que foi objeto de regulamentação, como o GDPR da UE; no Brasil, o primeiro marco jurídico veio em 2018, com a LGPD.

A coleta massiva de dados também é realizada pelo Estado, que utiliza cada vez mais novas tecnologias para aprimoramento dos serviços públicos prestados, e a LGPD expressamente faz referência ao interesse público como orientador da execução de políticas públicas. Sem embargo da divergência doutrinária acerca da supremacia do interesse público sobre o privado, o que parece restar claro é que não cabe à administração sacrificar direitos fundamentais apenas porque alega existir um interesse que chama de público; nesse sentido, a LGPD estabelece uma série de princípios incidentes no tratamento de dados de modo a preservar seus titulares. A lei, além disso, guarda estrita relação com princípio da boa administração, que exige uma relação baseada mais no diálogo e no consenso. Alguns casos práticos de utilização de dados pessoais pela administração pública demonstram a existência de problemas que precisam, à luz do novo marco jurídico, ser resolvidos.

As deficiências que o Poder Executivo apresentar no cumprimento da LGPD constituirão um dos focos de atenção do Poder Legislativo no exercício de sua função fiscalizatória. No processo legislativo, a proteção de dados recairá tanto em todos os atos nele praticados, se armazenados em nuvem, bem como nas audiências públicas virtuais, nas quais a participação tem que ser assegurada, na transmissão de sessões plenárias e nas interações com público via redes sociais.

Todavia, é no âmbito administrativo que a LGPD assume relevância, pois múltiplas serão as hipóteses de sua aplicação. Na disponibilização de informações públicas, nos termos da LAI, a LGPD parece atuar de forma a evitar divulgação de dados pessoais que não cumpra o propósito de controle social de gastos públicos, mas conflitos entre ambas as leis terão de ser dirimidos. A exemplo de qualquer outro órgão ou entidade, o Poder Legislativo também elaborará um programa de *compliance* de dados pessoais, identificando riscos e adotando soluções, o que exigirá um mapeamento completo de todo ciclo de vida dos dados tratados, elaboração de código de conduta, treinamento, monitoramento e avaliação contínua. Como decorrência, a segurança e o sigilo de dados, que já constituem preocupação do MCI, mereceram atenção especial da LGPD, aplicável sobretudo na computação em nuvem, que oferecem inúmeras vantagens, mas também existem riscos a serem controlados.

A infração à LGPD sujeitará o controlador e o operador às sanções nela previstas. Tal, entretanto, terá lugar após a regulamentação pela ANPD. Ademais, no setor público, a responsabilização recairá sobre o operador se for pessoa jurídica, o que, evidentemente, não afasta a incidência de demais leis, como a improbidade administrativa, se agente público for.

Por conter predominantemente cláusulas gerais, a LGPD ainda ensejará muitos debates, pelo que somente a experiência, a concretude do dia a dia e, quiçá, a jurisprudência consolidada nos tribunais permitirá a compreensão de seus exatos contornos. À minguada de uma cultura de proteção de dados pessoais no Brasil, associada a uma carência de recursos materiais e até mesmo ao rápido processo de transformações deflagrado pela quarta revolução industrial, a aplicação da lei enfrentará dificuldades que precisam, de todo modo, ser superadas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jacqueline de Souza; LAGO, Lucas; MASSARO, Heloisa. As ‘permissões’ de acesso a dados em apps do governo [on-line]. 21 maio 2018a. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/especial-as-permissoes-de-acesso-dados-em-apps-do-governo/>. Acesso em 25 ago. 2020.

ABREU, Jacqueline de Souza; LAGO, Lucas; MASSARO, Heloisa. As políticas de privacidade de apps do governo [on-line]. 21 maio 2018b. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/especial-as-politicas-de-privacidade-de-apps-do-governo/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ABREU, Jacqueline de Souza; LAGO, Lucas; MASSARO, Heloisa. A obtenção do consentimento sobre tratamento de dados [on-line]. 21 maio 2018c. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/especial-obtencao-do-consentimento-sobre-tratamento-de-dados/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ABREU, Jacqueline de Souza; LAGO, Lucas; MASSARO, Heloisa. Por que se preocupar com o que o Estado faz com nossos dados pessoais? [on-line]. 21 maio 2018d. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/especial-apps-do-governo/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ADAMI, Mateus Piva; PARISIO, Isabela de Oliveira. A contratação de serviços e infraestrutura de computação em nuvem pela Administração Pública brasileira: entaves jurídicos à modernização estatal. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital*. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 127-158.

ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira de; GALIL, João Victor Tavares. O regime sancionador da LGPD. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.).

LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-40.1-40.9.

ALVES, Nara; JUNIOR, Alessandro. Dados pessoais do Bilhete Único viram moeda de troca nas privatizações no Rio e em São Paulo [on-line]. 3 mar. 2017. In: Gizmodo Brasil. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/bilhete-unico-privatizacao-dados/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BAMBERGER, Michael. Integrating Big Data into the monitoring and evaluation of development programmes [on-line]. 2016. In: UN Global Pulse. Disponível em: <https://unglobalpulse.org/wp-content/uploads/2016/12/integratingbigdataintome-dpwebungp-161213223139.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARROS, Gabriel da Silva; SILVA, Lorena dos Santos; SCHMIDT, Clarissa. Documentos públicos e dados pessoais: o acesso sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados e da Lei de Acesso à Informação. *Revista do Arquivo*, São Paulo, n. 9, p. 22-39, out. 2019. Disponível em: http://www.arquivoestado.sp.gov.br/revista_do_arquivo/09/artigo_01.php. Acesso em: 25 ago. 2020.

BASSO, Bruno Bartelle. Direito à privacidade e o tratamento de dados pessoais pelo poder público: o interesse público como elemento dialógico da relação. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-11.1-11.9.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 22.337-8/RS. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 13 fev. 1995. *Diário de Justiça*, 20 mar. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 306.570/SP. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 18 out. 2001. *Diário de Justiça*, 18 fev. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.348.532/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 out. 2017. *Diário de Justiça*, 30 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade-Medida Cautelar n. 6.387/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 7 maio 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, 3 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Mandado de Segurança n. 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 set. 1999. *Diário de Justiça*, 12 maio 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário n. 418.416/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 maio 2006. *Diário de Justiça*, 19 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 23 de abril de 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, 1º jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. Mandado de Segurança n. 2073723-23.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. Relator: Desembargador Antônio Carlos Malheiros. São Paulo, 4 jun. 2020. *Diário Eletrônico*, 10 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão n. 1.739/2015. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 15 jul. 2015.

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

CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da boa administração pública e a LGPD (Lei 13.709/18). In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-4.1-4.6.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2017.

CAVOUKIAN, Ann. Privacy by design: the 7 foundational principles [on-line]. Ontário, ago. 2009. Atualizado em: jan. 2011. In: Information and Privacy Commissioner of Ontario. Disponível em: <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CRESPO, Marcelo. *Compliance digital*. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, compliance e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 187-201.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governança pública: um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. *Da privacidade à proteção de dados: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRAGOSO, Nathalie; MASSARO, Heloísa. Cadastro Base e amplo compartilhamento de dados pessoais: a que se destina? [on-line]. 2019. In: InternetLab. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/cadastro-base-e-amplo-compartilhamento-de-dados-pessoais-a-que-se-destina/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In:

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 23-52.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 677-715.

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de accountability. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coords.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LANGENEGGER, Natália; MARQUES, Fernanda Mascarenhas. Identidades digitais e proteção de dados pessoais: um desafio para o Brasil. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital*. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 159-185.

LODUCA, Laís Rosa Bertagnoli. Do conteúdo do direito à informação em tempos de opacidade. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital*. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 217-228.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURSKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.

MELL, Peter; GRANCE, Timothy. The NIST definition of cloud computing [online]. Gaithersburg, MD, EUA, set. 2011, p. 2. In: NIST Special Publication 800-145. Disponível em: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Autoridade Nacional de Proteção de Dados: reflexões funcionais sobre a natureza jurídica de órgão. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital*. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 24.

NOHARA, Irene Patrícia. Lei Anticorrupção Empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, compliance e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21-34.

OCDE. Measuring the Internet economy: a contribution to the research agenda. *OECD Digital Economy Papers*, Paris, n. 26, jul/2013. OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5k43gjjg6r8jf-en>. Acesso em 25 ago. 2020.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana; MAZA, José Ignacio Herce. La protección de datos personales como límite de acceso a la información pública: una mirada desde la buena administración para el control de las agendas políticas. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-3.1-3.9.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Teoria da regulação e governança no direito digital. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Direito público digital. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 27-46.

SANTOS, Marcela de Oliveira; MOTTA, Fabício. Regulação do tratamento de dados pessoais no Brasil – o estado da arte. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (org.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-5.1-5.7.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Segurança e sigilo dos dados pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 417-441.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Negativas de acesso à informação pioram sob governo Bolsonaro*. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Negativas_de_acesso_a_informacao_pioram_sob_governo_Bolsonaro.pdf. Acesso em: 17 out. 2020.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. IV, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

PROCESSO LEGISLATIVO MUNICIPAL E LEI COMPLEMENTAR DIANTE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 103/2019

Raimundo Batista¹

Resumo: O presente artigo tem por finalidade suscitar a discussão sobre a obrigatoriedade ou não de adoção da espécie normativa lei complementar pelos estados e municípios que não a contemplam em seus processos legislativos, diante do advento da Emenda Constitucional n. 103/2019, que exige regulamentação por meio dessa espécie normativa para tratar da denominada aposentadoria especial do servidor público. A Constituição Federal de 1988 dedicou seção própria para cuidar do processo de formação das leis, tendo fixado no artigo 59 os instrumentos normativos que podem figurar do ordenamento jurídico brasileiro, não estabelecendo o processo legislativo como princípio constitucional, não sendo, portanto, de reprodução obrigatória pelos demais entes da federação. Assim, cada estado, o Distrito Federal e os municípios, com base no princípio da autonomia, optaram por adotar as espécies normativas que hoje integram seus processos legislativos. É certo que a maioria dos municípios de capitais já contam com a lei complementar em suas leis orgânicas. Pesquisa levada a cabo no ano de 2016 constatou que apenas seis municípios não adotaram a lei complementar em seus processos legislativos. Com a Emenda Constitucional n. 103/2019, os municípios que possuem regimes próprios de previdência para seus servidores e que não contarem com a lei complementar dentre as espécies normativas constantes de sua leis orgânicas, deverão, antes, aprovar emendas às leis orgânicas contemplando tal instrumento normativo, porque só poderão legislar sobre essa matéria através de lei complementar.

Palavras-chave: Processo legislativo municipal. Lei complementar. Emenda Constitucional 103. Regime próprio de previdência.

1. Procurador legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, exercendo atualmente a função de secretário parlamentar adjunto, mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), pós-graduado em Direito Administrativo Econômico pela UPM e em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (Unisal/Legale). Ex-membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SP.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade suscitar a discussão sobre a obrigatoriedade ou não de adoção da espécie normativa lei complementar pelos estados e municípios que não a contemplam em seus processos legislativos, diante do advento da Emenda Constitucional n. 103/2019, que exige regulamentação por meio dessa espécie normativa para tratar, por exemplo, da denominada aposentadoria especial do servidor público.

Para melhor situar o leitor, veremos, inicialmente, ainda que em breves palavras, o processo legislativo na Constituição Federal, com as espécies normativas ali arroladas (emenda à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), passando, em seguida, para o processo legislativo dos entes parciais, verificando a necessidade de reprodução integral ou não, em suas leis maiores, das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, para então, enfrentar o problema proposto, examinando as principais diferenças entre lei complementar e lei ordinária, a tão propalada hierarquia entre uma e outra. Pode lei complementar disciplinar matéria de lei ordinária e vice-versa, para concluir que os municípios que ainda não contam com a espécie normativa lei complementar em seus ordenamentos parciais e que queiram regulamentar matérias objeto da Emenda Constitucional n. 103/2019, reservadas à lei complementar, devem, primeiro, fazer tal adequação.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Processo Legislativo na Constituição Federal

Como registrei na dissertação sobre Medida Provisória Municipal,² as constituições anteriores a 1967, apesar de não dedicarem capítulos próprios para o processo legislativo, sempre tiveram a preocupação de fazer referência ao processo de formação das leis, citando as espécies normativas, ainda que de forma dispersa.

Atualmente, o processo legislativo brasileiro está constitucionalizado. A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seção própria, sobre o processo de formação das leis, elencando no art. 59 as espécies normativas que integram o ordenamento jurídico brasileiro, sendo elas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

2. BATISTA, Raimundo. *Medida Provisória Municipal*. 2017. (Dissertação) Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

Segundo observa Raul Machado Horta,³ a constitucionalização mais ampla do processo legislativo apenas faz ingressar na hierarquia normativa suprema regras indispensáveis à eficácia da elaboração legislativa e que não obteriam o mesmo efeito na área regimental, mais sensível às acomodações de natureza política. Dessa forma, pode-se inferir que as regras relativas ao processo legislativo, postas pelo Poder Constituinte Originário, formam um núcleo essencial para a produção da lei válida.

Portanto, os demais entes federativos, ao traçarem o seu processo legislativo, estão vinculados ao cumprimento do caminho estabelecido na Constituição Federal de 1988, podendo apenas adequar seus pormenores, como disse o autor acima, às peculiaridades locais.

No próximo item, falaremos, ainda que de forma rápida, algumas palavras sobre o processo legislativo no âmbito dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios.

2.2. Processo legislativo dos entes parciais

Como apontado no item anterior, o processo legislativo estabelecido na Constituição Federal deve ser observado por todos os entes da federação, apesar de não ser princípio expresso como constava da Constituição anterior.

Inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento no sentido de que as regras básicas referentes ao processo legislativo firmadas pelo constituinte originário devem ser seguidas pelo demais entes da federação, com base no princípio da simetria.⁴

De início, a pergunta que se impõe é a seguinte: as espécies normativas fixadas no art. 59 da Constituição Federal (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções) são de reprodução obrigatória pelos estados-membros, Distrito Federal e municípios? Ou será que estes podem optar por quais espécies normativas devem integrar seus ordenamentos jurídicos?

Essa pergunta já foi respondida em *Medida Provisória Municipal*. A Constituição Federal, base do ordenamento jurídico nacional, consignou em seu corpo as espécies normativas por meio das quais os entes federativos deverão atuar para inovação das ordens jurídicas parciais. As espécies normativas primárias, portanto, estão mencionadas na Lei Maior, não havendo espaço para os estados-membros, Distrito Federal e municípios inovarem aí com a criação de novos instrumentos para veiculação da norma jurídica. O modelo está posto para a formação das leis.

3. HORTA, Raul Machado. O processo legislativo nas constituições federais brasileiras. *Revista de Informações Legislativas*, v. 26, n. 101, p. 5-28, jan./mar. 1989.

4. Batista (*op. cit.*).

Corroboram com esse pensamento Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, quando afirmam que são sete os veículos para elaboração legislativa, e que são os únicos permitidos pela Lei Maior, no âmbito do Poder Legislativo, revestindo-se de manifesta inconstitucionalidade qualquer outra forma de legislar, naquela esfera, que não tenha a forma de um dos sete tipos referidos pela lei suprema.⁵

No entanto, no tocante aos estados-membros, Distrito Federal e municípios, a dúvida continua, se estes devem reproduzir “*in totum*” as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal.

Conforme aponta a doutrina,⁶ os demais entes federativos têm ampla liberdade de escolher quais espécies normativas devem figurar em seus processos legislativos, com fundamento no princípio da autonomia e inclusive da simetria, como vem defendendo parte da doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não estando obrigados a transpor todos os instrumentos normativos previstos no art. 59 da Constituição Federal.

Em pesquisa realizada junto às leis orgânicas das câmaras municipais de capitais, pudemos constatar a não uniformidade das espécies normativas adotadas pelos municípios, fazendo parte da maioria das leis orgânicas, no entanto, a lei complementar.

Agora, com a edição da Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019, que altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias, o constituinte derivado reformador reservou algumas matérias para serem disciplinadas por meio da lei complementar.

2.3. Emenda Constitucional n. 103/2019 e a Reserva de Matéria à Lei Complementar

Esse é o problema a ser enfrentado, o município que não adotou a lei complementar dentre as espécies normativas que figuram em sua lei orgânica poderá disciplinar tal matéria por meio de lei ordinária?

5. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

6. Notadamente em relação ao município, cabe agora à Câmara de Vereadores, ao elaborar a sua Lei Orgânica local, definir, dentre as disposições relativas ao processo legislativo federal, as que serão adotadas pelo município. Nessa conformidade, **o processo legislativo municipal pode, em tese, compreender todas as espécies normativas enunciadas no art. 59 da CF, pois não há nenhuma restrição na Lei Maior a esse respeito**. De nossa parte, entendemos que o constituinte municipal deve incluir no processo legislativo local a elaboração de emendas à Constituição (Lei Orgânica Municipal), leis ordinárias, decretos legislativos e resoluções, como espécies obrigatórias, ficando a inclusão das leis complementares, leis delegadas e medidas provisórias dependendo de um exame da conveniência de se adotar ou não tais espécies, embora desaconselhamos a inclusão da última – medidas provisórias –, não obstante a ausência de vedação constitucional expressa. Quanto às leis delegadas, o constituinte municipal, se adotá-las, deverá delimitar o seu campo de abrangência, a exemplo do disposto no art. 68 da CF, evidentemente nas matérias de competência do município.

Para responder a essa indagação, necessário se faz entender o papel da lei complementar e da lei ordinária no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, devemos dizer que a lei complementar é uma das espécies normativas constantes do artigo 59 da Constituição Federal (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), estando, no mesmo nível da lei ordinária. A Constituição Federal sobre a lei complementar pouco diz, tratando da sua iniciativa no art. 61 e do quórum de aprovação no art. 69, não trazendo, por exemplo, um procedimento próprio para sua aprovação, razão pela qual observa-se o trâmite de aprovação da lei ordinária, respeitando as suas especificidades.

Diante desse fato, a doutrina se debruça sobre o assunto, procurando determinar as semelhanças e diferenças entre lei complementar e lei ordinária. É o que veremos a seguir.

2.3.1. Lei Complementar e Lei Ordinária: Natureza Jurídica, Hierarquia e Diferenças

Segundo Celso Ribeiro Bastos, lei complementar é toda aquela que contempla uma matéria a ela entregue de forma exclusiva e que, em consequência, repele normas heterogêneas aprovadas mediante um quórum próprio de maioria absoluta.⁷

A lei complementar, a exemplo de todas as demais previstas no art. 59 da Constituição Federal, tem natureza de norma primária, pois retira seu fundamento de validade diretamente da Lei Maior.

Já a lei ordinária, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é ato legislativo típico. É, pois, o instrumento normativo primário comum, padrão, porque excetuados os assuntos que deverão ser veiculados por meio de lei complementar, decreto legislativo ou resoluções, todos os demais são objeto de lei ordinária. Por isso se fala que o seu campo de ação é bastante elástico, pois pode versar sobre qualquer matéria que não esteja reservada a determinada espécie normativa.

Outro ponto que se discute na doutrina é sobre a existência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária. Há quem defenda que a lei complementar seja superior à lei ordinária, mas a maior parte entende que não existe essa hierarquia entre as duas espécies normativas, pois ambas retiram seu fundamento de validade da Constituição, e não uma da outra, estando no mesmo plano. O fato de a lei complementar vir na frente da lei ordinária no rol do art. 59 não significa que seja superior.

7. BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei complementar: teoria e comentários*. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

Nesse sentido é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos: “[...] a lei ordinária e a complementar não se subordinam reciprocamente [...] porquanto versam matérias distintas e buscam seus fundamentos de validade diretamente na Constituição”.⁸

As principais diferenças entre a lei complementar e a lei ordinária são: o quórum de aprovação e o campo de atuação. Quanto ao quórum, já esclarecemos que a lei complementar é votada pelo quórum de maioria absoluta, enquanto para aprovação da lei ordinária exige-se a maioria simples.

Quanto ao campo de atuação, a Constituição Federal diz expressamente quando o assunto deve ser disciplinado por lei complementar. Portanto, à lei complementar são reservadas matérias próprias, enquanto a lei ordinária destina-se a regular as matérias residuais, ou seja, se o texto constitucional não disser explicitamente que deve ser disciplinada por lei complementar, atua a lei ordinária.

O Supremo Tribunal Federal já sedimentou entendimento no sentido de que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, que estão no mesmo nível, no mesmo degrau, e que só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita.⁹

Com as noções acima, podemos enfrentar o problema proposto. Pode a lei ordinária disciplinar matéria reservada à edição de lei complementar? Ou, ainda, lei complementar pode invadir o campo de atuação de lei ordinária?

Vamos examinar em primeiro lugar a indagação sobre a possibilidade de lei complementar tratar de matéria destinada a ser regulada por lei ordinária. Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência entendem ser possível, até porque a lei complementar exige um quórum maior para aprovação. Entretanto, nesse caso, a lei ordinária poderá alterar a lei complementar, no tocante à matéria que deveria ser tratada por meio de lei ordinária. Sobre essa posição, Irene Patrícia Nohara assinala:

É bastante corrente na discussão sobre o assunto a afirmação de que “quem pode o mais pode o menos”, em alusão à possibilidade de uma lei complementar tratar também de assuntos residuais, e não só daqueles escolhidos expressamente pelo Poder Constituinte. Todavia, é importante contra-argumentar que é opção dos parlamentares se determinada matéria será objeto de projeto de lei ordinária ou de projeto de lei complementar, isto é, no processo legislativo não é o simples fato da aprovação de um projeto de lei ordinária por maioria absoluta que o transforma em lei complementar.¹⁰

8. *Ibid.*, p. 59.

9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.003, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, julg. 05-12-2019; ADI 7891, Rel. Celso de Mello. Pleno, julg. 26-05-1994.

10. NOHARA, Patrícia Irene. Controvérsia entre Lei Complementar e Lei Ordinária: um estudo com base na anômala técnica legislativa do art. 86 do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. *Revista de Direito Administrativo*, v. 247, p. 126-138, 2008.

Também é essa a interpretação do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I) 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento.¹¹

Da leitura da ementa, entendemos que a lei complementar pode até tratar de matéria que poderia ser disciplinada por lei ordinária, só que isso não tem o condão de transformá-la em complementar, sendo ela apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, o que permite sua alteração via lei ordinária.

Inclusive aqui o legislador trouxe para o texto da lei essa interpretação no caso do art. 86 da Lei Complementar n. 123, fixando: “Art. 86. As matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar poderão ser objeto de alteração por lei ordinária.”

Quanto à possibilidade de lei ordinária tratar de matéria reservada à lei complementar, de acordo com o texto constitucional, a resposta é negativa, visto que a lei complementar e a lei ordinária detêm campos de atuação diversos, e a primeira exige aprovação mediante o quórum de maioria simples, portanto, ainda que venha a ser aprovada com o quórum de maioria absoluta, a sua natureza é de lei ordinária, em razão do âmbito material dos assuntos reservados à lei complementar.

Como bem registrado por Irene Patrícia Nohara, no processo legislativo não é o simples fato da aprovação de um projeto de lei ordinária por maioria absoluta que o transforma em lei complementar.

Nesse caso, como aponta José Joaquim Gomes Canotilho,¹² “O que pode haver é uma invasão de competência de uma pela outra. Tal ocorrendo, de duas uma: ou haverá inconstitucionalidade (no caso de lei ordinária versar matéria de lei complementar [...]).”

Também na lição de Canotilho, “a invasão de competência implicará na inconstitucionalidade da lei elaborada, não havendo qualquer possibilidade de aproveitamento”.

11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 377457-3, Rel. Gilmar Mendes, Pleno, jul. 17-09-2008.

12. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

Visto como se apresenta a compreensão da espécie normativa lei complementar no ordenamento jurídico, podemos agora fazer mais um questionamento? A Emenda Constitucional n. 103/2019, parte do objeto do presente trabalho, poderia ampliar o âmbito de atuação da lei complementar?

Como sabemos, as emendas constitucionais aprovadas de acordo com o procedimento fixado na Lei Maior se incorporam ao seu texto, sendo, portanto, norma constitucional. Então, emenda constitucional pode sim ampliar o campo de matérias reservadas à lei complementar.

Foi exatamente o que fez a Emenda Constitucional n. 103/2019, por exemplo, ao alterar a redação do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, e, acrescentando parágrafos, ampliou o campo de atuação da lei complementar, estendendo-a inclusive para os municípios e Distrito Federal. Vejamos como ficou o art. 40 que está inserido na seção que cuida dos servidores públicos:

Art. 40

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º.

§ 4º-A. Poderão ser estabelecidos **por lei complementar do respectivo ente federativo** idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

§ 4º-B. Poderão ser estabelecidos **por lei complementar do respectivo ente federativo** idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de ocupantes do cargo de agente penitenciário de agente socioeducativo ou de policial dos órgãos de que tratam o inciso IV do caput do art. 51, o inciso XIII do caput do art. 52 e os incisos I a IV do caput do art. 144.

§ 4-C Poderão ser estabelecidos **por lei complementar do respectivo ente federativo** idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

§ 5º Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades decorrentes da aplicação do disposto no inciso III do § 1º, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio **fixado em lei complementar do respectivo ente federativo.**¹³

13. MORAES, Guilherme Peña de (org.). *Constituição Federal*. 5ª ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

Como vemos, competências que eram reservadas à União agora foram distribuídas para os demais entes federativos, como no caso da aposentadoria especial do servidor público, que desde a Constituição de 1988, em sua redação originária, depende de regulamentação, agora tem a chance de se concretizar nas demais esferas de governo, por meio de legislação local, que deverá ser veiculada por meio de lei complementar.

É bem verdade que, pelo menos, os municípios de capitais, em sua grande maioria, já contam com a espécie normativa lei complementar em suas leis orgânicas, a exemplo de Rio de Janeiro, Porto Alegre, Salvador, Cuiabá e Belém, dentre outros.

Não contam ainda com a lei complementar em suas leis orgânicas, como uma das espécies normativas, os municípios de São Paulo, Belo Horizonte, Vitória, Recife, Maceió e Rio Branco, com base em informações levantadas em 2016.

É bom esclarecer que esses municípios podem a qualquer momento promover alterações em suas leis orgânicas, por meio de projeto de emenda à lei orgânica, inserindo a lei complementar em seus processos legislativos.

Agora, diante de tudo que vimos, podemos afirmar que os municípios que, quando da elaboração de suas leis orgânicas ou mesmo posteriormente através de emendas, não inseriram a lei complementar dentre as espécies normativas adotadas deverão providenciar essa inserção se desejar disciplinar as matérias elencadas nos parágrafos transcritos acima.

Essa obrigatoriedade, porém, recai apenas sobre os municípios que contam com regime próprio de previdência para os seus servidores, uma vez que, para disciplinar, por exemplo, a aposentadoria especial para aqueles servidores que exercem atividade com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, necessitam dessa espécie normativa (lei complementar). Isso porque os servidores dos municípios que não contam com regimes próprios de previdência estão obrigatoriamente vinculados ao regime geral de previdência, cujas normas são editadas pela União.

3. CONCLUSÕES

Como vimos, a lei complementar é espécie normativa prevista no art. 59, inciso II, da Constituição Federal, com campo material para atuação, ou seja, o próprio texto constitucional discrimina expressamente quando determinada matéria deve ser tratada por meio de lei complementar. Inclusive o art. 25, § 3º, da Constituição Federal já exige a lei complementar para que os estados possam instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Por essa razão as constituições estaduais contemplaram a lei complementar em seus ordenamentos jurídicos desde o início.

A Constituição Federal trouxe expressamente as espécies normativas que devem figurar no ordenamento jurídico nacional e por meio das quais os demais entes podem atuar, sem inovações.

Assim, os demais entes federativos, (estados-membros, Distrito Federal e municípios) com base no princípio da autonomia, assegurado pela própria Constituição, tiveram margem de escolha para determinar quais espécies normativas deveriam integrar seus ordenamentos jurídicos.

É constitucional a Emenda à Constituição que amplia o campo material de atuação da lei complementar, pois tal exigência adere ao texto constitucional.

Portanto, os municípios que ainda não contam com a espécie normativa lei complementar em suas leis orgânicas poderão, a qualquer tempo, por meio de projeto de emenda à lei orgânica, promover essa inserção.

Porém, com o advento da Emenda Constitucional n. 103/2019, que exige lei complementar para tratar das matérias mencionadas nos dispositivos acima transcritos, há necessidade de adoção dessa espécie normativa previamente.

Estão obrigados a adotar tal medida os municípios que possuem regimes próprios de previdência para os seus servidores, que necessitem disciplinar matéria ali arrolada como sendo de lei complementar, considerando que os municípios que não instituírem regimes próprios devem seguir as regras do regime geral de previdência social.

Por fim, tal adequação é necessária, visto que a invasão por lei ordinária do campo reservado à disciplina por meio da lei complementar não a transforma em lei complementar, levando a sua inconstitucionalidade. O fato de a lei ordinária ser aprovada com o quórum de maioria absoluta não a transforma em lei complementar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei Complementar: teoria e comentários*. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BATISTA, Raimundo. *Medida Provisória Municipal*. 2017. (Dissertação) Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. A lei complementar no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 49, n. 193, p. 191-203, jan./mar., 2012.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HORTA, Raul Machado. O processo legislativo nas constituições federais brasileiras. *Revista de Informações Legislativas*, v. 26, n. 101, p. 5-28, jan./mar. 1989.

MORAES, Guilherme Peña de (org.). *Constituição Federal*. 5ª ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Controvérsia entre Lei Complementar e Lei Ordinária: um estudo com base na anômala técnica legislativa do art. 86 do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. *Revista de Direito Administrativo*, v. 247, p. 126-138, 2008.

VALADÃO, Rodrigo Borges. O princípio da reserva de Lei Complementar e a hierarquia entre as espécies normativas. *Rev. Dir. Proc. Geral*. Rio de Janeiro, n. 54, p. 226-250, 2001.

Pareceres

Parecer JUD n. 006/2020

Ref.: *E-mail* encaminhado em 11 de agosto de 2020 – Vereador Ricardo Nunes
Ofício n. 0354/2020 – SEI 6510.2020/0010630-3

Assunto: Infraestruturas em áreas de Zeis 1

Sr. Procurador Legislativo Supervisor,

Trata-se de requerimento do vereador Ricardo Nunes de manifestação acerca dos pareceres proferidos pela Secretaria Municipal de Habitação e pela Secretaria Municipal das Subprefeituras a respeito do parecer proferido por esta Procuradoria, Proclegis n. 003/2019.

O parecer Proclegis n. 003/2019 foi elaborado a pedido do I. Vereador, com base no relato de que os órgãos do Poder Executivo estavam se negando a atender os pedidos de melhorias de infraestruturas em áreas em Zeis 1 (colocação de guias, sarjetas, alfartos, calçadas, praças, parques, etc), sob o argumento de que os imóveis não são regularizados e as obras ali existentes são ilegais. Em nossa manifestação, entendemos que é dever do Poder Executivo realizar as políticas públicas necessárias para implementar e concretizar as determinações previstas no Plano Diretor e que a existência de favelas e loteamentos irregulares é do conceito de Zeis 1. Assim, a existência de favelas e loteamentos irregulares não pode ser justificativa para a não realização de obras de infraestrutura. No entanto, poderia haver razões técnicas ou econômicas que justifiquem a negativa de realização das obras de infraestrutura nessas áreas.

O primeiro parecer, da Secretaria Municipal de Habitação, de 6 de julho de 2020, explica que as ações do Poder Executivo consideram o contexto e a atuação de cada secretaria e subprefeitura, alinhados com orçamento e planejamento, não podendo ser pinçados aleatoriamente e analisados isoladamente. Assim, *“o gestor não está obrigado a executar qualquer obra em ZEIS, sem que ela atenda o critério de conveniência e oportunidade da administração”*. Destaca que o Poder Executivo deve atentar para os artigos 50 e 51 do Plano Diretor, que preveem a elaboração de planos de urbanização para as Zeis 1.

O segundo parecer, da Secretaria Municipal das Subprefeituras, de 3 de agosto de 2020, também aponta que *“a previsão de determinada área como ZEIS.1 não pode ser interpretada, por si só, como uma autorização ou justificava legal para intervenções pontuais da Prefeitura”*. Outrossim, lembra que muitas das áreas onde existem loteamentos irregulares são áreas privadas, de modo que a intervenção do município pode gerar conflitos possessórios.

Nosso parecer inicial procurou esclarecer se os órgãos do Poder Executivo poderiam negar a realizar a implementação de melhorias nas áreas de Zeis 1, sob o

fundamento de que os imóveis não são regularizados e as obras ali existentes são ilegais. A essa pergunta, entendemos que o simples fato de os imóveis não estarem regularizados e as obras neles realizadas serem ilegais não poderiam justificar a não realização de obras de infraestrutura, porque um dos objetivos das Zonas de Interesse Especial (Zeis) é justamente a regularização fundiária de assentamentos precários e irregulares:

Art. 12. As Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) são porções do território destinadas, predominantemente, à moradia digna para a população de baixa renda por intermédio de melhorias urbanísticas, recuperação ambiental e regularização fundiária de assentamentos precários e irregulares, bem como à provisão de novas Habitações de Interesse Social – HIS e Habitações de Mercado Popular – HMP, a serem dotadas de equipamentos sociais, infraestrutura, áreas verdes e comércio e serviços locais, situadas na zona urbana.

§ 1º As ZEIS classificam-se em 5 (cinco) categorias, definidas nos termos dos incisos I a V do “caput” do art. 45 da Lei n. 16.050, de 31 de julho de 2014 – PDE.

§ 2º Aplicam-se às ZEIS as disposições da Seção IV do Capítulo II do Título II da Lei n. 16.050, de 31 de julho de 2014 – PDE, exceto o disposto no art. 56 da mesma lei.

§ 3º Não se aplica a destinação mínima de percentuais de área construída de HIS 1 e HIS 2 previstos no Quadro 4 da Lei n. 16.050, de 31 de julho de 2014 – PDE, aos imóveis públicos destinados a serviços da administração pública e serviços públicos de abastecimento situados em ZEIS (Plano Diretor, grifo nosso).

No entanto, poderia haver razões técnicas ou econômicas que justificassem a realização das referidas melhorias, especialmente se considerarmos que a consulta que nos foi realizada não tratou de um caso específico.

Os pareceres dos órgãos municipais trouxeram outras razões para a negativa de implementação das obras de infraestrutura. O parecer de Sehab assevera que as obras de infraestrutura exigem a observância de um plano de urbanização. E o parecer da SMSB aponta a necessidade de um projeto de regularização urbanística e registrária/fundiária, de modo que o município não fique sujeito a eventuais ações possessórias de proprietários das áreas invadidas.

Primeiramente, a observância de todas as normas de nosso ordenamento jurídico é indiscutível e em nenhum momento se afirmou que as obras de infraestrutura deveriam ser realizadas ao arpejo de outras normas municipais ou federais. Por outro lado, é sabido que o planejamento é princípio de toda a atividade urbanística, pois todo impulso e ação de ordenação precisa ter um objetivo claro do que é

desejável para um determinado lugar ou território e também quais os meios que se dispõe para se alcançar tal objetivo.

O Poder Legislativo municipal já aprovou uma extensa legislação urbanística para a cidade de São Paulo. Nesse passo, o Plano Diretor Estratégico estabelece a elaboração de planos de urbanização em Zeis 1 para a regularização do parcelamento do solo. Esses planos deverão conter, dentre outros aspectos, as diretrizes, índices e parâmetros urbanísticos para o parcelamento, uso e ocupação do solo (artigo 51, III, do Plano Diretor) e as soluções para a regularização fundiária dos assentamentos, de forma a garantir a segurança de posse dos imóveis para os moradores (artigo 51, XI, do Plano Diretor).

Assim, a problemática da ausência de infraestrutura urbana na cidade não se deve a falta de previsão legal. Como observa a professora Ermínia Maricato,¹ “não foi por falta de planos e leis que nossas cidades tomaram o rumo que tomaram [...] mesmo antes da aprovação do Estatuto da Cidade, havia instrumentos para garantir a promessa de todo plano diretor, de garantir um desenvolvimento urbano ‘equilibrado’, ‘harmônico’, ‘sustentável’ e outros objetivos [...]”

É competência do Poder Executivo formular, aprovar e implementar os planos de urbanização previstos no Plano Diretor. O Poder Legislativo, por sua vez, tem competência constitucional para fiscalizar os atos do Poder Executivo (art. 49, X, da Constituição Federal).

Ensina o professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo² que

O direito à infra-estrutura urbana, também fixado no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a efetiva realização por parte do poder Público municipal de obras ou mesmo atividades destinadas a tornar efetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade [...] Compõe-se a infra-estrutura de equipamentos destinados a fazer com que as cidades ‘funcionem’ dentro do que estabelecem o comando constitucional e o Estatuto da Cidade. Assim, é por força do direito à infra-estrutura que o Poder público municipal passa a ter o dever de implementar as verbas públicas disponíveis e fixadas em orçamento próprio necessárias a prover a cidade de artefatos, instalações e demais apetrechos destinados a assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade em grande parte estabelecidas no art. 2º, I, da lei n. 10.257/2001 (grifo nosso).

O direito à infraestrutura integra os direitos de terceira geração, pois relacionado ao desenvolvimento e ao meio ambiente urbano, cujo adimplemento impõe,

1. MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 95.

2. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 361.

ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que o viabilizem.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto à necessidade de o Estado cumprir as políticas públicas previstas na Constituição Federal:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

Nesse passo, se as obras de infraestrutura dependem de planos de urbanização e da regularização fundiária de imóveis, existe a natural expectativa de que o Poder Executivo demonstre quais são as ações que estão sendo tomadas para que o Plano Diretor deixe de ser letra estática sobre um papel.

Assim, considerando que os planos de urbanização devem ser elaborados com a participação de Conselhos Gestores, compostos por representantes dos moradores, do Executivo e da sociedade civil organizada, a primeira indagação que se impõe é se os Conselhos Gestores já foram constituídos (a Defensoria Pública, por exemplo, questiona a ausência de Conselhos Gestores na região denominada Arco Jurubatuba, na ação civil pública n. 1010569-20.2019.8.26.0053, tendo sido deferida a liminar pleiteada em sede de agravo de instrumento, pela 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo). Isso porque o Plano Diretor está em vigor há seis anos e nenhum dos pareceres informou quais medidas estão sendo paulatinamente tomadas, a fim de viabilizar a implementação das obras de infraestrutura tão necessárias à população residente em Zeis. E, mesmo existindo loteamentos e habitações em áreas privadas, e nem todos estão, há mecanismos de regularização fundiária que propiciam ao poder público a implementação de infraestrutura nas áreas demarcadas como Zeis.

Diante disso, entendemos que caberia ao Poder Executivo demonstrar quais as medidas que estão sendo tomadas para o adimplemento de suas obrigações legais. Nas palavras da advogada Mariana Senna Sant’Anna,³

Relativamente aos gestores do planejamento, é preciso que haja vontade

3. SANT’ANNA, Mariana Senna. Planejamento Urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor. In DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coords.) *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 162.

política e o maior esforço em que a integração de todos os entes e instituições envolvidos na gestão urbana seja eficiente; para que as hierarquias ou falta delas não impeça a solução dos problemas, mas sim que o bom senso e a busca dos objetivos constitucionais (arts. 1º e 3º) sejam sempre os fundamentos de qualquer ação.

E também, da professora Ermínia Maricato:⁴ “não interessa um plano normativo apenas, que se esgota na aprovação de uma lei, mas sim que ele esteja comprometido com um processo, uma esfera de gestão democrática para corrigir seus rumos, uma esfera operativa com investimentos definidos, com ações definidas e com fiscalização”.

É o entendimento, s.m.j., que submeto à apreciação superior.

São Paulo, 18 de agosto de 2020.

Anna Carolina Torres Aguilar Cortez
Procuradora Legislativa
OAB/SP n. 162.134
R.F. n. 11.497

4. Maricato (*op. cit.*, p. 71).

Parecer PROCLEGIS n. 002/2020.

Ref.: e-mail da Sra. Procuradora Chefe enviado em 1º de abril de 2020.

Assunto: possibilidade de realização de **audiências públicas virtuais** na tramitação de projetos de lei em que elas sejam obrigatórias. **Pandemia do coronavírus (Covid-19)**. Possibilidade.

Sra. Procuradora Chefe,

Trata-se de consulta formulada por V. Sa. tendente à análise acerca da possibilidade de **realização de audiências públicas virtuais** na tramitação de projetos de lei em que sejam elas obrigatórias, haja vista a excepcional situação atualmente vivenciada decorrente da **pandemia do coronavírus (Covid-19)**. Aponta especial interesse na consulta em razão do envio, por parte do Exmo. Sr. Prefeito, do Projeto de Lei n. 203/2020, em que restou solicitada tramitação em regime de URGÊNCIA (artigo 38 da LOMSP), vez que teria conexão com o enfrentamento da pandemia indicada, sem olvidar a recente edição do Precedente Regimental n. 01/2020. Vejamos.

1. DA FINALIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Como decorrência do princípio democrático, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição” (artigo 1º, parágrafo único CF). Tem-se, portanto, que o Brasil adotou o sistema da democracia representativa, possibilitando, ainda, mecanismos de efetiva participação popular, dentre os quais, a realização – obrigatória ou não – de audiências públicas na tramitação de processos legislativos.

Nesse sentido, o artigo 58, § 2º, inciso II da Carta Magna estabelece que as comissões integrantes do Congresso Nacional e de suas Casas, em razão da matéria de sua competência, realizarão **audiências públicas com entidades da sociedade civil**.

No âmbito deste Município de São Paulo, estabelece o **artigo 41 da Lei Orgânica do Município de São Paulo**:

“A Câmara Municipal, através de suas Comissões Permanentes, na forma regimental e mediante prévia e ampla publicidade, convocará obrigatoriamente pelo menos 2 (duas) audiências públicas durante a tramitação de projetos de leis que versem sobre:

I – Plano Diretor;

- II – plano plurianual;
- III – diretrizes orçamentárias;
- IV – orçamento;
- V – matéria tributária;
- VI – zoneamento urbano, geoambiental e uso e ocupação do solo;
- VII – Código de Obras e Edificações;
- VIII – política municipal de meio ambiente;
- IX – plano municipal de saneamento;
- X – sistema de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador;
- XI – atenção relativa à Criança e ao Adolescente.

§ 1º - A Câmara poderá convocar uma só audiência englobando dois ou mais projetos de leis relativos à mesma matéria.

§ 2º - Serão realizadas audiências públicas durante a tramitação de outros projetos de leis mediante requerimento de 0,1% (um décimo por cento) dos eleitores do Município.”

E o Regimento Interno deste legislativo regulamenta as audiências públicas em seus artigos 85 a 88, sendo certo que, nas hipóteses específicas do artigo 41 da LOMSP estatui que:

“I – as Comissões poderão convocar uma só audiência englobando dois ou mais projetos de lei relativos à mesma matéria;

II – a Mesa obrigar-se-á a promover a publicação do anúncio da audiência solicitada pela Comissão competente, em pelo menos 2 (dois) jornais de grande circulação, observando-se, quando couber, o disposto no artigo 117 da citada Lei Orgânica;

III – a Comissão selecionará para serem ouvidas as autoridades, os especialistas e pessoas interessadas, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites;

§ 1º - Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência de diversas correntes de opinião.

§ 2º O autor do projeto ou o convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser apartado.

§ 3º - Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto.

§ 4º - A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido consentimento do Presidente da Comissão.

§ 5º - Os Vereadores inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de 3 (três) minutos tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes.

§ 6º - No caso do inciso III deste artigo, sempre que a audiência versar sobre matéria relativa à criança e ao adolescente, deverá obrigatoriamente ser expedido convite ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.”

De forma didática, no *site* desta edilidade paulistana explicita-se ao munícipe a exata finalidade da realização das audiências públicas (www.saopaulo.sp.leg.br/blog/você-sabe-para-que-serve-uma-audiencia-publica/), *in verbis*:

“No sistema democrático brasileiro, os vereadores escolhidos nas urnas são os representantes legítimos da população em âmbito municipal. Mas isso não significa que sejam os únicos. Aliás, eles fazem questão de abrir espaço para a participação direta e efetiva dos eleitores sempre que há um assunto importante em discussão na cidade. É o que acontece no caso das Audiências Públicas.

O objetivo é ouvir a opinião da comunidade sobre os mais diversos temas, além de discutir as demandas sociais envolvendo pessoas ou grupos organizados, incluindo entidades da sociedade civil. Nesse modelo, todos os presentes podem ter direito à palavra e, conseqüentemente, acesso às respostas de pessoas públicas e autoridades.

Na Câmara Municipal de São Paulo, **a Audiência Pública é um encontro que integra a voz ativa da população à atividade legislativa. A ideia, por outro lado, não é apenas dar ouvido aos munícipes, mas também garantir a transparência do processo de formulação das Leis e acompanhamento das políticas públicas.**

Em 2017, por exemplo, os principais temas de interesse da cidade foram amplamente debatidos por meio das Audiências Públicas. Desde assuntos de apelo social, como a situação da Cracolândia, no centro, até questões polêmicas tratadas com destaque na mídia, como a velocidade das marginais [...]”

Ou seja, o intento da realização de audiências públicas na tramitação de processos legislativos é o de outorgar transparência e legitimidade às decisões políticas a serem adotadas, possibilitando a troca de informações entre administrados e Poder Público no curso da tramitação de processo legislativo de interesse da sociedade. Para que tal ocorra, **a oportunidade de participação da sociedade civil durante as audiências públicas deve ser EFETIVA, por meio de prévios comunicados acerca da ocorrência das mesmas (no mínimo, com observância do artigo 86, inciso II do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo, sem prejuízo de se dar publicidade em outros canais), bem como de efetiva oitiva das manifestações populares no curso das mesmas, inclusive com eventuais ponderações favoráveis ou desfavoráveis a respeito dos pontos apresentados.**

De se relembrar que a jurisprudência pátria vem se manifestando acerca de pedidos de nulidade de processos legislativos – inclusive em controle abstrato de constitucionalidade – em que se invoca vício na realização de audiências públicas, muitas delas propostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. A título ilustrativo, manifestou-se o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça de São Paulo:

“...] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar n. 714, de 05 de agosto de 2015, do Município de Atibaia, com redação dada pela Lei Complementar n. 796, de 29 de janeiro de 2019, do mesmo Município que “institui a legislação de uso e ocupação do solo da Estância de Atibaia”. Apontada ausência de participação popular. Inocorrência. Audiências Públicas que se realizaram em mais de uma oportunidade, todas precedidas de convocação por Diário da região. Oferta de Emendas ao Projeto de Lei posteriores à realização das audiências públicas que não as invalida. Audiências Públicas que tem por escopo o debate de ideias sobre o projeto pré-estabelecido para eventual alteração, suplementação ou até mesmo aperfeiçoamento da ideia original, sem caráter vinculante. Precedentes do C. Órgão Especial neste sentido.

[...]

Ação improcedente.”

(TJSP, Órgão Especial - ADI n. 2146956-87.2019.8.26.0000, Relator Desembargador Xavier Aquino, j. 11/12/2019, v.u.).

Sobre a realização de audiências públicas no âmbito desta edilidade, o Ministério Público de São Paulo também já questionou a respectiva efetividade, o que seu deu recentemente por ocasião da tramitação do Projeto de Lei n. 0397/2018, que tratava da alteração da Lei do Município de São Paulo n. 15.893/13, a qual traçava diretrizes gerais, específicas e mecanismos para a implantação da Operação Urbana Consorciada Água Branca, definindo programa de intervenções para a área de operação. Por meio de Ação Civil Pública que teve curso perante a 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, o Ministério Público questionou a validade das audiências públicas então realizadas (autos n. 1055898-89.2018.8.26.0053), a qual restou julgada extinta sem resolução do mérito.

Fixada, portanto, a relevância e a importância da realização de audiências públicas na tramitação de projetos de lei que tenham por objeto as matérias acima indicadas, há que se perquirir sobre a possibilidade de sua realização se dar em formato virtual, e não presencial, face ao atual reconhecimento nacional da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia do coronavírus (Covid-19), conforme Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

2. DAS NORMAS EDITADAS EM RAZÃO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Já antes da classificação formal do coronavírus (Covid-19) como pandemia, por parte da Organização Mundial de Saúde – o que se deu apenas em 11 de março de 2020 – o Estado brasileiro já vinha adotando medidas para evitar o aumento do contágio, em especial, com a **edição de normas tendentes ao afastamento social das pessoas**. Nesse passo, a Lei Federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 dispôs sobre medidas que poderiam ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus (artigo 1º), dentre as quais isolamento, quarentena, determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, dentre outros (artigo 3º). Nesse passo, o Decreto Federal n. 10.277, de 16 de março de 2020 instituiu o comitê de crise para supervisão e monitoramento dos impactos da Covid-19.

Ademais, face à gravidade da situação, por meio do Decreto Legislativo n. 06, de 20 de março de 2020, restou reconhecida, para fins do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), a ocorrência do **estado de calamidade pública**, com efeitos até 31 de dezembro de 2020. E o próprio Supremo Tribunal, por meio de decisão monocrática datada de 29 de março p.p., exarada pelo Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, nos autos da **ADI 6357**, ajuizada pelo Exmo. Presidente da República, concedeu interpretação conforme à Constituição Federal, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, *caput*, e parágrafo 14 da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a **emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da Covid-19**, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias com relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação da Covid-19.

Ainda, sempre tendo como **foco a proteção à saúde pública**, diversas normas foram editadas com o intuito de **restringir o contato presencial entre as pessoas**, haja vista que essa medida é reconhecida como a melhor maneira de se evitar a expansão do contágio de tal doença em larga escala, o que culminaria no colapso do sistema público e suplementar de saúde.

A título ilustrativo, o Ato do Presidente n. 02/2020, do Senado Federal, decidiu restringir o acesso às dependências da Casa, o que também se deu no âmbito da Câmara dos Deputados (Ato da Mesa 118/20), do Supremo Tribunal Federal (Resolução n. 663/2020), dentre diversos outros órgãos públicos, inclusive desta edilidade paulistana, por meio do Ato n. 1.462, de 16 de março de 2020 e da própria Prefeitura do Município de São Paulo (**Decreto n. 59.283/2020**), que declarou situação de **emergência neste município, para enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus**.

Aliás, ainda no âmbito deste legislativo, determinou-se a suspensão, por 30 (trinta) dias, da prestação dos serviços de forma presencial (Ato n. 1.464/2020).

O avanço da pandemia é tão deletério, que medidas extremas foram adotadas pelo Brasil, inclusive no Estado de São Paulo, através da edição do Decreto n. 64.881, de 22 de março de 2020, em que restou decretada **medida de quarentena no Estado de São Paulo**, consistente em restrição de atividades de maneira a evitar possível contaminação ou propagação do coronavírus (artigo 1º, *caput*), restando recomendado que *a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais* (artigo 4º).

E a Resolução n. 3, de 17/03/2020, desta edilidade, procedeu a alterações no Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo, prevendo a suspensão de sessões ordinárias e reuniões ordinárias de comissões enquanto perdurar a situação emergencial de saúde pública em razão da Covid-19 (artigo 4º-F), além de estabelecer que **“Enquanto perdurar a situação emergencial de saúde pública da Covid-19, os projetos de lei do Executivo e do Legislativo que versarem sobre essa matéria tramitarão em regime de urgência e poderão ser deliberados por meio do sistema virtual, em sessões extraordinárias”** (artigo 4º-D – destaque nosso).

Em adição, por meio do Precedente Regimental n. 1/2020, subscrito pelo Exmo. presidente desta Casa, estabeleceu-se rito especial para aprovação de projetos que tratem de matérias relacionadas ao coronavírus, o qual se dá por meio do Sistema de Plenário Virtual (SPV) ou meio eletrônico equivalente, inclusive para fins de emissão de parecer pelas respectivas comissões.

3. DA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS VIRTUAIS ENQUANTO PERDURAR A SITUAÇÃO EMERGENCIAL DE SAÚDE PÚBLICA DO COVID-19, NOS PROJETOS DE LEI QUE VERSAREM SOBRE REFERIDA MATÉRIA.

A despeito da prescrição inserta no item 7 do Precedente Regimental n. 1/2020 – que dispensa, de forma excepcional, a obrigatoriedade de realização de audiências públicas nas matérias previstas no artigo 41 da Lei Orgânica do Município de São Paulo – face ao **grave quadro indicado no item anterior**, entendo que as audiências públicas obrigatórias nos projetos de lei que regulem as matérias previstas no artigo 41 da LOMSP, e que tenham relação com a Covid-19, poderão ser realizadas em sistema virtual, desde que observadas as regras aplicáveis às sessões presenciais, garantindo-se, então, efetiva **oportunidade de participação da sociedade civil, por meio de prévios comunicados acerca da ocorrência das mesmas (no mínimo, com observância do artigo 86, inciso II do Regimento Interno da CMSP, sem prejuízo de se dar publicidade em outros canais, especialmente digitais), bem como de efetiva oitiva das manifestações populares no curso das mesmas, inclusive com**

eventuais ponderações favoráveis ou desfavoráveis a respeito dos pontos apresentados, por meio de canais digitais previamente indicados.

De fato, como constante do item I acima, o intento da realização das audiências públicas é o atendimento ao princípio da **transparência** (conhecimento prévio do texto que será objeto de debate) e da **efetiva participação popular**, por meio da outorga de ciência prévia à população do formato, horário e demais detalhes em que serão realizadas, além dos canais de participação (forma de envio de mensagens, recebimento de respostas, dentre outros). No **atual quadro pandêmico, a opção dos debates presenciais resta totalmente inexecutável**, o que não pode inviabilizar, todavia, a votação de projetos de lei que tratam tema afeto à Covid-19 mas, concomitantemente, tenham por objeto as matérias especificadas no artigo 41 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, lembrando-se que a Resolução 03/2020 desta edilidade prescreveu que

“Enquanto perdurar a situação emergencial de saúde pública do Covid-19, os projetos de lei do Executivo e do Legislativo que versarem sobre essa matéria tramitarão em regime de urgência e poderão ser deliberados por meio do sistema virtual, em sessões extraordinárias” (artigo 4º-D – destaque nosso).

Nessas hipóteses, na mesma linha do Precedente Regimental n. 01/2020, **poderá ser utilizado sistema virtual para fins de realização das audiências públicas obrigatórias, desde que apto à efetiva garantia de participação popular, com a incidência das mesmas regras aplicáveis às audiências presenciais, inclusive encaminhamento prévio de convites, adaptando-as aos sistemas virtuais que serão utilizados** (v.g., Facebook, Instagram, YouTube, dentre outros).

Aliás, consta do *site* desta edilidade que as audiências públicas já vêm sendo transmitidas em formato *on-line* (www.saopaulo.sp.leg.br/blog/transmitida-online-audiencia-publica-permite-participacao-popular/).

E a Assembleia Legislativa do Piauí, exatamente em decorrência da pandemia do Coronavírus realizou audiência pública virtual no dia 1º de abril de 2020 (www.alepi.pi.gov.br/noticiasConteudo_inc.php?idNoticia=10092). Na mesma senda, a Câmara Municipal de Campinas designou para o próximo dia 7 de abril as duas primeiras audiências públicas por Sistema de Deliberação Remota (SDR), ***com participação dos vereadores por meio de teleconferência e com os cidadãos acompanhando a reunião pela TV Câmara e se manifestando pela internet e por WhatsApp***, sendo certo que indicou em seu *site* que tal se dá em virtude da pandemia do Coronavírus,

“[...] razão pela qual as votações passaram a ser feitas, desde a semana passada, por meio de reuniões extraordinárias de deliberação remota. E em uma destas reuniões os vereadores aprovaram estender este tipo de

deliberação às audiências públicas de caráter urgente, que não possam aguardar a normalização da situação da pandemia, emergência epidemiológica, calamidade pública ou de outras situações extremas de força maior.” (www.campinas.sp.leg.br/comunicacao/noticias/2020/marco/camara-marca-audiencia-publica-remota-sobre-alteracoes-do-camprev-para-a-manha).

Outrossim, o **Regimento Interno da Câmara Municipal de Bragança Paulista**, em razão de alteração levada a efeito pela Resolução n. 09/2017 já prevê que:

“Art. 62-A. Assegurar-se-á, em todas as sessões das comissões e audiências públicas realizadas na sede desta Câmara Municipal, a participação presencial e/ou virtual dos munícipes.

Parágrafo único. A participação virtual, a que se refere o *caput* deste artigo, será garantida mediante a disponibilização de endereço eletrônico para que internautas e telespectadores enviem questões, as quais serão:

I – recebidas por servidor designado para esse fim e encaminhadas a quem estiver presidindo a comissão ou audiência;

II -lidas por quem estiver presidindo a comissão e/ou audiência, precedidas da identificação das pessoas que perguntam e da pessoa a quem são dirigidas;

III – encaminhadas ao destinatário quando não respondidas em razão do esgotamento do tempo da sessão ou audiência pública.”

Em seu *site* (www.camarabp.sp.gov.br/noticia/1137/camara-toma-medidas-para-contencao-do-coronavirus), esclarece a Câmara Municipal, exatamente em decorrência da pandemia do coronavírus:

“[...] A Câmara seguirá realizando as transmissões ao vivo das Comissões Permanentes e Sessões Ordinárias. A população segue com a possibilidade de interação *on-line* nas Comissões Permanentes, onde pode enviar suas dúvidas e apontamentos aos vereadores, para que sejam debatidos em tempo real. Para acompanhar os trabalhos do Legislativo, basta acessar o *site* www.camarabp.sp.gov.br, ou os canais nas redes sociais: YouTube (www.youtube.com/camarabraganca) e Facebook (www.facebook.com/camarabraganca-paulista/). Os questionamentos durante as comissões podem ser encaminhados via *e-mail* (dcic@camarabp.sp.gov.br) ou pela página do Facebook da Câmara (www.facebook.com/camarabragancapaulista).

A **Prefeitura Municipal de Goiânia**, de igual modo – também em decorrência da pandemia – realizará, de forma eletrônica, a **audiência pública**

sobre a LDO de 2021. Segundo informa em seu *site* (www12.goiania.go.gov.br/goiania-realiza-audiencia-publica-eletronica-sobre-a-ldo-2021/),

“A deliberação sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) será interativa, por meio de páginas oficiais da prefeitura no Facebook e no Instagram. A transmissão, ao vivo e simultânea, ocorre na próxima segunda-feira, 6, às 10 horas. As discussões em ambiente virtual respondem ao que preconiza a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e, ao mesmo tempo, respeita o isolamento social preventivo determinado pelo Governo de Goiás, por meio do Decreto Estadual n. 9.637, e a situação de emergência em saúde pública, reconhecida em Goiânia no dia 13 de março através do Decreto n. 736. Ambas resoluções são respostas à pandemia provocada pelo novo Coronavírus (Covid-19).”

E a própria Câmara dos Deputados já permite que usuários participem de audiências públicas de suas comissões pela internet, sem a necessidade de se deslocarem a Brasília, aumentando o acesso dos cidadãos ao debate legislativo (www2.camara.leg.br/transparencia/servicos-ao-cidadao/participacao-popular-audiencias-interativas).

Resta, portanto, demonstrada a possibilidade de realização de audiências públicas obrigatórias (artigo 41 LOMSP) em ambiente virtual, na atual situação emergencial de saúde pública decorrente da pandemia do coronavírus (Covid-19), para os projetos de lei que tenham por objeto regulamentações decorrentes da Covid-19, com caráter de urgência, respeitados os requisitos acima indicados.

Todavia, recomendo que se proceda à alteração de atos normativos vigentes tendentes a expressar tal possibilidade de forma prévia à realização de tais audiências em formato virtual.

É o que entendo, s.m.j., submetendo à apreciação superior.

São Paulo, 2 de abril de 2020.

Andréa Rascovski Ickowicz
Procuradora Legislativa CMSP
OAB/SP 130.317

Parecer JUD n. 001/2020

Ref.: e-mail da Sra. Procuradora Chefe enviado em 25 de março de 2020

Assunto: procedimentos para fins de adequação (*compliance*) à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018).

Sra. Procuradora Chefe,

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Secretário Geral Administrativo desta edilidade solicitando

“[...] análise, parecer, e eventual minuta de Ato da Mesa, se for o caso, apontando **eventuais medidas a serem adotadas pela Câmara Municipal de São Paulo para adequação às normas de proteção de dados pessoais sensíveis em face da proximidade da entrada em vigor, no mês de agosto p.f., da denominada Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, Lei Federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.**”

Ainda, especifica que requer expressa análise, para fins de adaptação às rotinas desta Casa, no que tange à aplicação dos artigos 11 (tratamento de dados pessoais sensíveis) e 23 a 30 (tratamento de dados pessoais pelo Poder Público) da norma em foco, especificamente quanto às rotinas de armazenamento de dados de terceiros (contratos e escola do Parlamento), bem como com relação aos dados sensíveis de funcionários e servidores (SGA.1 e SGA.8). Outrossim, aponta a necessidade de se indicar

“eventuais implicações da LGPD no tocante a dados publicamente disponibilizados no Portal de Transparência da Casa pelo CTI, ou informados mediante solicitações junto à Ouvidoria, haja vista a Lei de Acesso à Informação e normas que a regulamentam no âmbito do Município e desta Casa.

, além de esclarecimento quanto às responsabilidades envolvidas.

Com o fito de nortear os questionamentos apresentados, a matéria será analisada nos tópicos que seguem.

A. Do escopo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Lei nº n. 13.709, de 14 de agosto de 2018

A **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III), em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 12, já previu:

“Artigo 12 – **Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação.** Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

E a Carta Magna vigente estabelece, dentre os direitos e garantias fundamentais:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X – são **invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
(...).”

Já o instrumento do *habeas data* (art. 5º, LXXII da Constituição Federal) assegura o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, inclusive para fins de retificação.

Na mesma senda, diversas normas infraconstitucionais, decorrentes de tais princípios, asseguram a privacidade, a intimidade, a veracidade e o acesso dos direitos da personalidade da pessoa natural, *v.g.*, artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor; artigos 11, 12, 16, 17 e 21 do Código Civil; art. 3º, inc. IX da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97); artigo 313-A do Código Penal; artigo 5º da Lei n. 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo); artigo 31 da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011); Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), dentre outras.

Todavia, apenas com a edição da **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018)** o Brasil passou a contar com **legislação específica tendente à proteção de dados pessoais e privacidade das pessoas naturais em plataforma física, digital ou qualquer outro meio**, regulamentando a matéria de forma específica e sistematizada, detalhando-a nos seus 65 artigos e criando mecanismos capazes de conferir efetividade ao novo regime jurídico no país – o que se deu como decorrência de verdadeira pressão internacional, especialmente da Europa, que desde 25 de maio de 2018 editou a denominada **General Data Protection Regulation (GDPR)**,

a partir da qual impediu-se que empresas europeias mantivessem contratos com empresas em países que não dispusessem de **nível de proteção adequado de dados pessoais** – regra essa que incluía o Brasil.

De se relembrar que a regulamentação europeia – que ensejou a tramitação urgente da legislação brasileira em apreço – também foi pressionada pelos escândalos de vazamento de dados da rede social Facebook, em que a empresa Cambridge Analytica utilizou dados dos usuários para que pudessem fazer uma campanha política mais assertiva e customizada nas eleições americanas de 2016. Nesse passo, a segurança de dados e a privacidade passaram a ser pautas recorrentes, haja vista que a informação passou a se caracterizar como um dos ativos mais valiosos para as organizações de todo o mundo, sejam elas públicas ou privadas, sendo imprescindível a edição de legislação específica no Brasil com o intento de proteger os dados dos respectivos titulares e definir responsabilidades relativas ao tratamento dos mesmos.

Aliás, após a edição da Lei Geral de Proteção de Dados ora em análise, no início de julho de 2019, o Plenário do Senado Federal aprovou a **Proposta de Emenda à Constituição n. 17, de 2019**, que inclui expressamente ao texto constitucional o direito à proteção de dados pessoais em seu artigo 5º, inciso XII (elevando-o, especificamente, ao patamar de direito fundamental). Tal emenda ainda pende de apreciação no âmbito da Câmara dos Deputados.

Tem-se, portanto, que a despeito da causa econômica que ensejou a edição da norma em apreço – pretendendo tornar o Brasil um país confiável sob o aspecto da segurança jurídica – a norma tem por foco a proteção da privacidade e intimidade das pessoas naturais, tão imprescindível no mundo atual, com o aumento exponencial de processamento de dados, inteligência artificial e compartilhamento de informações.

B. Da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

A entrada em vigor da Lei n. 13.709/2018 restou estabelecida em seu artigo 65, com as alterações da Lei n. 13.853/2019, nos seguintes termos:

“Art. 65. Esta Lei entra em vigor:

I – dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 59-B; e

II – 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos.

Depreende-se, pois, que as disposições relativas à criação e regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD – artigos 55-A a 55-L), a quem compete as amplas atribuições estatuídas em seu artigo 55-J (orientar, fiscalizar e

aplicar penalidades), bem como as normas relativas à instituição do denominado Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (artigos 58-A e 58-B) entrariam em vigor já em 28 de dezembro de 2018 (artigo 65, inciso I) – todavia, até a presente data, não foram formalmente instituídos.

Com relação às demais disposições (artigo 65, inciso II) – que ora nos interessam – a despeito da divergência doutrinária a respeito da matéria, a maioria entende que a **entrada em vigor** se daria em **16 de agosto de 2020**.¹ Todavia, a **Medida Provisória n. 959, publicada no dia 29 de abril p.p.**, em seu artigo 4º, alterou o inciso II do artigo 65 da LGPD, postergando a entrada em vigor dos “*demais artigos*” para **3 de maio de 2021** – o que decorreria da **pandemia do coronavírus**.

Aliás, concomitantemente à entrada em vigor da Medida Provisória n. 959/2020, encontra-se em tramitação outras propostas legislativas semelhantes, inclusive deflagradas antes da eclosão do coronavírus, haja vista as dificuldades das empresas públicas e da administração pública para fins de adaptação às novas normas de proteção de dados, além da ausência de efetiva criação, até a presente data, da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – entidade governamental que, como apontado, deverá nortear e validar a implementação dos sistemas de *compliance* em matéria de proteção de dados pessoais.

Com efeito, como bem esclarecido em artigo do causídico Alex Mecabo,² os seguintes projetos de lei em tramitação também tratam da prorrogação da *vacatio legis* da LGPD: **PL n. 5.762/2019**, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, estabelecendo como início de vigência a data de 15 de agosto de 2022; **PL n. 1.027/2020**, de iniciativa do Senador Otto de Alencar, pretendendo a postergação da vigência para 22 de fevereiro de 2022; **PL n. 6.149/2019**, de autoria do Deputado Federal Mário Heringer, sugerindo a progressividade temporal no *enforcement* punitivo da lei e, ainda, o **PL n. 1.179/2020**, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19), que propõe o início da vigência da LGPD para 1º de janeiro de 2021 e, quanto ao capítulo das sanções, para agosto de 2021.

Tal quadro denota que a medida provisória que fixou a entrada em vigor da LGPD para 3 de maio de 2021 atropelou as discussões que já vinham sendo levadas a efeito no âmbito do Parlamento Nacional, sem olvidar que na hipótese da mesma não ser convertida em lei no prazo máximo de 120 dias (artigo 62, § 3º da CF), perderá eficácia e, conseqüentemente, será restabelecido o prazo de início de vigência previsto originariamente (agosto de 2020).

Todavia, face **à atual normatização**, o início de vigência das normas da LGPD que nos interessam apenas **entrarão em vigor a partir do dia 3 de maio de**

1. COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 251.

2. *Postergação da vigência da LGPD: um remédio necessário?*. Disponível em: www.conjur.com.br/2020-mai-01/direito-civil-atual-postergacao-vigencia-lei-geral-protecao-dados-remedio-necessario.

2021. Nesse passo, esclarece-se que será mantido acompanhamento da tramitação das demais proposições indicadas, bem como com relação à conversão da Medida Provisória n. 959/2020 em lei, comunicando-se eventual alteração nessa matéria à alta Administração desta Casa Legislativa.

Outrossim, não é demais apontar que, independentemente da entrada em vigor das disposições em questão, **esta Casa Legislativa deve proceder a uma verdadeira mudança cultural organizacional com relação à proteção de tratamento dos dados pessoais em todos os setores desta Casa, haja vista que o projeto de adequação à LGPD tem caráter multidisciplinar, multissetorial e impacto no órgão público como um todo, não sendo tema exclusivo do âmbito jurídico ou de segurança da informação.**

C. Da incidência, fundamentos gerais, definições básicas e princípios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)

C.1. Da incidência da LGPD no âmbito do setor público

Da simples leitura do artigo 1º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018) depreende-se que o foco de proteção da norma jurídica é a pessoa natural (seres humanos), **contra o tratamento ilegal de seus dados pessoais que possam acarretar prejuízo aos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade**, realizados por qualquer pessoa, seja ela outra pessoa natural ou **pessoa jurídica de direito público** ou privado – **onde se insere, portanto, este Legislativo Paulistano**. Apenas nos casos pontuais descritos no artigo 4º da norma em estudo não haverá incidência de seus ditames,³ hipóteses essas em que, a princípio, não se inserem os dados tratados no âmbito desta edilidade.

3. “I – realizados por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II – realizado para fins exclusivamente:

a. jornalístico e artísticos; ou

b. acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III – realizado para fins exclusivos de:

a. segurança pública;

b. defesa nacional;

c. segurança do Estado; ou

d. atividades de investigação e repressão de informações penais; ou

IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.”

E a fim de que não restem dúvidas a respeito de sua incidência no âmbito da administração pública municipal, o parágrafo único do **artigo 1º da LGPD** é expresso ao afirmar que as normas previstas em tal diploma são de **interesse nacional**, com **observância obrigatória por parte dos Municípios** integrantes da Federação, aplicável a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa jurídica direito público, independentemente do meio empregado, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional, tendo por objeto dados de indivíduos localizados em tal território ou nele coletados (artigo 3º).

Mas não é só. Como bem lembrado na consulta em apreço, há capítulo próprio na norma em análise intitulado “Do tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público” (Capítulo IV – artigos 23 a 30), inclusive com imposição de responsabilidades específicas (artigos 31 e 32). Aliás, nesse particular, cabe indicar que, inserindo-se a edilidade paulistana como Poder integrante da Administração Pública Direta (artigo 1º, inciso I da Lei Acesso à Informação – Lei n. 12.527/2011) – não atuando, portanto, em regime de mercado ou concorrencial – há que se aplicar o capítulo indicado. Sobre essa questão, esclarece a advogada dra. Angela Maria Rosso, em artigo intitulado “LGPD e setor público: aspectos gerais e desafios”:⁴

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

Por isso, verificada a necessidade de tratar dados pessoais, primordialmente deve o ente público identificar sob qual condição atua, uma vez que as consequências de atuar em regime concorrencial ou regime de finalidade pública são diferentes, desde os requisitos a serem atendidos até as sanções previstas em eventual desrespeito à lei.”

4. Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/300585/lgpd-e-setor-publico-aspectos-gerais-e-desafios.

Indubitável, portanto, a aplicação cogente da LGPD no âmbito desta entidade, já que qualificada como Poder integrante da Administração Pública Direta Municipal, tendo dentre suas responsabilidades o tratamento de dados pessoais nas diversas fases de seu ciclo, com o fito de desempenhar suas competências/obrigações constitucionais, legais e contratuais (artigo 23, *caput* da LGPD).

C.2. Dos fundamentos gerais, definições básicas e princípios da LGPD

O artigo 2º da norma em análise estatui como fundamentos da proteção dos dados pessoais: *i. o respeito à privacidade; ii. a autodeterminação informativa; iii. a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; iv. a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; v. o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; vi. a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e vii. os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.*

Nesse passo, com o intuito de preservar tais fundamentos, ao se proceder ao tratamento de dados devem ser observadas as regras estabelecidas na norma em estudo, a qual fixa as seguintes **definições** para fins de sua aplicação (**artigo 5º**):

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

II - **dado pessoal sensível**: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III – **dado anonimizado**: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV – **banco de dados**: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

V – **titular**: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

VI – **controlador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII – **operador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII – **encarregado**: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);

IX – **agentes de tratamento**: o controlador e o operador;

X – **tratamento**: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XI – **anonimização**: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

XII – **consentimento**: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

XIII – **bloqueio**: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guardo do dado pessoal ou do banco de dados;

XIV – **eliminação**: eliminação de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado;

XV – **transferência internacional de dados**: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro;

XVI – **uso compartilhado de dados**: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

XVII – **relatório de impacto à proteção de dados pessoais**: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

XVIII – **órgão de pesquisa**: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico; e

XIX – **autoridade nacional**: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional.

Relativamente às definições legais acima transcritas, há que se apontar que a definição de “dado pessoal” fixada pela norma (artigo 5º, inciso I) adotou o critério expansionista, ou seja,

“não define apenas como pessoais os dados que, imediatamente, identifiquem uma pessoa natural (viés do critério reducionista), como poderia ser informações como o nome, número do CPF, imagem, etc., mas abarcou também os **dados que tornam a pessoa identificável de forma não imediata ou direta.**”⁵.

No que tange à definição de “tratamento” de dados pessoais (artigo 5º, inciso X), cabe apontar que o rol é meramente exemplificativo, e não taxativo, haja vista que utiliza a dicção “*toda operação*” e “*como*” – o que inclui, então, qualquer ato praticado com o dado pessoal (não apenas o sensível), ainda que, eventualmente, não explicitado na disposição legal indicada.

Outrossim, o **artigo 6º** da norma é claro ao explicitar os **princípios** a serem observados nas **atividades de tratamento de dados pessoais**, sempre com a observância da **boa-fé** (honestidade, lealdade e transparência) – princípio esse já positivado anteriormente no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90 – artigo 4º, inciso III) e no Código Civil de 2002 (artigos 113 e 422). São assim, então, fixados os princípios para fins de tratamento dos dados pessoais:

- I – **finalidade**: realização do tratamento para **propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular**, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- II – **adequação**: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III – **necessidade**: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- IV – **livre acesso**: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais;
- V – **qualidade dos dados**: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- VI – **transparência**: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

5. COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei Geral de Dados Pessoais comentada*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 74.

VII – **segurança**: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
VIII – **prevenção**: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
IX – **não discriminação**: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
X – **responsabilização e prestação de contas**: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Colocados tais parâmetros estabelecidos na LGPD – e tendo em conta a impossibilidade de aprofundamento do tema por meio de simples parecer - passa-se à análise prática do questionamento em foco, tendente a direcionar caminhos que ensejem a adequação deste Legislativo paulistano ao novo arcabouço jurídico de proteção de dados pessoais.

D. Das providências a serem adotadas para fins de adequação à LGPD

Na senda do quanto já exposto, a edilidade paulistana, na qualidade de custodiante de dados pessoais tendentes ao cumprimento de suas competências constitucionais, legais e contratuais, deve fornecer a **SEGURANÇA** necessária para proteger tais dados, seja quanto a sua **disponibilidade, integridade, confidencialidade e autenticidade**, em todas as fases de tratamento dos dados pessoais dentre as quais a coleta, a produção, a recepção, a classificação, a utilização, acesso, a reprodução, a transmissão, a distribuição, o processamento, o arquivamento, o armazenamento, a eliminação, a avaliação ou o controle da informação, a modificação, a comunicação, a transferência e a difusão ou a extração (artigo 5º, inciso X da LGPD).

E a adoção de **medidas de segurança** reclamadas pela LGPD (**artigo 6º, inciso VII e 46**) não se circunscrevem a âmbitos determinados de atuação, não se caracterizando como tema exclusivo da área jurídica ou de segurança da informação. A **responsabilidade é do órgão público como um todo** – no caso, a edilidade paulistana – constituindo um verdadeiro **projeto estruturante**, a ser desenvolvido e gerenciado pelo próprio órgão haja vista que o cumprimento e as adaptações às novas normas devem se dar no dia a dia, envolvendo aqueles que, em menor ou maior grau, estejam envolvidos com qualquer fase do ciclo de vida dos dados pessoais, sensíveis ou não.

Nesse sentido, consta do *Guia de Boas Práticas para Implementação na Administração Pública Federal – LGPD*,⁶ elaborado pelo Comitê Central de Governança de Dados no âmbito do Governo Federal (Decreto n. 10.046/2019), com a primeira versão datada de 23 de março p.p.:

“Nesse contexto, este documento tem como objetivo fornecer orientações de boas práticas aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional para as operações de tratamento de dados pessoais, conforme previsto no art. 5º da LGPD.

Inicialmente a adequação dos órgãos e entidades em relação à LGPD envolve uma transformação cultural que deve alcançar os níveis estratégico, tático e operacional da instituição. Essa transformação envolve: considerar a privacidade dos dados pessoais do cidadão desde a fase de concepção do serviço ou produto até sua execução (Privacidade by Design); e promover ação de conscientização de todo corpo funcional no sentido de incorporar o respeito à privacidade dos dados pessoais nas atividades institucionais cotidianas...”

E como bem analisado pela Sra. Procuradora Legislativa, dra. Djenane Ferreira Cardoso Zanlochi, na qualidade de procuradora integrante do Setor Jurídico-Administrativo, em **parecer acerca de matéria idêntica à ora em apreço** – inclusive encaminhado a mim por essa d. chefia – para fins de adaptação às normas prescritas pela LGPD faz se mister que, **inicialmente**, se proceda ao **mapeamento dos dados pessoais, sensíveis ou não, em qualquer meio (físico, digital, nuvem etc.), objeto de tratamento por esse Legislativo**. Sugere-se que tal levantamento, e posteriores atos de **análise de seu curso e execução de orientação e/ou aplicação de medidas de segurança**⁷ (artigo 46 da LGPD) aos dados pessoais levantados seja efetivado, de forma organizada, por grupo de servidores designados para tanto, preferencialmente representantes de todas as áreas meio e fim deste Legislativo (podendo inclusive se utilizar do Comitê Gestor de Segurança da Informação – Ato n. 1429/19).

Assim, **aliada às providências e esclarecimentos já detalhados no brilhante parecer mencionado** – que bem pontuou todas as questões objeto da consulta e que serão ainda melhor definidas e dimensionadas no processo de adaptação que deverá ser iniciado neste Legislativo –, sugiro, de início, a adoção das seguintes diretrizes:

1. Acolher como norte, naquilo que for aplicável (vez que o Legislativo não atua na execução de políticas públicas), para início dos trabalhos de adaptação à LGPD no âmbito desta edilidade o *Guia de Boas Práticas para Implementação da LGPD na Administração Pública Federal*, editado em

6. Disponível em: www.gob.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf.

7. Adoção de medidas técnicas e administrativas aptas.

primeira versão em 23 de março p.p., elaborado pelo Comitê Central de Governança de Dados instituído pelo Decreto Federal n. 10.046, de 9 de outubro de 2019 (www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf – cópia anexa);

2. Proceder-se à indicação dos **agentes de tratamento no âmbito deste Legislativo**, quais sejam, **controlador** (artigo 5º, inciso VI – pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais) e **operador** (artigo 5º, inciso VII – pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador). Posteriormente, controlador e operador deverão indicar o **encarregado**, para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autoridade essa ainda não instituída até a presente data; sendo recomendada a estruturação de uma área de profissionais que futuramente auxiliem o encarregado no cumprimento de suas competências;
3. Adotar medidas sob as seguintes dimensões⁸:
 - **estratégica** – com definição de medidas de adequação do referencial estratégico aos princípios estabelecido no artigo 6º da LGPD;
 - **organizacional** – definindo uma estrutura organizacional multidisciplinar e que seja suficiente para apoiar a implementação de medidas de adequação definidas pelo plano estratégico – iniciando-se por meio do mapeamento dos dados;
 - **operacional** – fixando as medidas de adequação, inclusive com mudanças das já aplicadas, que deverão ser incorporadas aos processos organizacionais que lidam ou afetam os dados pessoais custodiados por este Legislativo. Nesse ponto deverão ser analisados todos os ativos organizacionais existentes nesta edilidade (bases de dados, documentos, equipamentos, locais físicos, pessoas e sistemas) em que se procedem a tratamentos de dados no decorrer de todo o seu ciclo de vida, até sua eventual eliminação;
 - **comunicacional** – explicitando ações de disseminação de conhecimento, conscientização e treinamento relacionado ao tema de proteção de dados neste Poder Legislativo. Promover ampla divulgação das medidas de adequação que serão implementadas, incorporando o tema de proteção de dados pessoais no dia a dia dos servidores em geral.
4. Elaborar o **Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais** previsto no artigo 5º, inciso XVII da LGPD, independentemente de solicitação

8. Cf. orientação do curso *on-line* disponibilizado pela Escola Virtual.Gov, desenvolvido pela Escola Nacional de Administração Pública, sob o tema “Proteção de Dados Pessoais no Setor Público”. Disponível em: www.escolavirtual.gov.br/curso/290.

futura por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, outorgando então visibilidade e transparência à efetiva adequação (*compliance*) do Legislativo paulistano à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. É o que recomendo, s.m.j., submetendo à apreciação superior.

São Paulo, 6 de maio de 2020.

Andréa Rascovski Ickowicz
Procuradora Legislativa CMSP
OAB/SP 130.317

Ref.: Pareceres JUD n. 1/2020, Parecer ADM 33/2020 e Parecer SLC n. 65 /2020
Solicitação de SGA em 24 de março de 2020
Assunto: **Aplicações da LGPD no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo**

À SGA.

Sr. Secretário-Geral Administrativo,

Encaminho os bem-lançados pareceres elaborados pelo Setor Jurídico-Administrativo, em especial pela excelente abordagem trazida pela lavra da Dra. Djenane Ferreira Cardoso Zanlochi, pelo Setor de Licitações e Contratos, da lavra da Dra. Danielle Piacentini Stivanin, bem como considerações acrescentadas pela Dra. Andrea Rascovski Ickowicz, membro do comitê responsável pela Política de Segurança da Informação da Câmara, instituída pelo Ato n. 1.429, de 26 de março de 2019.

Trata-se de sugerir a adoção de medidas a fim de dar cumprimento à Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito da edilidade paulistana. Em apertada síntese, recomenda-se:

- I. **Mapeamento dos dados pessoais, sensíveis ou não, em qualquer meio (físico, digital, nuvem etc.), objeto de tratamento por este legislativo.** Sugere-se que tal levantamento, e posteriores atos de **análise de seu curso e execução de orientação e/ou aplicação de medidas de segurança**⁹ (artigo 46 da LGPD) aos dados pessoais levantados seja efetivado, de forma organizada, por grupo de servidores designados para tanto, preferencialmente representantes de todas as áreas meio e fim deste legislativo (podendo inclusive se utilizar do Comitê Gestor de Segurança da Informação - Ato n. 1429/19).
- II. Assim, **aliado às providências e aos esclarecimentos já detalhados no parecer ADM 33/20, bem como às sugestões trazidas no bojo do Parecer SCL 65/2020**, que bem pontuou todas as questões que são objeto da consulta e que serão ainda melhor definidas e dimensionadas no processo de adaptação que deverá ser iniciado neste legislativo – sugere-se, de início, a adoção das seguintes diretrizes:
 1. Acolher como norte, naquilo que for aplicável (vez que o Legislativo não atua na execução de políticas públicas), para início dos trabalhos de adaptação à LGPD no âmbito desta edilidade o **“Guia de Boas Práticas para Implementação da LGPD na Administração Pública Federal”**, editado em primeira versão em 23 de março p.p., elaborado pelo Comitê Central de Governança de Dados instituído pelo Decreto Federal n. 10.046, de 9 de outubro de 2019 (www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf – cópia anexa);

9. Adoção de medidas técnicas e administrativas aptas.

2. Proceder-se à indicação dos **agentes de tratamento no âmbito deste legislativo**, quais sejam: **controlador** (artigo 5º, inciso VI – pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais) e **operador** (artigo 5º, inciso VII – pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador). Posteriormente, controlador e operador deverão indicar o **encarregado**, para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autoridade essa ainda não instituída até a presente data; sendo recomendada a estruturação de uma área de profissionais que futuramente auxiliem o encarregado no cumprimento de suas competências;
3. Adotar medidas sob as seguintes dimensões¹⁰:
 - **Estratégica** – com definição de medidas de adequação do referencial estratégico aos princípios estabelecidos no artigo 6º da LGPD;
 - **Organizacional** – definindo uma estrutura organizacional multidisciplinar e que seja suficiente para apoiar a implementação de medidas de adequação definidas pelo plano estratégico, iniciando-se por meio do mapeamento dos dados;
 - **Operacional** – fixando as medidas de adequação, inclusive com mudanças das já aplicadas, que deverão ser incorporadas aos processos organizacionais que lidam com os dados pessoais custodiados por este legislativo ou que os afetem. Nesse ponto deverão ser analisados todos os ativos organizacionais existentes nesta edilidade (bases de dados, documentos, equipamentos, locais físicos, pessoas e sistemas) em que se procedem a tratamentos de dados no decorrer de todo o seu ciclo de vida, até sua eventual eliminação;
 - **Comunicacional** – explicitando ações de disseminação de conhecimento, conscientização e treinamento relacionado ao tema de proteção de dados neste poder legislativo. Promover ampla divulgação das medidas de adequação que serão implementadas, incorporando o tema de proteção de dados pessoais no dia a dia dos servidores em geral.
4. Elaborar o **Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais** previsto no artigo 5º, inciso XVII da LGPD, independentemente de solicitação futura por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), outorgando, então, visibilidade e transparência à efetiva adequação (*compliance*) do Legislativo Paulistano à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

10. Cf. orientação do curso *on-line* disponibilizado pela Escola Virtual.Gov, desenvolvido pela Escola Nacional de Administração Pública, sob o tema “Proteção de Dados Pessoais no Setor Público” – www.escola-virtual.gov.br/curso/290).

São as indicações que me parecem pertinentes, e que submeto à elevada apreciação de V. Sa.

São Paulo, 27 de maio de 2020.

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora-chefe legislativa
OAB/SP 106.017

Parecer nº 002/2020-ASS-FIN

Ref.: memorando FIN 024/2020.

Assunto: utilização de sistema virtual para deliberação de proposições legislativas e realização de audiências públicas.

Ementa: adoção de forma eletrônica. Sessões de deliberação e audiências públicas. Possibilidade. Quadro pandêmico de Covid-19 que impõe distanciamento social como medida profilática. Interpretação do Regimento Interno em consonância com a legislação. Alteração recomendada.

Senhora Procuradora Legislativa Chefe,

1. DA CONSULTA

Cuida-se de requerimento da Comissão de Finanças e Orçamento desta Casa Legislativa acerca da possibilidade de utilização de sistema virtual para deliberação de proposições legislativas e realização de audiências públicas. Segundo o senhor vereador presidente, tendo em vista a previsão regimental de deliberação de projetos de lei por sistema virtual em hipóteses elencadas, indaga-se se outras matérias poderiam ser assim deliberadas, bem como se audiências públicas poderiam ser realizadas pelo mesmo meio.

Vem a documentação a esta Procuradoria para manifestação.

É o relatório. Opino.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Do Processo Legislativo

A separação de poderes, largamente adotada no mundo e expressamente prevista no art. 2º da Constituição Federal, encontra suas primeiras bases teóricas na Antiguidade, mas foi a teoria desenvolvida por Montesquieu que lhe deu papel relevante para a concepção de Estado moderno e delineou a organização político-administrativa do Estado brasileiro. Para o pensador francês, identificando as três funções

estatais (administrar, legislar e julgar), necessária é a criação de órgãos distintos, autônomos e independentes entre si (Executivo, Legislativo e Judiciário) a fim de combater a concentração de poderes e preservar a liberdade individual. É cediço que realidades sociais e históricas, porém, atenuaram a separação pura e absoluta, permitindo a interpenetração entre os Poderes, cada qual exercendo funções típicas, inerentes à sua natureza, e também funções atípicas.

Legislar é função típica do Poder Legislativo. Tendo a Constituição Federal adotado uma democracia representativa para o exercício do poder político, cabe aos representantes eleitos pelo povo a tomada de decisões; no caso do Legislativo, cabe-lhes precipuamente elaborar leis (em sentido amplo) que atendam às necessidades coletivas. A atividade legiferante, por óbvio, não está adstrita a iniciativas individuais de membros do órgão legislativo e aprovação pelo plenário, havendo participação do Executivo, tanto na iniciativa quanto no veto ou sanção. Da mesma forma, a Lei Maior ainda possibilita a formação de comissões, órgãos fracionários que atuam em nome do Legislativo cuja composição deve refletir a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares da Casa, para apreciação especializada das proposições legislativas.

O exercício da função de legislar pressupõe a existência de regras procedimentais – o processo legislativo –, que consiste num conjunto de normas disciplinadoras dos atos e procedimentos a serem obedecidos pelo Legislativo na criação de normas. A Constituição Federal preconiza uma série de atos e fases (iniciativa, emenda, discussão, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação) tendentes à criação das espécies normativas. Em alguns casos, a tramitação do projeto passa por todas as fases e sem prazo definido; em outros, a deliberação pelo Legislativo é apazada; e também há aqueles em que projetos são aprovados pelas comissões, sem apreciação pelo Plenário. Também há procedimentos que não seguem totalmente os padrões da aprovação, como é o caso da lei orçamentária.¹

O processo legislativo é deflagrado por quaisquer pessoas ou órgãos listados no art. 61, e a proposta é apreciada por uma Casa Legislativa (em geral, Câmara dos Deputados) e revisada por outra (em geral, Senado Federal), antes da sanção ou veto pelo Presidente da República. Em cada uma delas, consoante o disposto no art. 58, são constituídas comissões temáticas, que se reúnem para discussão e votação pela perspectiva da área correspondente. Ato contínuo, a proposição é submetida à deliberação do plenário, na qual se reúnem todos os membros da Casa para deliberação derradeira, ocasião em que poderão ser apresentadas também emendas, de natureza supressiva, aglutinativa, substitutiva, modificativa, aditiva ou de redação. Tramitando em regime de urgência, a deliberação deve ocorrer em 45 dias, sobressaindo-se todas as demais deliberações legislativas, a teor do art. 64, § 2º.

1. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 3ª ed., Salvador: Juspodium, 2017, p. 27.

Às comissões, além de discutir e votar proposições legislativas, convocar Ministros de Estado, solicitar depoimento de autoridades e cidadãos, compete também realizar audiências públicas (art. 58, II). São espaços de debate entre autoridades públicas e sociedade civil acerca de pautas relevantes para o bem-estar coletivo. Numa democracia, a participação popular não pode ficar adstrita ao sufrágio; imperiosa também a gestão da coisa pública, e dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório permite a aferição de valores que se embatem na situação concreta. Com a construção de espaços adequados, alcança-se, dessa forma, um novo patamar de qualidade nas decisões públicas, ampliando-se o conhecimento sobre as repercussões da ação estatal em dado contexto e agregando-se o saber técnico ao saber comum.²

Ainda nos termos da Constituição Federal, o Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro (art. 57, *caput*). É possível, todavia, ocorrer convocação extraordinária em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República; ou em caso de urgência ou interesse público relevante. Na sessão extraordinária, o Legislativo somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvadas medidas provisórias em vigor e pendentes de votação (art. 57, § 7º).

A autonomia legislativa dos entes federativos, conforme consagrado entendimento do Supremo Tribunal Federal, é limitada à incidência do princípio da simetria, que consiste em seguir, tanto quanto possível, os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos. O município de São Paulo fez constar em sua Lei Orgânica regras similares. A iniciativa cabe, de forma geral, a qualquer membro ou comissão da Câmara Municipal, ao prefeito e aos cidadãos, variando requisitos a depender de emenda à Lei Orgânica ou de lei (art. 36, *caput*, e 37, *caput*). Tanto uma quanto outra requerem votação em dois turnos, quórum de aprovação variável conforme matéria (art. 36, § 2º, e 40, §§ 1º, 3º, 4º e 5º) e, eventualmente, audiências públicas (art. 41).

Tal como na Constituição Federal, na Lei Orgânica do Município de São Paulo também é prevista a constituição de comissões para deliberação de proposições legislativas, fiscalização dos atos do Executivo, convocação de Secretários Municipais, solicitação de depoimentos de autoridades e cidadãos, entre outras competências. Merece pontuar a realização de audiências públicas (art. 32, § 2º, VIII), obrigatória nas matérias que versarem sobre plano diretor; plano plurianual; diretrizes orçamentárias; orçamento; matéria tributária; zoneamento urbano; geoambiental e uso e ocupação do solo; Código de Obras e Edificações; política municipal de meio ambiente; plano municipal de saneamento; sistema de

2. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. *Governança pública: um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 236-7.

vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador; e atenção relativa à criança, ao adolescente e ao jovem (art. 41, caput). Para outras matérias, necessário o requerimento de 0,1% de eleitores do município (art. 41, § 2º). Também poderão as comissões ouvir representantes de entidades legalmente constituídas, ou representantes de, no mínimo, 1.500 eleitores do município que subscrevam requerimento, sobre assunto de interesse público, sempre que essas entidades ou eleitores o requererem (art. 32, § 3º).

Importa notar que as regras traçadas pela Lei Orgânica do Município apenas estabelecem os elementos principais do processo legislativo e não adentram, em minúcias, na forma de tramitação de proposições legislativas. Esse papel de disciplinar questões específicas é dado ao Regimento Interno, principal fonte do direito parlamentar, sendo, nesta edilidade, instituído pela Resolução 2/1991. É nele, por exemplo, que se encontram, no que se refere ao processo legislativo, normas sobre comissões (composição, trabalhos, pareceres, reuniões), plenário (uso da palavra, sessões ordinárias e extraordinárias, sessões solenes e secretas), proposições (requerimentos, moções, projetos, substitutivos, emendas), debates e deliberações (discussão, votação), entre outras.

2.2. Da Adoção da Forma Eletrônica

Como se viu, nem a Constituição Federal, nem a Lei Orgânica do Município de São Paulo se ocuparam com a possibilidade de adoção de forma eletrônica no processo legislativo. Com efeito, cuida-se de tema de natureza procedimental, sendo conveniente à própria Casa Legislativa discipliná-lo, de acordo com suas peculiaridades.

Na redação original, previa o art. 132 do Regimento Interno que as sessões da Câmara Municipal de São Paulo poderiam ser de quatro tipos, sendo as principais as ordinárias e as extraordinárias. As sessões ordinárias são os periódicos encontros de membros da Casa para uso da palavra por vereador para exposição de assunto de livre escolha (Pequeno e Grande Expediente); inclusão de projetos na pauta, convocação de secretário, constituição de comissões temporárias e monções (Prolongamento do Expediente); e discussão e votação de projetos, pareceres e recursos (Ordem do Dia) (art. 151 a 182). As sessões extraordinárias são aquelas convocadas pelo presidente, mediante requerimento de um terço de vereadores ou pelo prefeito e podem ser diurnas ou noturnas, antes ou depois das ordinárias nos próprios dias destas, ou em qualquer outro dia, inclusive domingos, feriados e dias de ponto facultativo (art. 183).

A Resolução 1, de 5 de abril de 2019, inseriu no Regimento Interno quinto tipo de sessão: a “extraordinária virtual”, para as seguintes hipóteses:

Art. 183-A. Poderão ser convocadas sessões para deliberação de matérias por sistema virtual de discussão e votação, quando se tratar de:

- I - projetos de lei que visem instituir datas comemorativas e eventos no Calendário de Eventos da Cidade de São Paulo;
- II - projetos de lei que visem denominar as vias e logradouros públicos, obedecidas as normas urbanísticas aplicáveis;
- III - projetos de decreto legislativo que visem à concessão de título de cidadão honorário ou qualquer outra honraria ou homenagem;

Aludido dispositivo inaugurou o uso da tecnologia por esta edilidade como ferramenta que concretiza o princípio da eficiência, incidente não só nas atividades administrativas, como parlamentares também. O ambiente virtual oferece a vantagem de que possa o vereador estar simultaneamente presente nele e nas sessões presenciais (§ 3º), garantindo sua participação por meio de sistema de certificação digital por período não inferior a sete dias úteis (§ 9º), ao mesmo tempo em que assegure sua atuação parlamentar na discussão das matérias (§ 5º), bem como a apresentação de substitutivos e emendas (§§ 7º e 8º). A novidade ficou restrita a proposições que, além de se tratar de uma das hipóteses previstas no *caput*, não impliquem criação ou aumento de despesa, nem se enquadrem nas hipóteses do *caput* do art. 295 (§ 12).

Posteriormente, outra hipótese de deliberação de projetos por sistema virtual foi aberta, visando a atender às restrições impostas pela pandemia da Covid-19 no cotidiano das pessoas, de conhecimento público. A Resolução 3, de 17 de março de 2020, incluiu os seguintes dispositivos no Ato das Disposições Transitórias do Regimento Interno:

Art. 4º-D. Enquanto perdurar a situação emergencial de saúde pública do Covid-19, os projetos de lei do Executivo e do Legislativo que versarem sobre essa matéria tramitarão em regime de urgência e poderão ser deliberados por meio do sistema virtual, em sessões extraordinárias.

Art. 4º-E. Inclui-se, como hipótese de motivo justo previsto no art. 111, § 1º do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo, a ausência justificada dos Vereadores maiores de 60 (sessenta) anos, gestantes e aqueles portadores de doenças crônicas ou imunodeprimidos, enquanto perdurar a situação emergencial de saúde pública do Covid-19.

Art. 4º-F. Ficam suspensas as Sessões Ordinárias e as Reuniões Ordinárias de Comissões a serem realizadas na Câmara Municipal de São Paulo pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias a partir do dia 19 de março de 2020, enquanto perdurar a situação emergencial de saúde pública do Covid-19.

§ 1º Ficam mantidas as atividades de fiscalização da atuação do Poder Executivo pelos Vereadores.

§ 2º O prazo de suspensão de que trata o *caput* do presente artigo será fracionado em três períodos de 15 (quinze) dias, podendo ser cancelada a suspensão, após cada período, mediante convocação dos Vereadores pela

Mesa Diretora.

§ 3º Ficam suspensos os prazos de funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito enquanto mantida a suspensão de que trata este artigo.

§ 4º Se a suspensão de que trata este artigo perdurar por 30 (trinta) dias ou mais, ficará suspenso o período de recesso parlamentar durante o mês de julho de 2020, conforme previsto no art. 153 do Regimento Interno.

O Precedente Regimental 1, de 20 de março de 2020, fixou o rito especial para aprovação de projetos que tratem de matérias relacionadas à Covid-19, prevendo a prática de atos pelas comissões através do Sistema de Plenário Virtual (SPV). Veja-se que tramitarão apenas projetos de lei que versarem sobre a situação de emergência de saúde pública de Covid-19, cujas deliberações se farão por sistema virtual, em sessões extraordinárias, ficando todas as sessões ordinárias e reuniões ordinárias das comissões suspensas. Cuida-se de alternativa que atende à necessidade de distanciamento social de todos, sobretudo de maiores de 60 anos, gestantes e portadores de doenças crônicas ou imunodeprimidos, que formam o grupo mais suscetível às complicações da doença que podem resultar em óbito.

Todavia, em relação à possibilidade de adoção de forma eletrônica nas reuniões, o Regimento Interno foi omissivo. Estabelece o art. 57 apenas que as comissões permanentes podem se reunir (a) ordinariamente, uma vez por semana, em dia e hora por ela designados (ou quinzenalmente, no caso de comissões extraordinárias), e (b) extraordinariamente, sempre que necessário, mediante convocação, por escrito, quando feita de ofício pelos respectivos presidentes ou a requerimento da maioria dos membros da comissão, mencionando-se, em ambos os casos, a matéria que deva ser apreciada. Também é previsto que, quando a Câmara estiver em recesso, as reuniões extraordinárias só versarão tratar de assunto relevante e inadiável (§ 1º), e que as comissões não poderão reunir-se durante o transcorrer de sessões ordinárias, ressalvadas as exceções expressamente previstas (§ 2º).

O mesmo se passa com as audiências. O art. 85 dispõe que, sem prejuízo de proposta de quaisquer dos membros da comissão ou a pedido de entidades interessadas, a providência terá lugar para projetos de lei em tramitação, nos casos do art. 41 da Lei Orgânica do Município; outros projetos de lei em tramitação, sempre que requeridas por 0,1% de eleitores do município; assunto de interesse público, especialmente para ouvir representantes de entidades legalmente constituídas e representantes de, no mínimo, 1.500 eleitores do município, sempre que essas entidades ou eleitores o requererem; e para atender o previsto no art. 320 do Regimento Interno.

Nas hipóteses obrigatórias, a teor do art. 86, as comissões poderão convocar uma só audiência englobando dois ou mais projetos de lei relativos à mesma matéria; a Mesa obrigar-se-á a promover a publicação do anúncio da audiência solicitada pela comissão competente, em pelo menos dois jornais de grande circulação; e a comissão selecionará para serem ouvidas as autoridades, os especialistas e pessoas

interessadas, cabendo ao seu presidente expedir os convites. A audiência pública deve permitir a oitiva de diversas correntes de opinião, assegurando ao autor do projeto ou convidado exposição por vinte minutos e ao vereador ou interessado interpelação por três minutos.

A interpretação dada ao Regimento no Precedente Regimental nº 1/2020 parece denotar que as audiências públicas em princípio só poderiam ser realizadas presencialmente, uma vez que preconiza em seu item 7: “Excepcionalmente, fica dispensada a obrigatoriedade de realização de audiências públicas, nas hipóteses previstas no artigo 41 da Lei Orgânica do Município de São Paulo” (item 7).

Na dicção regimental, o uso do sistema virtual, em suma, é previsto unicamente para discussão e votação de proposições legislativas de menor envergadura (art. 183-A) e relacionadas à situação de emergência provocada pela pandemia da Covid-19 (art. 4º-D do Ato de Disposições Transitórias). É sabido que medida de exceção não comporta interpretação extensiva, cingindo-se àquelas situações que se subsumem à prescrição legal. Entretanto, a análise não se esgota aí, pois o Regimento Interno nada mais é do que um conjunto de normas infralegais, cuja interpretação exige a consideração de todas as normas superiores.

2.3. Da Hermenêutica Jurídica no Contexto de Emergência de Saúde Pública da Covid-19

O ano de 2020 impôs uma nova realidade. A pandemia global da Covid-19, doença causada pelo recém-descoberto coronavírus SARS-CoV-2, obrigou países do mundo inteiro a adotarem distanciamento social, indicado pela Organização Mundial da Saúde como protocolo de prevenção e contenção da escala de contágio, com o fim de “achatar a curva de contágio da doença”, preservando a capacidade operacional do sistema de saúde, que, de outro modo, ficaria sobrecarregado com o aumento abrupto do número de infectados.

O Brasil, por óbvio, não escapou da propagação viral e, por meio da Lei Federal 13.979/2020, dispôs sobre normas de enfrentamento à Covid-19, bem como, por meio da Portaria n. 454/2020, do Ministério da Saúde, declarou estado de transmissão comunitária. Governadores e prefeitos, então, adotaram uma série de medidas restritivas, desde suspensão de aulas nas escolas, passando por interrupção de atividades culturais e esportivas, até fechamento de *shoppings*, comércios e parques, com as quais nem sempre o presidente da República manifestou concordância, instaurando-se um conflito federativo.

O Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar, considerou que todos os entes federativos possuem competência comum de polícia sanitária, a teor do art. 23, II, da Constituição Federal, razão pela qual a Medida Provisória n. 926/2020 – cuja inconstitucionalidade era arguida na ação – não afasta atos a serem praticados em nível estadual, distrital e municipal (Pleno, ADI-MC 6.341/DF, rel. Min. Marco

Aurélio, j. 15 de abril de 2020). Em outra ação (ADPF 672/DF), no dia 8 de abril de 2020, o ministro Alexandre de Moraes concedeu parcial liminar para assegurar a autonomia desses entes federativos, independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, ante a competência concorrente entre União e Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), cabendo aos municípios a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II).

O número de casos confirmados e de óbitos cresce, no Brasil, exponencialmente. O estado de São Paulo, como de conhecimento público, é o epicentro da doença no país, razão pela qual o senhor Governador determinou, por meio do Decreto Estadual n. 64.881/2020, a restrição de uma série de atividades (art. 1º, *caput*), restando recomendado que a circulação de pessoas se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais (art. 4º). No âmbito do Município de São Paulo, medidas restritivas também foram a opção do senhor prefeito, mediante Decreto Municipal n. 59.283/2020. A Câmara Municipal de São Paulo, com relação ao funcionamento de suas atividades, também seguiu o mesmo caminho, com fechamento da sede ao público (Ato n. 1.461/2020) e suspensão da atividade presencial de servidores, privilegiando-se o teletrabalho como regra (Ato n. 1.464/2020).

A restrição à aglomeração de pessoas em espaços confinados, assim, não pode ser tida como ilegal, já que tem respaldo na Lei Federal n. 13.979/2020 e também na Constituição Federal, conforme jurisprudência da Suprema Corte citada anteriormente (ADI 6.341 e ADPF 672). E, além de tudo, é necessária, de acordo com as recomendações da Organização Mundial de Saúde. As dificuldades que se impõem nas atividades parlamentares em virtude das medidas de distanciamento social precisam, pois, ser contornadas de acordo com o ordenamento jurídico. A assertiva parece intuitiva, mas merece algumas considerações.

Disse-se anteriormente que o Regimento Interno desta edilidade não prevê forma eletrônica de audiência pública, apenas de deliberação de projetos sobre matérias determinadas, o que levou à edição do Precedente Regimental n. 1/2020, dispensando-a, mesmo nas hipóteses obrigatórias previstas no art. 41 da Lei Orgânica do Município. Tal proceder, porém, não encontra eco no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto, nos termos do o art. 39 da Constituição Federal, a Lei Orgânica é a espécie normativa apta a reger o município. É defeso qualquer outra lei ou ato normativo contrariá-la.

Outras leis também preveem obrigatoriedade de audiências públicas. O Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), por exemplo, estabelece a sua realização no processo de elaboração do plano diretor (art. 39, § 4º). A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Federal n. 101/2000) também preconiza sua obrigatoriedade para avaliação de cumprimento de metas fiscais pelo Executivo (art. 9º, § 4º), bem como no processo de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos (art. 48, § 1º).

Vale destacar que o Tribunal de Justiça de São Paulo reconhece a imprescindibilidade de audiências públicas, quando a lei assim exigir, sob pena de nulidade do processo legislativo respectivo.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 714, de 05 de agosto de 2015, do Município de Atibaia, com redação dada pela Lei Complementar nº 796, de 29 de janeiro de 2019, do mesmo Município que “institui a legislação de uso e ocupação do solo da Estância de Atibaia”. Apontada ausência de participação popular. Inocorrência. Audiências Públicas que se realizaram em mais de uma oportunidade, todas precedidas de convocação por Diário da região. Oferta de Emendas ao Projeto de Lei posteriores à realização das audiências públicas que não as invalida. Audiências Públicas que tem por escopo o debate de ideias sobre o projeto pré-estabelecido para eventual alteração, suplementação ou até mesmo aperfeiçoamento da ideia original, sem caráter vinculante. Precedentes do C. Órgão Especial neste sentido. (..) Ação improcedente.” (TJSP, Órgão Especial, ADI 2146956-87.2019.8.26.0000, rel. Des. Xavier Aquino, j. 11/12/2019).

Logo **não se vislumbra que possa a Câmara Municipal de São Paulo deixar de realizar audiências públicas, mormente nas hipóteses obrigatórias.** A ausência de previsão regimental não lhe impede realizar o ato que assegure, a um só tempo, **transparência**, isto é, conhecimento prévio do texto que será objeto de debate, e **efetiva participação popular**, por meio de ciência prévia à população do formato, horário e demais detalhes em que serão realizadas, além dos canais de participação. Tendo em vista o quadro de gravíssima crise sanitária e a imprescindibilidade de se evitar aglomeração de pessoas, é inescapável o uso de ferramentas não tradicionais; o que é interditado fazer é não cumprir o comando legal.

Nesse sentido têm se manifestado diversos órgãos e entes do país. Exemplo disso é o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, por meio do Comunicado SDG nº 17/2020, de 23 de abril de 2020, orienta que os Conselhos de Saúde realizem suas reuniões e audiências públicas por meio de ferramentas tecnológicas, v.g. videoconferência, enquanto perdurar a situação de calamidade pública. Não há orientação a que as audiências públicas sejam suspensas, mesmo nos casos que envolvem o âmbito do Poder Executivo.

Também vale citar o Conselho Estadual de Meio Ambiente do Rio de Janeiro (Conema), que autorizou a realização de audiências públicas, por videoconferência, para aprovação de relatórios de Estudo de Impacto Ambiental - EIA/RIMA necessário para construção de autódromo do Rio de Janeiro. Do mesmo modo, o Conselho Diretor da Anatel, por meio de circuito deliberativo, aprovou a realização de audiência pública da proposta de Regulamento de Continuidade da Prestação

do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso Público em Geral (RCON) e da alteração do contrato de concessão, por meio de videoconferência.

No âmbito do Poder Legislativo, podem-se citar as audiências públicas por videoconferência promovidas pela Assembleia Legislativa do Estado de Piauí, em 1º de abril de 2020,³ e pela Câmara Municipal de Campinas, em 7 de abril de 2020.⁴ Mas a situação da Câmara dos Deputados merece realce, pois, a exemplo da Câmara Municipal de São Paulo, seu Regimento Interno também não dispõe sobre uso da videoconferência para a realização de audiências públicas (embora haja projetos em trâmite visando suprir a lacuna), o que não impediu que uma comissão procedesse dessa forma em 24 de março de 2020.⁵

Veja-se que não há entrave jurídico para a providência. Regimentos internos dos órgãos legislativos não se sobrepõem à lei; quando a audiência pública decorrer de exigência legal, a ela o órgão responsável não poderá se furtar. Na impossibilidade de se fazer presencialmente, a alternativa que se abre é a de se fazer remotamente, mormente por meio de plataformas digitais (como Zoom, Google Meet, Google Hangouts, Facebook, YouTube, Instagram etc.), de que o Poder Público pode se valer – observado, claro, aquela que melhor atender à lei – para transmissão do evento, bem como para interagir com espectadores.

Nesse passo, a mesma solução pode ser adotada para discussão e votação de proposições legislativas. A despeito do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo permitir o uso do sistema virtual somente quando se tratar de projetos de lei que visem instituir datas comemorativas e eventos, denominar as vias e logradouros públicos e conceder título de cidadão honorário, bem como projetos que versem sobre situação emergencial de saúde pública de Covid-19, a legislação não impede que o funcionamento do Legislativo possa contar com ferramentas digitais.

Com efeito, o processo legislativo atrai a incidência de uma série de princípios, dentre os quais o princípio da economia processual, que impõe celeridade e uso racional dos recursos disponíveis, obrigando a Casa Legislativa a executar adequadamente todas as etapas processuais, sem desperdício de tempo e trabalho. As transformações promovidas pela revolução digital nos últimos anos aproximaram todos os atores sociais, facilitando a interação entre eles, permitindo a realização remota de diversas atividades e evitando consumo de papel, energia elétrica e outros insumos. Seria contrassenso não reconhecer que o Poder Público pudesse se valer do instrumental tecnológico para aperfeiçoamento de suas ações.

3. Disponível em: <https://www.alepi.pi.gov.br/noticiasConteudo_inc.php?idNoticia=10092>. Acesso em: 30 abr. 2020.

4. Disponível em: <<https://www.campinas.sp.leg.br/comunicacao/noticias/2020/marco/camara-marca-audiencia-publica-remota-sobre-alteracoes-do-camprev-para-a-manha>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

5. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/647633-comissao-da-pec-da-2a-instancia-realiza-videoconferencia-com-jurista-hoje/>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

Entretanto, uma ressalva importante merece ser feita. É que a própria Lei Orgânica do Município de São Paulo, diferentemente do que faz com audiências públicas, relegou expressamente ao Regimento Interno a disciplina sobre sessões legislativas:

Art. 29. A Câmara Municipal reunir-se-á anualmente em sua sede, em sessão legislativa ordinária, de 1.º de fevereiro a 30 de junho, e de 1.º de agosto a 15 de dezembro.

§ 1.º A sessão legislativa ordinária não será interrompida sem a aprovação dos projetos de lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento.

§ 2.º A Câmara se reunirá em sessões ordinárias, extraordinárias ou solenes, **conforme dispuser o seu Regimento Interno.**

§ 3.º As sessões extraordinárias serão convocadas, na forma regimental, em sessão ou fora dela, e, neste caso, mediante comunicação pessoal e escrita aos Vereadores, pelo Presidente da Câmara, com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 4.º As sessões extraordinárias e solenes não serão, em hipótese alguma, remuneradas.

O disposto no art. 29, § 1º, corrobora com a liberdade que a Casa Legislativa tem para, no exercício de sua competência privativa, dispor sobre sua organização e funcionamento (art. 14, III). Essa liberdade, frise-se, foi exercida quando, diante do excepcional quadro pandêmico de dimensões globais, editou-se a Resolução n. 3/2020 para suspender as sessões ordinárias, realizando-se as extraordinárias para deliberação de projetos de lei pertinentes à Covid-19. Além disso, sendo vedada a inclusão na pauta de qualquer matéria estranha ao motivo da convocação para sessão extraordinária (art. 31, § 2º), não é possível a deliberação de projetos que não tenham relação com a atual situação de emergência de saúde pública.

É bem verdade que já assentou o Supremo Tribunal Federal que dispositivos regimentais constituem ato *interna corporis* do órgão legislativo, portanto, insindicável pelo Judiciário, por força do princípio da separação de Poderes (STF, Pleno, AgRgMS 35.581/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 15 de junho de 2018). Entretanto, no âmbito do controle interno, o exame da questão deve, inexoravelmente, considerar o disposto no Regimento Interno, em especial porque sua remissão é feita expressamente pela Lei Orgânica do Município, essa, sim, submetida a controle jurisdicional. Além do mais, deliberar matérias que não justificaram a convocação de sessão extraordinária viola também o art. 57, § 7º, da Constituição Federal, sendo perfeitamente passível de impugnação judicial.

Sem embargo, convém ressaltar que o disposto no art. 4º-D do Ato de Disposições Transitórias não constitui obstáculo intransponível à deliberação de proposituras não relacionadas à Covid-19 em sessões extraordinárias. O que se veda, nos termos regimentais, são duas situações: (i) realização de sessões ordinárias no

período de situação de emergência de saúde pública e (ii) discussão e votação de matérias diversas para as quais a Casa Legislativa foi convocada extraordinariamente. Nem o Regimento Interno, nem a legislação proíbem a realização de sessões extraordinárias para fins diversos das demandas geradas pela pandemia, o que se normalmente dá – daí o caráter extraordinário – quando há uma matéria que precisa ser deliberada urgentemente.

O Regimento Interno, como dito antes, limitou-se a admitir o uso do sistema virtual apenas nas hipóteses do art. 183-A, qualificando tais sessões de “extraordinárias virtuais”. Nesse ponto, vale observar que o termo “extraordinário” foi impropriamente empregado, pois as matérias já estão predefinidas, de modo que as sessões para sua deliberação são **genuinamente ordinárias**, diferenciando-se somente na forma. **O caráter extraordinário, em verdade, decorre das circunstâncias do caso concreto, que reclamam discussão e votação fora do período destinado para tanto e, por isso, não pode ser antevisto.** Não à toa que o art. 183, ao cuidar das sessões extraordinárias, não delimitou matérias, apenas os sujeitos competentes à sua convocação.

O cenário excepcional exige medidas excepcionais. Havendo proposições que, embora não guardem relação com a Covid-19, demandam deliberação urgente, porque visam a atender a um interesse público iminente, é autorizada a convocação de sessão extraordinária, nos termos do art. 183 do Regimento Interno. Entendimento diverso contrariaria toda a organização de normas sobre o funcionamento do Poder Legislativo, não se podendo admitir interpretações que conduzam à paralisa desta edibilidade.

Uma vez admitidas sessões extraordinárias com fundamento no art. 183, e não no art. 183-A do Regimento Interno, enquanto durar a situação de emergência, outro desafio que se coloca é a forma de deliberação. Aqui também é imperiosa uma interpretação que fuja da literalidade da norma. Despiciendo dizer que o distanciamento social como medida profilática é crucial neste momento em que infecções e óbitos crescem rapidamente e afrontaria a razoabilidade se pudessem os vereadores se reunir na sede da Câmara Municipal. As circunstâncias fáticas impedem a realização de sessão na exata dicção do art. 183.

É perfeitamente possível a aplicação da **analogia** para as sessões extraordinárias. Entende-se por “analogia” aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante. Na lição de Norberto Bobbio, “a analogia é o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é aquele mediante o qual se manifesta a tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados”.⁶ Portanto, é viável a aplicação do rito previsto no art. 183-A para o art. 183, eis que ambos os dispositivos versam sobre sessão

6. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 151.

legislativa. Se existe forma eletrônica até para sessão ordinária (que o Regimento Interno chama impropriamente de “extraordinária virtual”), quanto mais deveria existir para sessão extraordinária.

Oportuno trazer à baila o exemplo da Câmara dos Deputados, que, em 31 de março de 2020, realizou sessão com sistema de votação remota para deliberação de cinco projetos de lei,⁷ mesmo inexistindo essa forma no seu Regimento Interno. A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, desde 24 de março de 2020, também vem adotando esse sistema para deliberar projetos em sessões extraordinárias.⁸ O mesmo se dá com os estados de Sergipe⁹ e Espírito Santo,¹⁰ sempre em caráter inédito.

Igual raciocínio se aplica a **reuniões de comissões**. A ausência de previsão regimental não impede o uso do meio virtual. A única restrição é que sejam as reuniões realizadas **extraordinariamente**, “sempre que necessário, mediante convocação, por escrito, quando feita de ofício pelos respectivos Presidentes ou a requerimento da maioria dos membros da Comissão, mencionando-se, em ambos os casos, a matéria que deva ser apreciada” (art. 57, II).

Uma vez cessada a situação de emergência de saúde pública da Covid-19 e retomadas as atividades regulares da Câmara Municipal de São Paulo, a reflexão que pode ficar é sobre a possibilidade de adoção de forma eletrônica como regra, seja para sessões ordinárias, extraordinárias, solenes ou permanentes, seja para audiências públicas. Diversos pensadores têm se debruçado sobre o mundo pós-pandemia, e há um relativo consenso de que mudanças que já estavam em curso serão antecipadas, como o trabalho remoto.

Diante das excepcionais circunstâncias em que vivemos, entrevê-se que as soluções só podem ser buscadas a partir de um esforço hermenêutico do Regimento Interno. Sem prejuízo das considerações ora explanadas, é recomendável sua atualização, não só para conferir segurança jurídica e tratamento uniforme nos novos procedimentos a serem adotados, mas, sobretudo, para contemplar uma nova realidade que se abre.

7. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/649608-plenario-tem-sessao-virtual-hoje-para-votar-projetos-contr-o-coronavirus/>>. Acesso em: 4 mai. 2020.

8. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?25/03/2020/sessoes-virtuais-viabilizam-a-votacao-de-projetos-na-alesp>>. Acesso em: 4 mai. 2020.

9. Disponível em: <<https://al.se.leg.br/alese-se-prepara-para-sua-primeira-sessao-virtual/>>. Acesso em: 4 mai. 2020.

10. Disponível em: <<https://www.al.es.gov.br/Noticia/2020/03/39016/em-inedita-sessao-virtual-ales-aprova-pacote-contr-o-coronavirus.html>>. Acesso em: 4 mai. 2020.

3. DA CONCLUSÃO

Isto posto, em resposta ao requerimento da douta Comissão de Finanças e Orçamento desta Casa, opina-se pelo seguinte:

Quanto às reuniões de Comissões:

- a) durante o período de emergência, podem ser convocadas apenas reuniões extraordinárias, na forma do art. 4º-F do Ato de Disposições Transitórias do Regimento Interno;
- b) nas reuniões extraordinárias das Comissões podem ser tratadas quaisquer matérias, com fundamento nos arts. 57, II do Regimento;
- c) admite-se o sistema virtual para essas reuniões, aplicando-se analogicamente o rito previsto no art. 183-A, do Regimento Interno.

Quanto às audiências públicas:

- a) é possível a realização de audiências públicas de modo virtual em todas as matérias que tramitam em regime de urgência OU que estejam relacionadas à Covid-19. O item 7 do Precedente Regimental nº 1/2020 não tem o condão de afastar a necessidade de audiências públicas quando a Lei Orgânica a exige, e não há óbice à realização de audiências públicas de forma eletrônica, inclusive pelas mídias sociais, desde que asseguradas a transparência e a efetiva participação popular, enquanto durar a situação de emergência de saúde pública da Covid-19;
- b) para realizar audiências públicas VIRTUAIS em projetos NÃO relacionados à Covid-19 e tramitados em regime de urgência, RECOMENDA-SE ALTERAÇÃO REGIMENTAL OU AO MENOS PRECEDENTE REGIMENTAL QUE O ADMITA, conforme rito a ser observado em consonância às normas que regem o instituto das audiências públicas.

Por outro lado, a persistência da situação de emergência em saúde pública e a continuidade da recomendação de isolamento social pode recomendar a continuidade das atividades legislativas, com deliberações em sistema virtual mesmo de proposições não urgentes ou não relacionadas à Covid-19. Para tanto, além do suporte técnico, que já se mostrou eficiente, é necessária alteração do Regimento Interno para possibilitar, ao menos durante esse período, a retomada das reuniões ordinárias das Comissões, ou a adoção de forma eletrônica para todas as etapas do processo legislativo, inclusive sessões, independentemente de sua natureza, assim como a realização de audiências públicas relativas a quaisquer matérias. Nesse sentido, segue anexo, a título de sugestão, Projeto de Resolução.

É o parecer que submeto ao elevado descortino de V. S^a.

São Paulo, 4 de maio de 2020.

Renato Takashi Igarashi
Procurador Legislativo
OAB/SP 222.048

Cíntia Laís Corrêa Brosso
Procuradora Legislativa
OAB/SP 319.729

Ref.: memorando n. 016/2020 – 36º GV

Assunto: REQUERIMENTO 26/2020 da Comissão de Finanças e Orçamento.

Possibilidade de deliberação e tramitação de proposituras legislativas, de maneira geral, na forma digital e por meio de sistema virtual nas Comissões do processo legislativo, conforme deliberado na reunião de líderes ocorrida no dia 28 de abril de 2020. Legalidade para a realização de audiências públicas pelas mídias digitais e por meio do sistema virtual nas Comissões. Para a realização de audiências públicas virtuais não relacionadas à Covid-19 recomenda-se consulta à SGP e eventual projeto de resolução.

À Comissão de Finanças e Orçamentos
Sr. Presidente,

Encaminho o Parecer ASS nº 2/2020, elaborado pelo dr. Renato Takashi Igarashi e pela Dra. Cíntia Laís Corrêa Brosso, que avalizo.

Em resposta à consulta formulada, o parecer conclui em síntese que, quanto às reuniões de Comissões:

- a) durante o período de emergência, podem ser convocadas apenas reuniões extraordinárias, na forma do art. 4º-F do Ato de Disposições Transitórias do Regimento Interno;
- b) nas reuniões extraordinárias das Comissões podem ser tratadas quaisquer matérias, com fundamento nos arts. 57, II do Regimento;
- c) admite-se o sistema virtual para essas reuniões, aplicando-se analogicamente o rito previsto no art. 183-A, do Regimento Interno.

Com efeito, nos termos do art. 4º-F da Resolução nº 3/2020 ficou estabelecido:

Art. 4º-F. Ficam suspensas as Sessões Ordinárias e as Reuniões Ordinárias de Comissões a serem realizadas na Câmara Municipal de São Paulo pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias a partir do dia 19 de março de 2020, enquanto perdurar a situação emergencial de saúde pública do Covid-19 (Vide Resolução da CMSP nº 04, de 24 de abril de 2020).

§ 1º Ficam mantidas as atividades de fiscalização da atuação do Poder Executivo pelos Vereadores.

Nada obsta, portanto, a realização de reuniões extraordinárias das Comissões. Estas são tratadas no Regimento Interno no art. 57, *in verbis*:

Art. 57 - As Comissões Permanentes reunir-se-ão:

I - ordinariamente, uma vez por semana, em dia e hora por ela designados, após deliberação tomada nos termos do art. 62, e as Comissões Extraordinárias, de caráter permanente, reunir-se-ão quinzenalmente; (NR) (Redação dada pela Resolução nº 01 de 03 de abril de 2019).

II - **extraordinariamente, sempre que necessário, mediante convocação, por escrito**, quando feita de ofício pelos respectivos Presidentes ou a requerimento da maioria dos membros da Comissão, **mencionando-se, em ambos os casos, a matéria que deva ser apreciada.**

§ 1º - Quando a Câmara estiver em recesso, as Comissões só poderão reunir-se em caráter extraordinário, para tratar de assunto relevante e inadiável [...].

Portanto, tal como aludido no Colégio de Líderes, as Comissões permanentes podem se reunir extraordinariamente e tratar quaisquer das matérias previamente aludidas em sua convocação por escrito. Só haveria restrição quanto ao assunto (relevante e inadiável) se a reunião extraordinária fosse convocada no recesso (§ 1º do art. 57 do Regimento), o que não é caso.

Assim, a analogia com o art. 183-A não inclui a restrição de matérias, nem, tampouco, as mesmas ferramentas adotadas para o plenário virtual. Com efeito, nas reuniões extraordinárias individualizadas das Comissões vem ocorrendo por meio do Microsoft Teams, sem que as discussões e votações sejam feitas pelo Sistema de Plenário Virtual com e-CPF, mas de forma mais ágil por votação nominal na própria videoconferência. Desse modo, a reunião virtual reproduz a dinâmica da reunião presencial, inclusive com a possibilidade de obstrução dos trabalhos por qualquer dos membros.

Quanto às audiências públicas, o parecer ora avalizado conclui que é possível a realização de audiências públicas de modo virtual em todas as matérias que tramitam em regime de urgência OU que estejam relacionadas à Covid-19.

Todavia, considerando a persistência da situação de emergência e calamidade pública bem como as recomendações sanitárias quanto ao isolamento social, cabe acrescentar que não se vislumbra óbice à realização de audiências públicas virtuais relativas às prestações de contas de metas fiscais quadrimestrais ou a projetos que tenham prazo legal para ser aprovados, como a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

De fato, o Poder Judiciário tem respaldado sistemas virtuais que favoreçam a continuidade dos trabalhos das instituições de Estado – como os do Poder Legislativo – sempre em consonância com os princípios de ordem pública que regem o seu funcionamento. Registre-se, a propósito, trecho da decisão do I. Desembargador Jacob Valente, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,¹¹ em que ponderou:

11. Relativo à decisão na qual indeferiu liminar no Mandado de Segurança Cível nº 2052591-07.2020.8.26.0000, proposto pelo SINDSPE Sindicato dos Trabalhadores na Administração Pública e Autarquias do Município de São Paulo (SINDSPE) contra ato do Presidente da Câmara que havia decidido pautar para o dia 18 de março de 2020 o Projeto de Lei nº 749.

Com efeito, é fato mais que notório que a pandemia do covid-19 está impondo severíssimas restrições para a aglomeração de pessoas em espaços confinados, o que tem levado a medidas extremas de isolamento social, quarentenas de pessoas com sintomas suspeitos ou diagnóstico confirmado, **bem como a potencialização do trabalho em sistema de 'home office', vídeo-conferência e outros meios tecnológicos que permitam o fluxo de serviços sem o contato humano. Nesse cenário, diante das premissas da Lei Federal 13.979/2020, não se pode taxar de ilegal a decisão dos órgãos de Estado que, para dar enfrentamento aos muitos desafios desse quadro quase apocalíptico, a reunião em plenários virtuais, como tem acontecido no Poder Judiciário, Executivo e, principalmente, Legislativo,** como por exemplo na votação do Decreto de Calamidade Pública pelo Congresso Nacional, que permitirá a flexibilização do teto de gastos para que o Governo Federal possa enfrentar essa crise sanitária de reflexos sociais e econômicos ainda não mensuráveis. Nesse escopo, o Decreto Municipal nº 59.283/2020 apenas reproduz o cenário federal, e, medidas tomadas virtualmente, ou seja, votação isolada sem a participação presencial da população, não passarão indenados da apreciação deste Poder Judiciário: nesse caso, o controle não será preventivo, mas repressivo. Obviamente, não há que se falar em 'direito líquido e certo' nesse contexto de anormalidade, onde contratos de trabalhos poderão ser flexibilizados para garantia de uma economia minimamente sustentável até a desejável curva de decrescimento mundial da pandemia e a tranquilidade advinda de vacina segura e medicamentos eficazes contra os efeitos deletérios da doença. Segundo apurado o sítio eletrônico da Câmara Municipal, foi votado e aprovado texto substitutivo ao Projeto de Resolução nº 14/2001, pelo qual será instalado o plenário virtual para deliberação de projetos em caráter de urgência na área de saúde, dentre outros, em dois turnos de discussão, ficando suspensas as sessões ordinárias pelo prazo inicial de 45 dias (<http://www.saopaulo.sp.leg.br/blog/plenariovirtual-garante-atividades-da-camara-durante-pandemia-do-coronavirus/>).

Tampouco há restrição a realizar audiências públicas virtuais quando não se trata de audiências públicas obrigatórias.

Todavia, caso se pretenda utilizar sistemas virtuais para possibilitar audiências públicas em outras circunstâncias, além das mencionadas, parece-me conveniente, na esteira das conclusões do parecer, precedente Regimental que o respalde ou mesmo expresse previsão regimental.

Finalmente, noto que nos termos do § 4º art. 4º-F da Resolução nº 3/2020 ficou estabelecido que:

§ 4º Se a suspensão de que trata este artigo perdurar por 30 (trinta) dias ou mais, ficará suspenso o período de recesso parlamentar durante o mês de

julho de 2020, conforme previsto no art. 153 do Regimento Interno.(Incluído pela Resolução nº 3 de 2020).

A suspensão ocorre desde que as circunstâncias emergenciais também se mantenham presentes, interpretação que também decorre do fato de poder ser cancelada a suspensão, por meio de convocação da Mesa Diretora (art. 4º-F, § 2º).

O prazo de suspensão de que trata o artigo 4º-F, fracionado em três períodos de 15 dias, computando-se o dia do início por expressa previsão legal (19/03 – 02/04; 03/04 – 17/04; 18/04 02/05), teve fim no dia 02 de maio de 2020.

Cuida-se de norma destinada à vigência temporária (art. 2º, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), parcialmente modificada pela Resolução nº 04, de 24 de abril de 2020, para ter seu prazo expressamente prorrogado **até o dia 10 de maio de 2020 (art. 3º)**.

Assim, independentemente de modificação ou de revogação, as Sessões Ordinárias e as Reuniões Ordinárias de Comissões não estarão suspensas a partir desta data.

Aponto, por derradeiro, que se for o caso, a Procuradoria se coloca à disposição para elaborar minuta de Projeto de Resolução que se repute conveniente, em harmonia com as orientações da Secretaria Geral Parlamentar.

São as considerações que faço, em aval ao Parecer ASS nº 2/20, que segue anexo, submetendo-o à elevada apreciação de V. Exa.

São Paulo, 5 de maio de 2020.

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe
OAB/SP 106.017

Parecer ADM nº 0032/2020

Assunto: abertura de correspondências institucionais por SGA.7 durante a vigência do Ato nº 1.464/2020.

Sra. Dra. Procuradora Legislativa Supervisora,

Trata-se de consulta formulada pelo sr. secretário-geral administrativo encaminhada a esta Procuradoria para análise e manifestação a respeito da possibilidade de abertura de correspondências institucionais por SGA.7 – Equipe de Expedição e Distribuição de correspondências, enquanto durarem os efeitos do Ato da Mesa nº 1.464/2020, a fim de que sejam encaminhadas aos setores destinatários cópias digitalizadas via *e-mail*.

Segundo o expediente encaminhado via *e-mail*, o procedimento proposto será realizado apenas para as correspondências destinadas às unidades administrativas, não se referindo às correspondências endereçadas às demais unidades, nem mesmo às correspondências pessoais de servidores.

É o breve relato do necessário. Passa-se a opinar.

A Constituição Federal estabelece como direito fundamental a inviolabilidade do sigilo das correspondências:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Trata-se de direito garantido constitucionalmente às pessoas físicas bem como às pessoas jurídicas, inclusive as de direito público, sendo certo que a Câmara Municipal de São Paulo, como órgão pertencente à estrutura do Município de São Paulo, também é titular deste direito.

A organização administrativa direta e institucional da Câmara Municipal é disciplinada na Lei nº 13.638/2003. Nos termos da mencionada lei, as atribuições da Equipe de Expedição e Distribuição de Correspondências são as que seguem:

Art. 20-D. À Equipe de Expedição e Distribuição de Correspondências, subordinada diretamente à Secretaria-Geral Administrativa, compete:

(Inserido pela Lei nº 14.381, de 07 de maio de 2007)

- a) gerenciar os contratos necessários para a execução dos serviços de emissão de correspondências; (Inserido pela Lei nº 14.381, de 07 de maio de 2007);
- b) receber toda a correspondência externa destinada à Câmara, procedendo à triagem, registro e distribuição interna; (Inserido pela Lei nº 14.381, de 07 de maio de 2007);
- c) manter o registro das quotas de correspondências dos Gabinetes de Vereadores utilizadas e remanescentes; (Inserido pela Lei nº 14.381, de 07 de maio de 2007);
- d) gerenciar os contratos necessários para a aquisição de periódicos destinados aos Gabinetes e demais setores da Câmara; (Inserido pela Lei nº 14.381, de 07 de maio de 2007);
- e) receber os periódicos e distribuí-los aos Gabinetes e demais órgãos da Câmara, conforme as respectivas assinaturas; (Inserido pela Lei nº 14.381, de 07 de maio de 2007);
- f) planejar anualmente suas atividades, com o respectivo plano de metas e emitir relatório anual de atividades desenvolvidas e metas alcançadas; (Inserido pela Lei nº 14.381, de 07 de maio de 2007);
- g) dar cumprimento a outras atribuições atinentes a sua área de competência, que lhe venham a ser determinadas pela Secretaria -Geral Administrativa. (Inserido pela Lei nº 14.381, de 07 de maio de 2007).

No que se refere às correspondências institucionais, SGA.7 detém a competência de receber, proceder à triagem, registro e distribuição interna. Resta claro que não está prevista expressamente a atribuição de abrir as correspondências dos demais setores da Casa.

Devemos observar, no caso que aqui se estuda, que as correspondências institucionais são protegidas de violações por terceiros estranhos a sua estrutura administrativa; não há dúvidas quanto a isso. A questão que se coloca é relativa ao agente ou órgão interno subordinado que poderá realizar a abertura daquelas.

A *teoria do órgão* ou *teoria da imputação* nos permite entender que os atos praticados pelos agentes de um órgão devem ser imputados ao órgão de que fazem parte e, por sua vez, à pessoa jurídica ao qual pertencem. Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, pois, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence.¹

1. CARVALHO FILHO, 2013. p. 13.

Destarte, a abertura de correspondências institucionais, em tese, poderia ser feita por outros agentes ou órgãos subordinados pertencentes à estrutura administrativa da Câmara, já que todos pertencem e respondem como um único órgão. No entanto, por questões de organização e estruturação administrativa interna, há a separação das atribuições de cada unidade institucional subordinada à Mesa Diretora da Casa, de modo que cada uma abre suas correspondências, encaminhadas por SGA.7.

O Ato n. 832/2003 traz as competências delegadas pela Mesa Diretora a SGA. Dentre elas, no inciso III do art. 1º, consta a de “abrir e fazer distribuir a correspondência oficial enviada à Secretaria-Geral Administrativa”. Portanto, desde que prévia e expressamente autorizada pela Secretaria-Geral Administrativa, poderá SGA.7 proceder à abertura das correspondências endereçadas a quaisquer das unidades de SGA, com posterior encaminhamento de cópia aos setores destinatários.

Contudo, tratamento diverso deve ser dado aos setores administrativos não subordinados à Secretaria-Geral Administrativa. Com relação a estes, subordinados diretamente à Mesa, não foi delegada pela Mesa a SGA a competência para abertura de correspondência de outras unidades não subordinadas a ela. A título de exemplo, o Ato n. 833/2003, em seu art. 1º, inc. III, diz que compete a SGP a abertura de sua correspondência. Dessa maneira, somente com a autorização expressa de SGP poderia a correspondência a ela destinada ser aberta por SGA.7. O mesmo se aplica com relação às unidades relacionadas no art. 4º da Lei n.º. 13.637/2003, com alterações posteriores.

Assim sendo, por não existir autorização expressa da Mesa, as correspondências institucionais dos setores vinculados diretamente àquela somente poderão ser abertas por SGA.7 se as respectivas chefias assim autorizarem.

Ainda devemos acrescentar que, nos termos do art. 2º, §2º, do Ato n.º 1.464/2020, caso haja interesse, poderão as chefias dessas unidades também comparecer pessoalmente para abertura, assim que informadas por SGA.7 do recebimento de correspondência de sua competência.

É importante lembrar que a violação de correspondências é crime (art. 151, do Código Penal), a saber:

Violação de correspondência

Art. 151 – Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Sonegação ou destruição de correspondência

§ 1º – Na mesma pena incorre:

I – quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;

Com o intuito de se preservar o sigilo das correspondências, e de se alertar para as responsabilidades disciplinares e penais da sua violação, aconselhamos a

exigência de assinatura de um termo de responsabilidade dos servidores que desempenharão a função, caso seja dada autorização pelas unidades.

Assim, sendo correspondência institucional, **desde que preservado o sigilo e desde que haja autorização expressa das unidades administrativas subordinadas à Mesa Diretora**, não há impeditivo a que seja encaminhada a cópia da correspondência apenas à unidade pertinente enquanto durar a vigência do Ato nº 1.464/2020 e de outros que se sucederem, caso seja necessário. Para se resguardar o sigilo do conteúdo, necessário se faz que os servidores responsáveis pela abertura das correspondências assinem um termo de responsabilidade funcional e criminal.

É a minha manifestação, que submeto à elevada apreciação de V. Sa.

São Paulo, 25 de março de 2020.

Cíntia Laís Corrêa Brosso
Procuradora Legislativa
OAB/SP 319.729

Parecer ADM nº 033/2020

Ref.: Consulta formulada pela Secretaria Geral Administrativa

Assunto: Implantação da Lei Geral de Proteção de Dados – Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo

Sra. Dra. Procuradora Legislativa Supervisora,

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria Geral Administrativa (SGA), solicitando parecer e eventual minuta de Ato acerca dos efeitos e providências necessárias no âmbito da Edilidade em virtude da vigência em agosto p.f. da Lei Geral de Proteção de Dados – Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, notadamente com relação ao tratamento de dados de terceiros, como, por exemplo, os armazenados pela Administração em virtude de contratos com ela firmados ou cursos ministrados pela Escola do Parlamento; aos dados sensíveis de seus servidores e funcionários; e aos dados manipulados em cumprimento a Lei de Acesso à Informação – Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

É o breve relato do necessário. Passo a opinar.

Para enfrentamento do tema, as procuradoras deste Setor Jurídico-Administrativo participaram do curso *on-line* gratuito disponibilizado pela Escola Virtual. Gov – EV.G, Portal Único de Governo Federal, para a oferta de capacitação à distância, cujo tema é “PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SETOR PÚBLICO”, desenvolvido pela Escola Nacional da Administração Pública (Enap) em parceria com a Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia, entre 2019 e 2020, com foco na apresentação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), no ciclo de vida dos dados pessoais e nas medidas de segurança para proteção desses dados, com carga horária de 15h (<https://www.escolavirtual.gov.br/curso/290>).

Ademais, a subscritora do presente assistiu aos vídeos disponíveis na plataforma YouTube das palestras ministradas no I Congresso sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, realizado pela Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – Federação Assespro (<http://mkt.cers.com.br/congresso-lgpd/> e <https://www.youtube.com/watch?v=GzXkvtRIcb0>) entre 23 e 24 de outubro p.p., bem como do seminário “A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Setor Público”, realizado no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em 25 de outubro p.p. (https://www.youtube.com/watch?v=d8Nj_KJ-0uI).

Partindo do conteúdo acessado nos eventos acima citados e de amplo material lido e pesquisado, este Setor foi capaz de concluir e elaborar as orientações aqui expostas.

Tendo em vista que a consulta formulada dispõe de caráter tanto genérico quanto específico no que concerne à implantação da Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito da Edilidade paulistana, divide-se o presente parecer em 3 (três) partes, sendo a primeira voltada a orientações gerais quanto à efetiva implantação da Lei, a segunda dirigida a responder as indagações específicas formuladas pela origem e a terceira e última guiada a levantar e orientar outras situações da rotina da Edilidade aventadas no estudo. Vejamos.

1. DA IMPLANTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

1.1. Da Lei Geral de Proteção de Dados e de sua Aplicação no Setor Público

A Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, nominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (artigo 1º) e, quanto ao teor aqui tratado, tem o início de vigência programado para 15 de agosto p.f., 2 (dois) anos após a sua publicação (artigo 65, II).

Entretanto, convém destacar que, em virtude da calamidade pública causada pela pandemia de Covid-19, tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 1.179/2020, que intenta postergar tal vigência para 1º de agosto de 2021, quanto aos artigos 52 ao 54, e para 1º de janeiro de 2021, quanto aos demais artigos hoje previstos no artigo 65, II, da Lei, o que já foi aprovado pelo Senado Federal e encontra-se pendente de votação pela Câmara dos Deputados.

Inobstante discuta-se sobre a postergação do início de sua vigência, é de suma importância que a Edilidade inicie o quanto antes as providências para sua implantação.

A LGPD visa reunir e equalizar diversos fundamentos, como dispõe seu art. 2º: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A Lei aplica-se ao tratamento de dados feito por pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público, entendendo-se como tratamento, nos termos do seu art. 5º, X,

[...] toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

A LGPD dirige-se de maneira diferente aos setores privado e público. Isso porque, no setor público, há uma relação assimétrica entre o indivíduo e o Estado, decorrente da supremacia do interesse público. Sendo assim, o consentimento prévio para tratamento de dados no setor público ganha diferente relevância, uma vez que os dados, em geral, são coletados como pressuposto para a participação do indivíduo na vida social, em políticas públicas, para exercício da cidadania etc.

Assim, como regra e nas hipóteses previstas na base legal para tratamento de dados pelo poder público, não se exige prévio consentimento do titular.

Referida base legal encontra-se disposta no artigo 7º, incisos II e III, no que tange aos **dados pessoais comuns**, e no artigo 11, inciso II, “a” e “b”, no que tange aos **dados pessoais sensíveis**:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei.

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

[...]

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

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos.

No presente expediente, a Secretaria Geral Administrativa solicita que esta Procuradoria aponte eventuais medidas a serem adotadas pela Câmara Municipal de

São Paulo para adequação às normas de proteção de dados pessoais sensíveis previstas na LGPD.

Inobstante a solicitação dirija-se aos dados pessoais sensíveis, como frisado acima, a LGPD aplica-se a quaisquer dados pessoais tratados pelo poder público, merecendo regramento específico nos artigos 23 e seguintes.

Dispõe o artigo 23 da Lei:

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

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

II – (VETADO); e

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

IV – (VETADO).

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento.

§ 2º O disposto nesta Lei não dispensa as pessoas jurídicas mencionadas no *caput* deste artigo de instituir as autoridades de que trata a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

§ 3º Os prazos e procedimentos para exercício dos direitos do titular perante o Poder Público observarão o disposto em legislação específica, em especial as disposições constantes da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 (Lei do *Habeas Data*), da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei Geral do Processo Administrativo), e da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

[...]

Outrossim, há de se ressaltar que:

- A LGPD não se aplica a dados que não sejam pessoais, isto é, informações que não sejam relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, inc. I);
- A LGPD não se aplica às hipóteses previstas no seu art. 4º, quais sejam:

I – realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II – realizado para fins exclusivamente:

a) jornalísticos e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 da Lei;

III – realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na Lei;

- Por fim, fora as hipóteses legais lastreadas nos artigos 7º, II e III, e 11, II, “a” e “b”, que mais se amoldam à atuação do poder público, pode ser exigido, conforme o caso concreto, o consentimento do titular para tratamento de seus dados pessoais.

Traçadas as linhas gerais sobre a intenção de aplicabilidade da LGPD ao setor público, sem prejuízo da resposta à consulta formulada pela SGA a ser detalhada na segunda parte do presente parecer, baseados nas mais balizadas opiniões a respeito do assunto, como, por exemplo, a Escola Nacional de Administração Pública¹ e profissionais especializados em Direito Digital², propõe-se nessa primeira parte da análise um passo a passo que, se seguido pela administração da Câmara Municipal de São Paulo, pode garantir a bem-sucedida implantação da LGPD e evitar indesejáveis sanções ou danos a terceiros.

1. Disponível em: <https://www.escolavirtual.gov.br/curso/290>.

2. I Congresso sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, realizado pela Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – Federação Assespro, entre 23 e 24 de outubro p.p., disponível em: <http://mkt.cers.com.br/congresso-lgpd/> e <https://www.youtube.com/watch?v=GzXkvtRlcb0>, bem como do Seminário “A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Setor Público”, realizado no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em 25 de outubro p.p. disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=d8Nj_KJ-0uI.

1.2. Passo a Passo para a Implantação da LGPD

A. Reunir equipes e mapear as operações internas de tratamento de dados

Essa etapa é primordial para todas as demais e, assim, para a efetiva implantação da LGPD.

Por óbvio, a procuradoria não reúne condições de exaurir as hipóteses de banco de dados pessoais manipulados de alguma maneira pela edilidade, os quais envolvem tanto cadastros físicos, como fichas e prontuários, quanto digitais.

Tenha-se em vista o conceito de dados pessoais adotado pela lei: **qualquer informação relativa a pessoa natural identificada ou identificável**. O termo “Identificável” visa abarcar dados que, ainda que sozinhos não identifiquem uma pessoa, em conjunto com outros, tornem a identificação possível.

A lei, assim, visa à proteção máxima de dados pessoais, evitando o tratamento desvinculado da estrita necessidade que fomentou a coleta.

Pode não parecer, num primeiro momento, mas o tratamento de dados pela Câmara Municipal de São Paulo envolve muitas e até simples atividades, como o cadastro de pessoas para acesso ao Palácio Anchieta, as fichas médicas mantidas pela SGA.8, dados de crianças e pais usuários do Centro de Educação Infantil (CEI), dados armazenados pelo sistema de videomonitoramento de segurança, informações sobre os servidores públicos e seus dependentes, cadastros de usuários da Escola do Parlamento e da Ouvidoria e até mesmo dados de munícipes coletados nos requerimentos e subsídios ofertados nos processos legislativos.

Há, ainda, a situação de dados dos servidores públicos compartilhados a terceiros por força de contrato, como nos casos do vale-alimentação e do vale-refeição.

O mapeamento é importante para que se possa identificar onde estão os dados, qual é seu titular, em que formato se encontram, para qual finalidade existem, qual a necessidade de sua existência, qual seu ciclo de vida etc., informações estas de extrema importância para categorização dos dados, avaliação da necessidade de sua manutenção e por quanto tempo e, sobretudo, para análise do regramento imposto pela Lei para seu tratamento.

Nesse mapeamento também seriam delimitados eventuais dados pessoais sensíveis tratados pela Casa, compreendidos pela Lei como aqueles relativos a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, à saúde ou à vida sexual, e dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (art. 5º, inc. II).

A identificação dos dados pessoais manipulados pela Edilidade, sejam comuns, sejam sensíveis, é importante para, como já explicitado acima, identificar a

necessidade ou não de consentimento do titular para tratamento, como dispõem os artigos 7º e 11 da Lei.

Em resumo, cada situação e categoria de dados pessoais pode exigir um cuidado diferente no tratamento, o que só será possível avaliar com sua prévia identificação.

B. Levantar quais dados são de coleta e guarda obrigatória e quais podem ser eliminados após o tratamento necessário

Diante dos fundamentos da necessidade e da finalidade estabelecidos no artigo 2º da LGPD, deve-se transformar a coleta massiva de dados em coleta mínima e justificável. Diante das responsabilidades e dever de prestação de contas impostos pela LGPD, deve-se incorporar a máxima de que “só se deve coletar aquilo de que se possa cuidar”.

Assim, a primeira análise a ser feita envolve a efetiva necessidade de coleta dos dados pessoais atualmente feita pela Casa. Do mesmo modo, a guarda de dados pessoais deve se limitar ao tempo efetivamente necessário para a realização da atividade pelo órgão, sempre tendo em vista que o tratamento de dados só se mostra legítimo atrelado às necessidade e finalidade estabelecidas e que, durante o tempo do tratamento, o órgão responde pela segurança desses dados.

Assim, devem ser evitadas a coleta e a guarda de quaisquer dados pessoais desnecessários à finalidade buscada pela Edilidade em cada uma de suas atividades.

C. Garantir os direitos assegurados ao titular dos dados com adequação das ferramentas

Um dos fundamentos trazidos pela Lei em seu artigo 2º e, segundo especialistas, o maior desafio na implantação da LGPD para os controladores de dados pessoais, é a autodeterminação informativa, que se resume no controle dos dados pelo titular (art. 18), que pode, a qualquer momento e mediante requisição, solicitar confirmação da existência de tratamento; acesso aos dados; correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei; portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional; eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, se o caso permitir; informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; informação sobre a possibilidade de não

fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; e revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º da Lei.

Assim sendo, a Lei impõe ao controlador dos dados pessoais o dever de assegurar esse controle, o que deve ser feito, notadamente, mediante a observância dos princípios do livre acesso, da qualidade dos dados e da transparência, nos termos do artigo 6º, incisos IV a VI:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

[...]

IV – livre acesso: **garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais;**

V – qualidade dos dados: **garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;**

VI – transparência: **garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento**, observados os segredos comercial e industrial; (destaquei).

Dispõe, ainda, a Lei, especificamente quanto ao setor público:

Art. 23.

[...]

§ 3º Os prazos e procedimentos para exercício dos direitos do titular perante o Poder Público observarão o disposto em legislação específica, em especial as disposições constantes da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 (Lei do *Habeas Data*), da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei Geral do Processo Administrativo), e da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

Art. 25. Os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral.

Assim, será necessária a adequação de ferramentas para garantir o cumprimento da no que toca à autodeterminação informativa, principalmente quanto ao que dispõe o art. 19, §1º, da Lei, no sentido de que o armazenamento dos dados deve se dar em formato que favoreça o livre acesso pelo titular.

D. Rever Políticas de Privacidade, principalmente para colocar em destaque cláusulas de direitos do titular dos dados

Vislumbra-se, a princípio, a possibilidade de existência de Políticas de Privacidade já vigentes na Casa nos sistemas de inscrições na Escola do Parlamento e nas matrículas efetivadas junto ao CEI.

Não há informação sobre a existência dessas Políticas em outras atividades, como na efetivação dos cadastros de pessoas para acesso ao Palácio Anchieta e para envio de requerimentos *on-line* à Ouvidoria ou para acompanhar o Plenário Virtual.

Caso não existam, esse período preparatório para implantação da LGPD é uma ótima oportunidade para instituí-la já em consonância com a Lei. Caso existam, a exemplo do que também deve ocorrer com as situações da Escola do Parlamento e do CEI, acima apontadas, e sem prejuízo de outras que vierem a ser identificadas no mapeamento, deve haver a devida readequação.

E. Rever contratos com colaboradores e terceiros que façam tratamento de dados

A responsabilidade pelo tratamento dos dados pessoais envolve o seu compartilhamento com terceiros por força de contratos, convênios e outras avenças.

Dispõem os artigos 26 e 27 da Lei:

Art. 26.

[...]

§ 1º É vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto:

I – em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação);

II – (VETADO);

III – nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.

IV – **quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres**; ou

V – na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades.

§ 2º **Os contratos e convênios de que trata o § 1º deste artigo deverão ser**

comunicados à autoridade nacional.

Art. 27. A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado será informado à autoridade nacional e dependerá de consentimento do titular, exceto:

I – nas hipóteses de dispensa de consentimento previstas nesta Lei;

II – nos casos de uso compartilhado de dados, em que será dada publicidade nos termos do inciso I do *caput* do art. 23 desta Lei; ou

III – nas exceções constantes do § 1º do art. 26 desta Lei.

Parágrafo único. A informação à autoridade nacional de que trata o *caput* deste artigo será objeto de regulamentação.

Assim, sem prejuízo da adequada e técnica avaliação que deve ser feita pelo Setor de Contratos desta Procuradoria acerca de todos os contratos firmados pela Edilidade, desde já, aponta-se para a necessidade de se atentar para os contratos de vale-alimentação e vale-refeição, para que as contratadas observem a LGPD quanto aos dados de servidores públicos com elas compartilhados.

Outrossim, convém destacar a situação que envolve o convênio que a Câmara Municipal de São Paulo mantém com o Instituto de Previdência do Município de São Paulo (Iprem) para elaboração das folhas de pagamento dos servidores inativos, já que, nesse caso, a Edilidade atua como operadora dos dados, cujo tratamento, em verdade, é de responsabilidade da Autarquia. Assim, a Edilidade deve se submeter às orientações e decisões da Autarquia, controladora de direito dos dados dos servidores inativos.

F. Avaliar os mecanismos de segurança das bases de dados documentando as técnicas utilizadas

A segurança também é um princípio da atividade de tratamento de dados pessoais estabelecido pelo art. 6º, inc. VII, da LGPD e envolve a “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”.

A segurança, do ponto de vista técnico, incita a participação do Centro de Tecnologia da Informação (CTI), para diagnóstico e avaliação de aprimoramento nas ferramentas de segurança dos dados, em geral.

No entanto, também demanda gestão administrativa, uma vez que previamente às medidas técnicas, deverá haver decisões quanto ao ciclo de vida dos dados e, eventualmente, hipóteses de anonimização (art. 5º, inc. III) e pseudonimização (art. 13) dos dados.

Vale dizer que a anonimização retira dos dados o caráter de “pessoais” e, assim, a regulamentação de seu tratamento pela LGPD (art. 12).

Sob esse aspecto, convém destacar também que a LGPD dispõe sobre os requisitos para a transferência internacional de dados, o que pode causar implicações para eventual hospedagem de dados pessoais em “nuvem” estrangeira. Assim, também será necessária a análise do CTI acerca da observância do artigo 33 da Lei³

G. Estruturar equipes internas com indicação dos agentes de tratamento de dados pessoais

São três as figuras que a LGPD trouxe para a seara da proteção de dados pessoais: o operador e o controlador (agentes de tratamento) e o encarregado.

O operador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (art. 5º, inc. VII, da Lei).

O controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais (art. 5º, inc. VI, da Lei).

O encarregado é a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), nos termos do artigo 5º, inciso VIII, da Lei.

3. Art. 33. A transferência internacional de dados pessoais somente é permitida nos seguintes casos:

I – para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei;

II – quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos nesta Lei, na forma de:

a) cláusulas contratuais específicas para determinada transferência;

b) cláusulas-padrão contratuais;

c) normas corporativas globais;

d) selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos;

III – quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional;

IV – quando a transferência for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

V – quando a autoridade nacional autorizar a transferência;

VI – quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional;

VII – quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público, sendo dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei;

VIII – quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente esta de outras finalidades; ou

IX – quando necessário para atender as hipóteses previstas nos incisos II, V e VI do art. 7º desta Lei.

Parágrafo único. Para os fins do inciso I deste artigo, as pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), no âmbito de suas competências legais, e responsáveis, no âmbito de suas atividades, poderão requerer à autoridade nacional a avaliação do nível de proteção a dados pessoais conferido por país ou organismo internacional.

Os agentes de tratamento (operador e controlador) são figuras que, no setor público, podem ter suas atribuições facilmente incorporadas às funções já existentes da estrutura administrativa.

A LGPD estabelece as seguintes diretrizes de atuação do operador e do controlador:

Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse.

Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

Parágrafo único. Observado o disposto no *caput* deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

Art. 39. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria.

Art. 40. A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência.

Para se pensar na regulamentação da LGPD no âmbito da CMSP e subsidiar o Setor de Elaboração na concepção de normas de reestruturação administrativa, é imprescindível o mapeamento.

A partir dele, com a identificação das equipes, setores e secretarias que lidam com dados pessoais, será necessário determinar quem seria responsável em cada um deles por ser o operador de dados, caso em que seria adequado, embora não única alternativa, que a atribuição fosse explicitada no rol de competências do cargo ou função no Ato da Mesa nº 981/2007.

Também é necessário estipular quem será o controlador, devendo a Administração avaliar em que órgão, cargo ou função melhor se encaixa a atribuição de tomada de decisões sobre o tratamento dos dados pessoais pela Edilidade.

Considerando as competências dos diversos órgãos da Casa, impõe-se informar que a atribuição de controlador pode ser exercida tanto pela Mesa Diretora (art. 13, inciso II, alíneas “a” e “g”, do Regimento Interno), quanto pelo Presidente da Casa, por delegação da Mesa (art. 17, IV, alínea “d”), assim como por outros cargos da Edilidade, também por delegação.

Já quanto à figura do encarregado a ser indicado pelo controlador, trata-se de função bem específica, a princípio não assemelhada ou inclusa em qualquer outra atribuição atualmente vigente na estrutura administrativa da Casa.

Assim dispõe a LGPD sobre o encarregado:

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

§ 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

§ 2º As atividades do encarregado consistem em:

I – aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;

II – receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências;

III – orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e

IV – executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

§ 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

As atribuições do encarregado, dentro da estrutura administrativa do órgão público, podem ser objeto da criação de novo cargo ou nova função, dependente, portanto, de lei, em sentido formal, de iniciativa da Mesa da Câmara, nos termos dos arts. 14, inc. III c.c. 27, inc. I, da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Há, ainda, a possibilidade de alteração de alguma função pública já criada por lei e que possibilite a adequação das atribuições por meio de Ato da Mesa, o que deve ser objeto de avaliação pela Administração, de modo a possibilitar a observância de todos os requisitos impostos pela LGPD para correto exercício da função de encarregado pelo tratamento dos dados pessoais.

De toda forma, é importante fazer constar que, segundo o art. 41, §3º, supracitado, a ANPD pode criar hipóteses de dispensa da indicação de encarregado pelo controlador, o que, eventualmente, pode se aplicar à Câmara Municipal de São Paulo.

Saliente-se que a estruturação descrita no presente tópico é necessária, inclusive, para delimitar as responsabilidades por ilicitude presumida ou danos a terceiros, passíveis de serem sancionadas nos termos do artigo 52 da Lei, o que também deve ser objeto da regulamentação interna da Casa.

Convém observar, contudo, que a estruturação administrativa exige tempo, formalidades e adequações de rotinas de funcionamento da Casa, razão pela qual, para

que não se perca tempo em iniciar a adoção das boas práticas de proteção de dados pessoais, após o mapeamento sugerido no passo “A”, seria adequado que um grupo de trabalho ou comitê multidisciplinar fosse instituído temporariamente, a fim de avaliar e fixar novas rotinas nesse sentido, para que, oportunamente, pudessem ser regulamentadas internamente, notadamente quando da efetiva vigência da LGPD.

H. Verificar quais serão as providências necessárias para que o tratamento dos dados esteja em conformidade com as hipóteses legais

Tal passo, em alguma medida, é antecipado no presente parecer, do ponto de vista jurídico. Entretanto, apenas após a efetivação completa dos passos anteriormente descritos, sobretudo o mapeamento, uma nova análise integral e ulterior poderá ser efetivada, e, então, não só sob o aspecto jurídico, mas também sob o aspecto tecnológico da informação.

I. Desenvolver relatório de impacto à proteção de dados, assim como regras de boas práticas e de governança quanto ao tratamento dos dados

O Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD), nos termos legais, só é necessário quando solicitado pela ANPD, mas é recomendável, inclusive para eventual defesa da Edilidade em casos concretos, um controle periódico sobre os impactos e medidas de proteção, nos moldes das planilhas fornecidas no curso ministrado pela ENAP, que se anexa ao presente.

Ademais, sempre que se for elaborar ou implementar um projeto, de lei ou de execução, que envolva qualquer espécie de tratamento de dados pessoais, é recomendável, igualmente, que se faça um Relatório Prévio de Impacto à Privacidade, ainda que haja base legal para o tratamento. O intuito seria não só respaldar eventual defesa da Edilidade, mas também auxiliar na tomada de decisão acerca do custo-benefício da medida diante da razão entre necessidade-finalidade e as responsabilidades decorrentes do tratamento dos dados pessoais.

Já as regras de boas práticas e de governança quanto ao tratamento dos dados devem ser imediatamente estipuladas e envolvem, a partir da categorização dos dados pessoais, comuns e sensíveis, a delimitação de formato do tratamento e do acesso aos dados segundo os critérios de necessidade e finalidade, bem como o tipo de compartilhamento interno e com outros entes públicos ou privados que deve ser permitido.

Para citar um exemplo, os prontuários médicos mantidos pela SGA.8 devem ter limite de acesso diferenciado aos servidores do setor, isto é, somente médicos e, eventualmente, outros profissionais da saúde devem ter acesso irrestrito ao seu teor, o que não se aplica, pelos critérios da necessidade e da finalidade, aos técnicos administrativos e estagiários. Externamente, pode ser permitido o compartilhamento desses dados com a Coordenação de Gestão de Saúde do Servidor (Cogess), com base no art. 11 da Lei, com ou sem consentimento do titular, conforme o caso, em caso de licença-saúde.

A mesma espécie de análise deve ser feita em cada setor, segundo o tipo de dados pessoais tratados.

J. Realizar treinamentos periódicos para assegurar boas práticas no tratamento dos dados pessoais

Tal conduta, de fato, vem ao encontro do que já vem ocorrendo com o Comitê Gestor instituído pelo Ato nº 1.429/19, e é de todo desejável que se mantenha, haja vista a constante evolução dos meios tecnológicos de tratamento dos dados e frequentes fragilidades encontradas nos sistemas utilizados.

2. DA CONSULTA FORMULADA PELA SGA

Em suma, na parte mais direcionada da consulta formulada pela SGA, questiona-se acerca das implicações da LGPD (em especial, seus arts. 11 e de 23 a 30) nas rotinas de unidades da Casa que armazenam:

a) Dados de terceiros, como dados pessoais de representantes de empresas contratadas, dados de pessoas inscritas nos cursos promovidos pela Escola do Parlamento etc.;

b) Dados sensíveis de funcionários e servidores (SGA.1, SGA.8);

c) Dados publicamente disponibilizados no Portal de Transparência da Casa pelo CTI, ou informados mediante solicitações junto à Ouvidoria, haja vista a Lei de Acesso à Informação e as normas que a regulamentam no âmbito do Município e desta Casa.

Pois bem. No geral, voltando-me para as orientações já esmiuçadas na primeira parte do presente parecer, será necessário o **mapeamento** dos dados pessoais tratados pela Edilidade, identificando-se sua **natureza (comuns ou sensíveis)**, seus titulares, **necessidade** e **finalidade** do armazenamento, formato e modo de **armazenamento**, para que se possa dar detalhadas orientações sobre as implicações da LGPD.

No entanto, quanto às hipóteses já descritas na consulta algumas recomendações já podem ser emitidas.

A primeira análise que se pode realizar diz respeito aos dados que são armazenados e, por ventura, compartilhados, em razão da Lei de Acesso à Informação (LAI) (Lei Federal nº 12.527/2011), como é o caso dos dados pessoais de representantes de pessoas jurídicas e de pessoas físicas que têm vínculo contratual com a Edilidade ou vínculo administrativo ou trabalhista, como é o caso dos agentes públicos em geral.

A LGPD dispõe, em seu artigo 2º, como fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais, dentre outros: o **respeito à privacidade**; a **liberdade de informação**; a **inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem**; e o **exercício da cidadania** pelas pessoas naturais.

Tais fundamentos não são excludentes entre si e a Lei busca uma harmonização entre todos os fundamentos nela expostos.

Ademais, como forma de garantir esse sistema harmônico entre fundamentos de igual importância, a LGPD dispõe em seu artigo 6º os princípios que devem nortear as medidas de tratamento de dados pessoais:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I – **finalidade**: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II – **adequação**: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III – **necessidade**: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais;

V – **qualidade** dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI – **transparência**: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII – **segurança**: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII – **prevenção**: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX – **não discriminação**: impossibilidade de realização do tratamento para

fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X – **responsabilização e prestação de contas**: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (sem destaques no original)

A LGPD estabelece, ainda, que:

- “[...] o tratamento de dados pessoais cujo acesso é público **deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização**” (art. 7º, §3º);
- “[...] o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado **para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; e que seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais**” (art. 23);
- “[...] o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve **atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º**” da Lei.

Observa-se, portanto, que busca a LGPD a compatibilização entre as regras de proteção aos dados pessoais e o cumprimento da obrigação de transparência pelos órgãos públicos.

Sendo assim, parece oportuno trazer à baila os conceitos de **transparência ativa** e **transparência passiva**.

Transparência ativa é a conduta imposta à administração pública quanto às informações estabelecidas no artigo 8º da LAI:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, **independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso**, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar,

no mínimo:

I – registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II – registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III – registros das despesas;

IV – informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI – respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

Transparência ativa, pois, envolve a disponibilização dessas informações independentemente de requerimento, notadamente nos sítios eletrônicos voltados a essa publicidade.

Aqui reside o primeiro ponto de compatibilização entre a LGPD e a LAI, o que envolve dar acesso público somente às informações necessárias ao cumprimento da obrigação de transparência ativa imposta pelo art. 8º supracitado, abstendo-se de divulgar **dados pessoais** (relativos a pessoas físicas) **desnecessários** à finalidade de controle social disciplinado pela LAI.

Nesse sentido, a obrigação de divulgação de salários dos agentes públicos (agentes políticos, servidores e empregados públicos), já consolidada na doutrina e jurisprudência pátrias, persiste, ligada que está ao registro de despesas.

Outrossim, **o formato hoje adotado pela Edilidade, nos termos do Ato da Mesa nº 1.231/2013 e da Decisão de Mesa nº 3.606/2017**, embora vá além do mero registro da despesa, relacionando-a ao registro funcional do agente público (dado pessoal), **não contraria os cuidados de proteção de dados pessoais impostos pela LGPD**, uma vez que os dados de identificação dos servidores públicos estariam incluídos no conceito de interesse público mais amplo, já reconhecido como não violador das garantias constitucionais da intimidade e da privacidade pelo E. Supremo Tribunal Federal, **embora de divulgação não obrigatória** (Tema de Repercussão Geral nº 483⁴).

O mesmo cuidado na publicidade de outras despesas efetuadas pela Edilidade deve ser tomado, **limitando-se a divulgar ativamente dados pessoais se forem de**

4. “É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias”.

interesse público e necessários à finalidade do controle social disciplinado pela LAI. Esse é o norte geral para divulgação de dados pessoais relativos à transparência ativa.

Especificamente quanto aos contratos firmados pela Câmara Municipal de São Paulo, convém colher manifestação do Setor de Licitações e Contratos desta Procuradoria, capaz de analisar, à luz da legislação especial, os limites da publicidade dos contratos administrativos e a necessidade ou não de divulgação dos dados pessoais dos representantes legais dos contratados.

Já no que tange à **transparência passiva**, consistente na divulgação de informações de interesse público mediante requerimento (art. 10 e ss. da LAI), mostra-se relevante a diferença entre **dados e informações**.

Enquanto dado é a unidade básica da informação, a informação é a ordenação e organização dos dados de forma a transmitir significado e compreensão dentro de um determinado contexto.⁵

Segundo tais conceitos, portanto, é possível que se divulgue uma informação, sem que os dados sejam discriminados individualmente e sem processamento, o que se mostra de todo desejável na busca de se atender a uma finalidade sem que se fira a proteção de dados pessoais, notadamente os sensíveis.

Até mesmo por isso, a LGPD prevê mecanismos de segurança de dados pessoais, como a *anonimização* e a *pseudonimização*, que garantem a existência da informação sem que haja identificação da(s) pessoa(s) física(s) a(s) qual(is) se referem os dados.

A literalidade dos arts. 8º e 10 da LAI demonstra que o acesso que a Lei visa facilitar é a **informações de interesse público, coletivo ou geral**. Isto é, se a informação de interesse público que se requer pode ser fornecida com os dados já processados e contextualizados, sem o compartilhamento desnecessário de dados pessoais, notadamente os sensíveis, e sem que haja qualquer prejuízo à finalidade a que se destina, é assim que deve ocorrer, como regra.

Obviamente, havendo dúvida acerca do caráter de interesse público da informação requerida, os casos devem ser resolvidos em concreto, segundo, inclusive, as disposições da própria LGPD, que expõe as hipóteses de tratamento, aí incluído o compartilhamento, de dados pessoais, incluindo os sensíveis, nos termos dos arts. 7º e 11.

Quanto aos dados sensíveis de servidores tratados pelas SGA.1 e SGA.8, estão respaldados, quanto aos dados pessoais comuns, no art. 7º, inc. II, e, quanto aos dados pessoais sensíveis, no art. 11, inc. II, “a” e “f”, da Lei.

Dados sensíveis, à luz do que dispõe o art. 5º, inc. II, da Lei, são aqueles dados pessoais relacionados a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política,

5. Disponível em: <https://www.binapratica.com.br/dados-x-informacao>; <https://expertdigital.net/diferenca-entre-dados-e-informacao/>; <https://www.todadiferenca.com/diferenca/diferenca-entre-dados-e-informacao/>; <https://brainly.com.br/tarefa/1860553>; <https://www.gigaconteudo.com/diferenca-entre-dados-e-informacao>.

filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Como já dito acima, internamente, devem ser objeto de análise sobre a necessidade e a finalidade, evitando-se a manutenção de banco de dados sem utilidade. Mantidos os dados necessários, será preciso decidir sobre adequado formato para sua manutenção, de modo a garantir a segurança do seu tratamento e selecionar diferentes perfis de acesso, conferindo-se apenas às pessoas responsáveis pelo efetivo tratamento dos dados (equipes específicas de SGA.1 e corpo técnico de saúde de SGA.8), a sua integralidade e a todos o dever de sigilo e proteção. Aos demais, o acesso aos dados sensíveis deve ser restrito.

É importante desde já destacar que a Lei exige que **seja dada publicidade da dispensa de consentimento**, nos termos do inciso I do *caput* do art. 23 da Lei, nos casos de tratamento de dados sensíveis decorrentes de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador e de tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos. Por isso, repise-se, é importante o mapeamento dos bancos de dados mantidos pela Edilidade (art. 11, §2º).

Outrossim, nos termos dos arts. 12 e 13 da Lei, os mecanismos de anonimização⁶ e pseudonimização⁷ são passíveis de serem utilizados com vistas à proteção de dados pessoais sensíveis em algumas situações vivenciadas pela Edilidade, como, por exemplo, na divulgação de preenchimento de **cotas raciais** ou divulgação de pesquisa ou enquête sobre determinado tema.

Quanto aos servidores, atenção especial merecerá também o tratamento de informação relativa à filiação sindical, que também se trata de dado pessoal sensível.

Quanto aos dados mantidos pela Escola do Parlamento, igualmente a análise de necessidade e finalidade deve ser realizada, evitando-se a coleta e a manutenção de dados pessoais inúteis ao fim a que se destina. De igual forma, como abordado na primeira parte do presente parecer, é recomendável a elaboração ou a readequação de **Política de Privacidade** a ser divulgada nos atos de inscrição para cursos, colhendo-se o consentimento do titular sobre seus termos, adotando-se todas as cautelas de segurança de dados e garantindo-se ao titular a efetiva **autodeterminação informativa**, nos termos dos arts. 17 e ss. da Lei.

Destaque-se que todas as orientações aqui lançadas se baseiam no conhecimento genérico das rotinas da Casa e somente poderão ser mais bem aprofundadas com o mapeamento sugerido na primeira parte do presente parecer.

6. Dado anonimizado é o dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (art. 5º, III, da LGPD).

7. Tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro (art. 13, §4º, da LGPD).

No que tange à solicitada indicação das responsabilidades envolvidas, especificamente quanto ao setor público, dispõe a LGPD:

Art. 31. Quando houver infração a esta Lei em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação.

Art. 32. A autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público.

De maneira geral, a LGPD prevê sanções pela inobservância de seus preceitos em seu artigo 52.

No entanto, as multas não são passíveis de aplicação aos órgãos públicos, que podem sofrer as seguintes sanções:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I – advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
[...]

IV – publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V – bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI – eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

VII – (VETADO);

VIII – (VETADO);

IX – (VETADO).

[...]

§ 3º O disposto nos incisos I, IV, V, VI, VII, VIII e IX do *caput* deste artigo poderá ser aplicado às entidades e aos órgãos públicos, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto do Servidor Público Federal), na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

Como estabelece o § 3º, entretanto, a impossibilidade de aplicação de multa pela LGPD aos órgãos públicos não significa que os servidores públicos responsáveis pela infração às suas normas, por culpa ou dolo, não possam ser penalizados nas esferas disciplinar, cível-administrativa e criminal.

Assim, reiterando o quanto já exposto na primeira parte do parecer, é necessária a reestruturação administrativa da Câmara Municipal de São Paulo para adequar-se à LGPD, com clara atribuição de competências às funções de operador e controlador de dados e encarregado pelo tratamento dos dados, e amplo trabalho de capacitação e divulgação da política nacional de proteção de dados, haja vista a possibilidade de responsabilização do servidor público que der causa à infração legal.

3. DE OUTRAS SITUAÇÕES AVENTADAS NO PRESENTE ESTUDO

Em complementação à consulta formulada pela SGA, e sem prejuízo da análise de outras situações eventualmente levantadas em mapeamento, o presente estudo vislumbrou dois pontos que merecem atenção na condução da implantação da LGPD no âmbito da Edilidade paulistana.

O primeiro diz respeito ao Centro de Educação Infantil – CEI, que trata dados pessoais de crianças de até 3 (três) anos e 11 (onze) meses de idade, nos termos do Ato da Mesa nº 1.327/2016.

Aplicável ao caso o art. 14 da LGPD, que traz disciplina específica quanto ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, em especial a **incontornável exigência de consentimento de ao menos um dos pais ou responsável legal**:

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar

que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

Outrossim, na esteira da orientação exposta para os casos de dados sensíveis dos servidores públicos tratados pela SGA.1 e pela SGA.8, deve ser analisado o melhor formato e especificados os perfis de acesso, limitados às estritas necessidade e finalidade, de modo a garantir a maior segurança dos dados.

O segundo ponto refere-se aos dados pessoais (imagens) coletados pelo sistema de videomonitoramento de segurança da Casa, disciplinado pelo Ato da Mesa nº 1.427/2019.

Nos termos do art. 5º, inc. II, dados biométricos são dados pessoais sensíveis. Dados biométricos são características biológicas que permitem a identificação individual, única e exclusiva de um indivíduo (pessoa natural).⁸ Sendo assim, a **imagem é um dado pessoal sensível**.

Contudo, a LGPD não se aplica a referida situação, por força do seu art. 4º, inc. III, alínea “a”, uma vez que o videomonitoramento, nos termos do artigo 1º do Ato da Mesa nº 1.427/2019, é “instrumento tecnológico da Inspetoria da Câmara Municipal da Guarda Civil Metropolitana e da Assessoria Policial Militar para o exercício de suas atribuições de forma coordenada e cooperativa, buscando o aperfeiçoamento dos procedimentos e atividades de segurança de pessoas, instalações e bens”,

8. Disponível em: <https://zemus.com.br/dados-biometricos/>.

incluído, portanto, no conceito de segurança pública, disciplinada no art. 144 da Constituição Federal.⁹

Por fim, há que se destacar que, estando a LGPD, em sua maior parte, ainda em *vacatio legis*, as orientações aqui expostas poderão sofrer modificação.

Isso porque, até a presente data, não foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública a quem incumbirá, de maneira geral, zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei em todo o território nacional (art. 5º, inc. XIX).

Especialmente, no que aplicável ao setor público:

Art. 29. A autoridade nacional poderá solicitar, a qualquer momento, aos órgãos e às entidades do poder público a realização de operações de

9. Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI – polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º As polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. As polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:

I – compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente;

II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

tratamento de dados pessoais, informações específicas sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado e poderá emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei.

Art. 30. A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação e de uso compartilhado de dados pessoais.

Art. 41.

[...]

§ 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

Sendo assim, a LGPD e sua implantação em âmbito nacional é tema que deve ser acompanhado de perto, sempre em atenção às suas repercussões sobre a atuação da Câmara Municipal de São Paulo.

S.m.j., é o entendimento que submeto à apreciação superior.

São Paulo, 17 de abril de 2020.

Djenane Ferreira Cardoso Zanlochi
Procuradora Legislativa – RF 11.418
OAB/SP n. 218.877

Parecer ADM nº 0037/2020

Assunto: adesão da Câmara Municipal ao programa Cidade Solidária, programa de cooperação entre o poder público municipal, o setor privado e o terceiro setor instituído para prover ajuda humanitária às pessoas mais atingidas pela crise econômico-social causada pela pandemia do coronavírus durante o estado de calamidade pública.

Ref.: Memorando 016/2020 – 36º GV

Sra. Dra. Procuradora Legislativa Supervisora,

Trata-se de Memorando originário do 36º Gabinete, subscrito pelo nobre vereador José Police Neto endereçado ao senhor presidente da Câmara Municipal, no qual solicita a adesão da Câmara Municipal ao programa Cidade Solidária, programa de cooperação entre o poder público municipal, o setor privado e o terceiro setor instituído para prover ajuda humanitária às pessoas mais atingidas pela crise econômico-social causada pela pandemia do coronavírus durante o estado de calamidade pública.

Segundo o nobre edil, o objetivo da ação seria a contribuição da Câmara Municipal a este programa para torná-lo ainda mais eficiente e garantir a destinação adequada dos recursos captados pela Câmara, gabinetes e iniciativas individuais ligadas ao parlamento.

É o breve relato do necessário. Passa-se a opinar.

O programa Cidade Solidária foi criado pelo Decreto nº 59.337, publicado em 8 de abril de 2020, cujos delineamentos se encontram descritos nos dispositivos a seguir:

Art. 1º Fica instituído no Município de São Paulo o programa de cooperação entre o poder público municipal, o setor privado e o terceiro setor denominado Cidade Solidária, que passa a ser regulado conforme as disposições deste decreto.

§ 1º O objetivo do programa Cidade Solidária é organizar, durante o estado de calamidade pública, a conjunção de esforços públicos e privados para otimizar o esforço comum de buscar a segurança alimentar e de saudabilidade básica da população carente.

§ 2º O programa consiste no estabelecimento de ações excepcionais, ágeis e desburocratizadas para o recebimento de doações pelo Município e o direcionamento racional de recursos para a aquisição e a distribuição de gêneros de primeira necessidade à população mais necessitada.

§ 3º A aquisição de bens ou serviços necessários para o cumprimento dos objetivos do programa Cidade Solidária poderá ser feita com recursos públicos, no âmbito dos vários programas assistenciais existentes, ou com recursos privados a serem doados por pessoas físicas ou jurídicas de qualquer natureza.

§ 4º O programa Cidade Solidária terá sua duração limitada à duração do estado de calamidade pública na cidade de São Paulo, e não substitui, prejudica ou interfere nos outros programas sociais já desenvolvidos atualmente pela Administração Municipal.

Art. 3º O Cidade Solidária será coordenado, excepcionalmente e apenas durante o estado de calamidade pública, pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, que deverá utilizar sua própria estrutura, física, gerencial e jurídica para apoiar a boa execução do programa.

Art. 4º O programa será custeado majoritariamente por doações ou subvenções de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, que deverão ser depositadas na conta corrente número 2020-6, Agência 1897-X, do Banco do Brasil (001) - PMSP/SMDU-Cidade Solidária – CNPJ 46.395.000/0001-39.

§ 1º Os recursos privados serão recebidos por doações, por meio de depósito na conta corrente indicada no “caput” deste artigo, de forma simples e direta, sem necessidade de formalização de qualquer instrumento de doação ou congêneres.

§ 2º Os recursos que compuserem a conta Cidade Solidária deverão ser utilizados exclusivamente para execução das ações do programa, especificamente para aquisição de bens ou serviços de primeira necessidade, armazenagem, transporte e distribuição de tais bens.

§ 3º Os recursos que forem aportados na conta Cidade Solidária serão objeto de prestação de contas específica e todas as receitas e despesas deverão ser publicadas em portal do Programa na internet.

§ 4º A execução orçamentária e financeira dos recursos do Cidade Solidária será efetivada pelas Secretarias Municipais no que se refere às suas respectivas dotações.

Como se observa, trata-se de programa instituído pelo Poder Executivo, por meio de decreto, no âmbito da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, para o recebimento de doações pelo município e o direcionamento racional de recursos para a aquisição e a distribuição de gêneros de primeira necessidade à população mais necessitada. Portanto, é uma medida de caráter essencialmente administrativa, afeta ao âmbito do Poder Executivo. A instituição de programas deve ser feita, como regra, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, ou mesmo por meio de decreto, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de cargos públicos, como é o caso do programa Cidade Solidária, que será custeado

com doações da iniciativa privada e recursos públicos de programas assistenciais já existentes. Observe-se a previsão da Constituição Federal:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II – disponham sobre:

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Assim, percebe-se que, ao menos de acordo com as informações que constam do memorando, não se vislumbra de possibilidade de adesão da Câmara Municipal no programa, seja por não deter competências nesse sentido, reservadas ao Poder Executivo, seja por não captar recursos autonomamente, já que recebe repasses através de duodécimos orçamentários. A participação do Poder Legislativo na execução do programa Cidade Solidária, ao que nos parece, deve se dar através da função fiscalizatória, apenas, já que não há no decreto, como nem poderia ser diferente, menção à participação da Câmara Municipal na execução do programa, limitado ao âmbito do Poder Executivo. Para isto, haveria necessidade de norma, seja através lei de iniciativa do Legislativo, decreto legislativo, ou instrumento congênere.

Do exposto, com o intuito de garantir a observância das atribuições institucionais do Poder Legislativo, de natureza essencialmente legislativa e fiscalizatória, no que tange à execução do programa Cidade Solidária, entendemos, s.m.j., que a Câmara Municipal de São Paulo poderá fiscalizar a execução do programa, apenas.

É a minha manifestação, que submeto à elevada apreciação de V. Sa.

São Paulo, 17 de abril de 2020.

Cíntia Laís Corrêa Brosso
Procuradora Legislativa
OAB/SP 319.729

Ref.: Consulta de SGA à Procuradoria sobre Suspensão de Prazos Administrativos
Ref. Parecer ADM nº42/2020 e Parecer SCL nº 100/2020
Assunto: Suspensão de prazos administrativos – art. 3º do Ato 1.464 de 2020

À SGA

Sr. Secretário-Geral Administrativo

O Ato nº 1.464, de 21 de março de 2020, em seu art. 3º, suspende os prazos regulamentares e legais dos processos e expedientes administrativos da Câmara Municipal, não tendo sido revogado por atos posteriores, como corretamente observado no Parecer ADM nº 42/20, que segue anexo.

O Parecer SCL nº 100/2020 aponta as razões jurídicas pelas quais *não seria viável, juridicamente, a retomada dos prazos relativos a procedimentos de sindicância e disciplinares em razão das seguintes premissas*: a) por um lado, as provas testemunhais, interrogatórios e acareações devem ser praticados na presença da comissão para serem válidos, ausente regulamentação específica que o autorize em meio virtual; b) por outro lado, a busca pela “verdade real” em procedimentos dessa natureza exigiria rígido protocolo para previsão da possibilidade de audiências virtuais, com garantias que impedissem interferência de agente externo na sua colheita, o que, ademais, faticamente não parece viável. Como um exemplo, entre outros, o parecer cita hipótese de depoimento com leitura, não perceptível em vídeo, de algum escrito com respostas formuladas por terceiro.

Permito-me ponderar, contudo, que, caso seja possível a realização de audiências, oitivas de depoimentos, etc., de forma presencial com a adoção das medidas de proteção e o distanciamento social exigidos pelas circunstâncias, com a disponibilização de espaços adequados para tanto, a premissa a, supra, restaria atendida, s.m.j., ficando, por um lado, prejudicada a necessidade de protocolo e regulamentação para audiências virtuais, como apontado em b, supra. Pondere-se ainda que a incerteza quanto ao término de processos dessa natureza gera insegurança aos sindicados ou investigados. Por outro lado, não há impedimento para os atos processuais que podem ser praticados pelo meio eletrônico ou virtual.

Porém, não se ignora que a retomada das circunstâncias de normalidade dá-se de modo ainda incerto e gradual. É possível que em processos em curso seja indispensável a oitiva de pessoas externas à casa, cujo acesso permanece restrito (art. 2º do Ato 1.461, de 12 de março de 2020), bem como envolva pessoas que integrem grupo de risco, cujo trabalho presencial é vedado (art. 6º do Ato n. 1.461/20); ou com idade superior a 60 anos, como é o caso do atual presidente da Comissão Processante Disciplinar (art. 2º do Ato nº 1.462, de 16 de março de 2020).

Assim, o parecer SCL nº 100/20, que avalizo, sugere que permaneçam suspensos os prazos dos procedimentos de sindicância e disciplinares tendo em conta as premissas ali aventadas. Cabe também sopesar a casuística porventura associada a tal decisão. Todavia, esse aspecto é **questão de mérito. Caberá, se assim se entender**

oportuno, a aprovação de Ato da Mesa para a revogação do art. 3º do Ato n. 1.464/2020. Quanto aos demais prazos, contratuais e administrativos, no âmbito desta edilidade, não se vê óbice à retomada.

Observo que no âmbito do Poder Executivo, a suspensão por trinta dias dos processos e expedientes administrativos, prevista no art. 20 do Decreto nº 59.283, de 16 de março de 2020, foi prorrogada até 30 de junho (conforme art. 1º, inc. II do Decreto nº 59.449 de 18 de maio de 2020). Esta suspensão de prazos no âmbito do Executivo admitiu diversas exceções, e não se aplicou, por exemplo, à prorrogação às licitações e contratos, conforme parágrafo único desse art. 20, inserido pelo Decreto nº 59.292, de 20 de março de 2020.

Informo, finalmente, que os prazos judiciais foram retomados a partir do dia 4 de maio de 2020, sendo que os prazos processuais já iniciados foram retomados no estado em que se encontravam no momento da suspensão, sendo restituídos por tempo igual ao que faltava para sua complementação (art. 3º da Resolução CNJ nº 314, de 20 de abril de 2020).

São Paulo, 9 de junho de 2020

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe
OAB/SP 106.017

Parecer ADM nº 0039/2020

Assunto: possibilidade de exigência de uso de máscara pelos servidores da Câmara Municipal e de realização de medição de temperatura corporal de visitantes.

Sra. Dra. Procuradora Legislativa Supervisora,

Trata-se de consulta formulada, por via eletrônica, pela Secretaria Geral Administrativa, acerca da possibilidade de o comitê de acompanhamento e controle da Covid-19, instituído pelo Ato nº 1.461/2020, exigir dos servidores da Câmara Municipal o uso de máscara no ambiente de trabalho e a respeito da possibilidade de que fosse feito através de comunicado específico ou de eventual necessidade de edição de ato da mesa da Câmara.

Ademais, a secretaria consultante indaga se poderia ser realizado o monitoramento da temperatura corporal dos visitantes, quando o prédio da Câmara Municipal for reaberto ao público externo e se seria possível impedir o acesso do visitante cuja temperatura corporal esteja mais elevada do que o padrão normal e questiona, novamente, se para isso seria necessária a aprovação de ato da mesa.

É o relatório. Opino.

O Ato nº 1.461/2020, de 12 de março de 2020, criou o Comitê de Acompanhamento e Controle da Covid-19, no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo:

Art. 8º Fica criado Comitê de acompanhamento e controle da COVID-19, no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo.

Parágrafo único. As normas de funcionamento e a composição do Comitê serão definidas mediante Portaria de SGA.

No exercício da regulamentação prevista no art. 8º colacionado, foi editada a Portaria da Secretaria Geral Administrativa nº 45.086/2020, para dispor sobre o Comitê de Acompanhamento e Controle da Covid-19, como se demonstra:

PORTARIA 45086/20

Dispõe sobre as normas de funcionamento e a composição do Comitê de acompanhamento e controle da COVID-19 a que se refere o art. 8º do Ato 1461/2020.

O SECRETÁRIO GERAL ADMINISTRATIVO, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 1º, inciso I, do Ato nº 832/2003, RESOLVE:

Art. 1º O Comitê de acompanhamento e controle da COVID-19 a que se refere o art. 8º do Ato 1461/2020 terá atuação permanente e será composto

por servidores designados pela Presidência, 1ª Secretaria, Secretaria Geral Administrativa (SGA), Secretaria de Recursos Humanos (SGA-1), Secretaria de Infraestrutura (SGA-3), Secretaria de Assistência à Saúde (SGA8), Secretaria Geral Parlamentar (SGP), Procuradoria, Centro de Comunicação Institucional (CCI) e Centro de Tecnologia da Informação (CTI).

Art. 2º O Comitê instituído terá como atribuições elaborar estratégias internas de enfrentamento do surto de COVID-19, no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, especialmente no que diz respeito à:

I – elaborar comunicados aos servidores, Vereadores e estagiários, tendo como referência as publicações do Ministério da Saúde;

II – subsidiar a elaboração de alertas visuais (cartazes, placas e pôsteres) para serem afixados em locais visíveis nas dependências do Palácio Anchieta;

III – reunir informações para diagnóstico da crise, permitindo estabelecer metas e focos de atuação;

IV – propor e planejar medidas mitigadoras e de contenção do vírus;

V – acompanhar a execução das medidas propostas, determinando a sua revisão, quando necessário.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 17 de março de 2020.

Nesse sentido, dentro das competências do Comitê de Acompanhamento e Controle da Covid-19, como medida relacionada à profilaxia da doença, questiona a Secretaria Geral Administrativa sobre a possibilidade de exigência do uso de máscara de proteção facial pelos servidores, em seu ambiente de trabalho, que estejam trabalhando presencialmente no momento e para todos os demais, posteriormente, após o termo do prazo de suspensão dos trabalhos presenciais, fixada inicialmente, pelos Atos nº 1.462/2020 e 1.464/2020, e com seu termo prorrogado pelo Ato nº 1.469/2020, como se observa a seguir:

Ato nº 1.462, de 16 de março de 2020:

Art. 4º Os servidores lotados nas unidades de assessoria e apoio institucional subordinadas diretamente à Mesa Diretora poderão, a critério da Chefia, realizar suas atividades presenciais das 10h às 19h, em dias alternados ou em sistema de rodízio.

§ 1º Caberá às Chefias respectivas organizar o sistema da alternância ou de rodízio resguardando o quantitativo mínimo de recursos humanos para garantir o funcionamento das unidades.

§ 2º A organização da escala mencionada no parágrafo anterior deve observar, sempre que possível, uma distribuição física que evite adensamento no ambiente de trabalho.

§ 3º Nos dias em que o servidor estiver dispensado do exercício presencial de suas atividades deverá cumprir jornada em regime de teletrabalho, se

com este compatíveis, não podendo se ausentar do município de residência.
§ 4º Caberá às Chefias atestar a frequência dos servidores em regime de teletrabalho.

Ato nº 1.464, de 20 de março de 2020:

Art. 1º Este Ato disciplina medidas administrativas de prevenção à infecção e propagação da COVID-19, no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, relativas aos processos e expedientes administrativos, em complemento ao Ato nº 1.461, de 12 de março de 2020, ao Ato nº 1.462 de 16 de março de 2020 e ao Ato nº 1.463, de 18 de março de 2020.

Art. 2º A prestação dos serviços de forma presencial na Câmara fica suspensa por 30 dias, a partir da entrada em vigor deste Ato.

§ 1º Nos Gabinetes de Vereadores fica facultada a manutenção do serviço sob a forma presencial, desde que observado o número máximo de 02 (dois) servidores em cada gabinete, dando-se preferência ao teletrabalho.

§ 2º As Chefias das unidades de assessoria e apoio institucional à Mesa Diretora da Câmara Municipal deverão designar servidores para comparecimento quando as atividades desempenhadas assim o exigirem, ou quando requerido pela Presidência.

Como se afirmou, o Ato nº 1.469/2020 prorrogou o termo final da suspensão da prestação parcial de serviços de forma presencial até o dia 10 de maio de 2020, a que se refere o art. 2º, do Ato nº 1464/2020.

Desse modo, ao retornarem ao trabalho presencial, e atualmente, a todos os servidores que estejam, ainda que parcialmente, exercendo suas funções presencialmente, nas dependências físicas da Câmara Municipal, questiona-se da possibilidade de se exigir o uso de máscara de proteção facial.

Como é cediço, no atual momento, em que se busca prevenir o avanço do número de casos de contágio pela SARS CoV-2, o uso de máscaras de proteção facial é considerada um dos meios profiláticos mais eficazes, sendo recomendado o seu uso pelo Ministério da Saúde (Nota Informativa nº 3/2020 – CGGAP/DESF/SAPS/MS) e pela Organização Mundial da Saúde, sempre que for inevitável o contato social.

Nesta toada, o Decreto Municipal nº 59.384/2020, de 29 de abril de 2020, prevê a obrigatoriedade do uso de máscara de proteção facial no âmbito do transporte municipal de passageiros, conforme se observa:

Art. 1º Fica determinada a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção facial por:

I – motoristas, cobradores e passageiros dos ônibus integrantes do Sistema Municipal de Transporte Coletivo Público de Passageiros;

II – trabalhadores dos terminais municipais de ônibus;

- III – motorista e passageiro de transporte individual de passageiros por táxi;
- IV – motorista e passageiro de transporte individual por aplicativo de que trata o Decreto nº 56.981, de 16 de maio de 2016.

Pelas mesmas razões, o Decreto Municipal nº 59.360/2020, de 15 de abril de 2020, recomenda o uso de máscara de proteção facial pela população do município de São Paulo, sem prejuízo de todas as recomendações profiláticas e de isolamento social das autoridades públicas.

Nessa esteira, o Decreto Estadual nº 64.959/2020, de 4 de maio de 2020, de maneira ainda mais enfática, determina o que segue:

Decreta:

Art. 1º Enquanto perdurar a medida de quarentena instituída pelo Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020, fica determinado, em complemento ao disposto no Decreto nº 64.956, de 29 de abril de 2020, o uso obrigatório de máscaras de proteção facial, preferencialmente de uso não profissional:

I – nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população;

II – no interior de:

a) estabelecimentos que executem atividades essenciais, aos quais alude o § 1º do artigo 2º do Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020, por consumidores, fornecedores, clientes, empregados e colaboradores;

b) em repartições públicas estaduais, pela população, por agentes públicos, prestadores de serviço e particulares.

Como se observa, o Decreto estadual referido torna obrigatório o uso de máscaras de proteção facial nos espaços de acesso aberto ao público, e no interior de estabelecimentos que executem atividades essenciais e em repartições públicas estaduais, abrangendo tanto os agentes públicos, empregados, empregadores, como os particulares frequentadores.

A preservação de interesses coletivos pode levar a uma mitigação do exercício de alguns direitos por parte dos particulares, em virtude do poder de polícia administrativa. O poder de polícia pode ser conceituado como “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor de interesse da coletividade”.¹

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, por vezes, leva à adoção de medidas que imprimem uma restrição das liberdades individuais, sob o amparo da lei. Sendo certo que “os limites do poder de polícia são demarcados pelo

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77

interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo, assegurados na Constituição Federal (art. 5º)".²

A exemplo do que vem sendo decretado para os transportes públicos municipais e para as repartições públicas estaduais e espaços abertos ao público no âmbito do Estado de São Paulo, e com o fim de se privilegiar um interesse coletivo, ligado à preservação da saúde da população, poderia ser exigido dos servidores o uso de máscara de proteção facial. No entanto, como se trata de material necessário para o desempenho do trabalho, acaso venha a ser exigência funcional, seja em relação aos servidores públicos estatutários, seja em relação aos celetistas, devemos pontuar que devem ser fornecidas as máscaras pela edilidade, até mesmo como medida de proteção ao salário (art. 7º, inciso X, da Constituição Federal) e também da saúde e segurança do trabalhador (art. 7º, inciso XXII e art. 39, §3º, da Constituição Federal).

Em relação aos celetistas, a CLT determina:

Art. 166 A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

§ 2o Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

Destarte, caso a Câmara Municipal determine a obrigatoriedade do uso de máscaras no ambiente de trabalho, ficará responsável por provê-las, seja aos servidores estatutários, seja aos celetistas.

Assim, se o objetivo for tornar obrigatório o uso de máscara, com natureza jurídica de dever funcional, com consequências disciplinares para o seu descumprimento, e obrigatório, portanto, o seu custeio pela edilidade, há a necessidade de aprovação de ato da mesa.

Caso, no entanto, se trate apenas de recomendação de uso de máscara pelos funcionários, o Comitê de Acompanhamento e Controle da Covid-19, independentemente de ato normativo, poderia expedir comunicado específico.

2. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 492.

No que tange ao segundo questionamento, referente à possibilidade de realização da medição de temperatura corporal dos frequentadores das dependências físicas da Câmara Municipal, entendemos que a medida pode ser enquadrada como manifestação do poder de polícia. Como se sabe, a frequência de pessoas estranhas aos quadros de funcionários da Câmara está suspensa desde 12 de março, através do Ato nº 1.461, de 12 de março de 2020:

Art. 2º Apenas terão acesso à Câmara Municipal de São Paulo senhores Vereadores, servidores, estagiários, terceirizados, profissionais de veículos de imprensa, assessores de entidades e órgãos públicos e fornecedores e empregados que prestam serviços na Câmara Municipal.

§1º A restrição estabelecida no caput não se aplica aos convocados ou convidados por requerimento aprovado por comissão ou pelo Plenário da Câmara Municipal de São Paulo e a quem tenha audiência agendada com Vereador, previamente comunicada à Administração, bem como às crianças matriculadas no Centro de Educação Infantil e aos respectivos responsáveis legais, desde que não enquadrados nos casos de afastamento previstos neste Ato.

§2º A restrição de que trata o caput aplica-se ao público externo que queira acessar a Biblioteca, Restaurante-Escola, Escola do Parlamento e Ouvidoria, mantidos os seus canais externos de atendimento.

Art. 3º Fica suspensa a realização nas dependências da Câmara Municipal de São Paulo de eventos coletivos não diretamente relacionados às atividades legislativas do Plenário e das comissões.

Parágrafo único. Ficam abrangidas pela suspensão de que trata este artigo as sessões solenes, ainda que realizadas externamente, eventos de Lideranças Partidárias e de frentes parlamentares, visitaçaõ institucional e outros programas patrocinados pela Câmara Municipal de São Paulo.

Contudo, quando houver a abertura das dependências da Câmara Municipal para o público externo, amparado no exercício do poder de polícia e na possibilidade de estipulação de critérios para o uso comum de bens públicos de uso especial, emerge o questionamento que aqui se apresentou, no sentido de se permitir a medição de temperatura corporal e de se impedir o ingresso dos que se apresentarem com temperatura superior à média dos padrões médicos.

Devemos apontar que, ao menos no atual estágio de conhecimento científico da doença SARS CoV-2, não há consenso a respeito da eficácia da medida. E em virtude disto, a Organização Mundial da Saúde (OMS), inclusive através da Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), integrante da OMS nas Américas, não elege esta medida como recomendada aos países, pela falta de suporte científico para tal, embora entenda que cada país é livre para adotar as medidas que entender adequadas para a contenção do contágio da doença. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária

(Anvisa) também não recomenda a adoção da medida, por entender que não há eficácia comprovada.

Por isso, entendemos que, para a adoção da medida, e para a correta instrução do processo, o expediente deva ser encaminhado à SGA-8 a fim de que se manifeste a respeito das razões da adoção da medida, acaso seja favorável. Caso SGA-8 entenda a medida eficaz para a profilaxia da doença, para que a exigência se configure, há a necessidade de aprovação de ato da mesa da Câmara Municipal.

Nesse caso, se algum visitante estiver com a temperatura acima da prevista na regulamentação da mesa da Câmara Municipal, baseada em padrões médicos reconhecidos, poderá ser impedido de acessar as dependências internas do prédio público, já que um dos atributos do poder de polícia é a autoexecutoriedade.

Esclareça-se que não se confunde o impedimento da entrada de visitante com temperatura elevada com qualquer forma de sanção, ainda que de polícia, já que não decorrente de infração administrativa ou ato antijurídico, mas sim, de autoexecutoriedade do poder de polícia, com vistas à preservação da saúde pública. “A sanção de polícia é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração”.³

Diante de todo o exposto, concluímos que:

- a) quanto à possibilidade de exigência de uso de máscaras no ambiente de trabalho, por parte dos servidores estatutários e celetistas, há a necessidade de edição de ato da mesa da Câmara Municipal, devendo ser fornecida gratuitamente pela edilidade aos servidores estatutários e celetistas; já se, por outro lado, se adotar contornos de recomendação, o Comitê de Acompanhamento e Controle da Covid-19 detém poderes para expedir comunicados específicos;
- b) já em relação ao monitoramento da temperatura corporal dos visitantes, a viabilidade da medida está condicionada à apresentação de argumentos médicos que reforcem o caráter profilático e de eficácia; e, caso comprovada, a sua exigência está sujeita à edição de ato da mesa diretora específico para tal.

É a minha manifestação, que submeto ao escrutínio de V. Sa.

São Paulo, 7 de maio de 2020.

Cíntia Laís Corrêa Brosso
Procuradora Legislativa
OAB/SP 319.729

3. Carvalho Filho (*op. cit.*, p. 95).

Parecer ADM nº 0040/2020

Assunto: reflexos da Emenda Constitucional nº 106/2020, que institui o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento da calamidade pública decorrente do coronavírus, na Câmara Municipal de São Paulo.

Sra. Dra. Procuradora Legislativa Supervisora,

Trata-se de consulta formulada, por via eletrônica, pela Secretaria Geral Administrativa, na qual solicita análise e manifestação desta Procuradoria acerca dos eventuais reflexos da promulgação da Emenda Constitucional nº 106/2020, que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente da pandemia de Covid-19, para a Câmara Municipal.

É o relatório. Opino.

No dia 07 de maio de 2020, foi promulgada e publicada a Emenda Constitucional nº 106/2020, que instituiu regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Entendemos ser válida a sua transcrição integral, para conhecimento:

Art. 1º Durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia, a União adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nesta Emenda Constitucional.

Art. 2º Com o propósito exclusivo de enfrentamento do contexto da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos, no seu período de duração, o Poder Executivo federal, no âmbito de suas competências, poderá adotar processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes, dispensada a observância do § 1º do art. 169 da Constituição Federal na contratação de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, limitada a dispensa às situações de que trata o referido inciso, sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle.

Parágrafo único. Nas hipóteses de distribuição de equipamentos e insumos de saúde imprescindíveis ao enfrentamento da calamidade, a União adotará critérios objetivos, devidamente publicados, para a respectiva destinação a Estados e a Municípios.

Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.

Parágrafo único. Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

Art. 4º Será dispensada, durante a integralidade do exercício financeiro em que vigore a calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, a observância do inciso III do caput do art. 167 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Ministério da Economia publicará, a cada 30 (trinta) dias, relatório com os valores e o custo das operações de crédito realizadas no período de vigência do estado de calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional.

Art. 5º As autorizações de despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional e de seus efeitos sociais e econômicos deverão:

I – constar de programações orçamentárias específicas ou contar com marcadores que as identifiquem; e

II – ser separadamente avaliadas na prestação de contas do Presidente da República e evidenciadas, até 30 (trinta) dias após o encerramento de cada bimestre, no relatório a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Decreto do Presidente da República, editado até 15 (quinze) dias após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, disporá sobre a forma de identificação das autorizações de que trata o caput deste artigo, incluídas as anteriores à vigência desta Emenda Constitucional.

Art. 6º Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, os recursos decorrentes de operações de crédito realizadas para o refinanciamento da dívida mobiliária poderão ser utilizados também para o pagamento de seus juros e encargos.

Art. 7º O Banco Central do Brasil, limitado ao enfrentamento da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, e com vigência e efeitos restritos ao período de sua duração, fica autorizado a comprar e a vender:

I – títulos de emissão do Tesouro Nacional, nos mercados secundários local e internacional; e

II – os ativos, em mercados secundários nacionais no âmbito de mercados financeiros, de capitais e de pagamentos, desde que, no momento da compra, tenham classificação em categoria de risco de crédito no mercado local equivalente a BB- ou superior, conferida por pelo menos 1 (uma) das 3 (três) maiores agências internacionais de classificação de risco, e preço de referência publicado por entidade do mercado financeiro acreditada pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º Respeitadas as condições previstas no inciso II do caput deste artigo, será dada preferência à aquisição de títulos emitidos por microempresas e por pequenas e médias empresas.

§ 2º O Banco Central do Brasil fará publicar diariamente as operações realizadas, de forma individualizada, com todas as respectivas informações, inclusive as condições financeiras e econômicas das operações, como taxas de juros pactuadas, valores envolvidos e prazos.

§ 3º O Presidente do Banco Central do Brasil prestará contas ao Congresso Nacional, a cada 30 (trinta) dias, do conjunto das operações previstas neste artigo, sem prejuízo do previsto no § 2º deste artigo.

§ 4º A alienação de ativos adquiridos pelo Banco Central do Brasil, na forma deste artigo, poderá dar-se em data posterior à vigência do estado de calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, se assim justificar o interesse público.

Art. 8º Durante a vigência desta Emenda Constitucional, o Banco Central do Brasil editará regulamentação sobre exigências de contrapartidas ao comprar ativos de instituições financeiras em conformidade com a previsão do inciso II do caput do art. 7º desta Emenda Constitucional, em especial a vedação de:

I – pagar juros sobre o capital próprio e dividendos acima do mínimo obrigatório estabelecido em lei ou no estatuto social vigente na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional;

II – aumentar a remuneração, fixa ou variável, de diretores e membros do conselho de administração, no caso das sociedades anônimas, e dos administradores, no caso de sociedades limitadas.

Parágrafo único. A remuneração variável referida no inciso II do caput deste artigo inclui bônus, participação nos lucros e quaisquer parcelas de remuneração diferidas e outros incentivos remuneratórios associados ao desempenho.

Art. 9º Em caso de irregularidade ou de descumprimento dos limites desta Emenda Constitucional, o Congresso Nacional poderá sustar, por decreto legislativo, qualquer decisão de órgão ou entidade do Poder Executivo relacionada às medidas autorizadas por esta Emenda Constitucional.

Art. 10. Ficam convalidados os atos de gestão praticados a partir de 20 de março de 2020, desde que compatíveis com o teor desta Emenda Constitucional.

Art. 11. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação e ficará automaticamente revogada na data do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional.

Como podemos observar, trata-se de emenda constitucional avulsa, que não modifica o texto da Constituição Federal, seja em seu corpo fixo, seja em sua parte transitória (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT), que, contudo, integra o chamado “bloco de constitucionalidade”. Demais disso, percebe-se que a EC nº 106/2020 também possui vigência transitória (art. 11), sendo revogada automaticamente na data de encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional, que se estabeleceu através do Decreto Legislativo nº 06/2020, e está prevista para durar até 31 de dezembro de 2020.

1. REGIME EXTRAORDINÁRIO FISCAL, FINANCEIRO E DE CONTRATAÇÕES

1.1. Processo Simplificado de Contratação de Pessoal em Caráter Temporário e Emergencial e de Obras, Serviços e Compras

Durante a vigência do estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão da pandemia de coronavírus, a União deverá adotar regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender as necessidades advindas daquela, desde que a utilização dos sistemas regulares seja incompatível com a urgência das circunstâncias.

Tal regime engloba processos simplificados de contratação de pessoal e de obras, serviços e compras. Cuida-se de exceção temporária à regra da licitação e do concurso público. Tais processos simplificados somente poderão ser utilizados para ações voltadas ao enfrentamento da calamidade pública e dos efeitos sociais e econômicos e limitado ao seu período de duração.

A Emenda Constitucional nº 106/2020 estabelece que a União poderá realizar processo simplificado de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial. A simplificação consiste na ausência de necessidade de observância do art. 169, §1º, da Constituição Federal.

Como é cediço, a Carta Constitucional excepciona a exigência de concurso público nos casos de contratações temporárias para atender a necessidades excepcionais:

Art. 37 [...]

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Contudo, a necessidade de observância da prévia dotação orçamentária e de autorização específica na LDO não é excepcionada, de modo que mesmo em contratações por tempo determinado devem ser observados tais requisitos. Observe-se:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

A previsão da EC 106/2020 retira esta necessidade das contratações de que trata o art. 37, inciso IX. Portanto, as contratações temporárias de pessoal cujo propósito exclusivo seja o enfrentamento da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos, durante seu período de duração, não terão que ter previsão na LDO e nem prévia dotação orçamentária.

De outra ponta, a emenda estabelece a possibilidade de adoção de processos simplificados de contratação de obras, serviços e compras, que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes.

No entanto, o mais importante, e que devemos frisar, é que tal regra se aplica somente ao Poder Executivo Federal, portanto, não se estende aos Municípios e nem muito menos, à Câmara Municipal de São Paulo.

1.2. Distribuição de Equipamentos e Insumos de Saúde

A União, quando da distribuição de equipamentos e insumos relacionados ao enfrentamento da calamidade pública decorrente da pandemia, aos estados e municípios, deverá adotar critérios objetivos, devidamente publicados.

Tal norma visa o estabelecimento de parâmetros que evitem a criação de privilégios aos entes federados, para a garantia do equilíbrio federativo. Acima de tudo, devemos ter em mente que a atividade financeira do Estado deve sempre se pautar pelas necessidades públicas. Nesse sentido leciona o professor Régis Fernandes de Oliveira:

Quando a Constituição Federal estabelece que à União compete cuidar de determinado assunto, cria um dever, no sentido de que esta passa a estar obrigada a fazer determinada atividade.

[...]

Quem define as necessidades públicas é a Constituição Federal e as leis que a complementam. A definição é jurídica e depende do momento histórico. Não existem necessidades indefinidas, etéreas e que ficam ao sabor dos literatos.

[...]

Tais reflexões podem ser úteis para um raciocínio preciso. Aqui cuida-se do que o Estado precisa para atingir suas finalidades. O Estado define, na Constituição e nas leis, do que vai cuidar. Se utilizarmos os conceitos filosóficos, os fins serão sempre contingentes porque podem mudar de acordo com o tempo, com as vicissitudes, com as alterações dos interesses.

A necessidade, no ângulo jurídico, tem conteúdo daquilo que, por força de preceito jurídico ou de evento excepcional obriga a atuação do Estado.

[...]

As necessidades públicas são anônimas, embora possam alcançar apenas uma parcela da comunidade. O que vale é que haja uma decisão política que se juridicize com a inserção dos interesses em norma jurídica, seja de nível constitucional, seja de nível infraconstitucional. Não pode haver, diga-se de passagem, qualquer atuação do Estado sem que insito esteja o interesse público. Neste ponto, ambos são absolutamente coincidentes. O Estado jamais age no atendimento de interesse estritamente particular (grifos do autor).¹

E ainda complementa:

A efetivação dos direitos fundamentais e democráticos pressupõe a escolha dos instrumentos e a liberação de verbas para o atendimento e realização das políticas públicas. O atendimento dos interesses básicos da sociedade pressupõe a tomada de uma decisão política do gasto. Este é, essencialmente, uma deliberação política, isto é, fundada na conveniência e oportunidade do interesse público. Como os recursos são finitos, a arte de bem administrar pressupõe a boa decisão na escolha.²

Nesse sentido, o município de São Paulo, como titular do direito ao recebimento de insumos e equipamentos de saúde relacionados ao enfrentamento da

1. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 77-79.

2. *Ibid.*, 329.

calamidade pública decorrente da pandemia, a serem doados pela União, por meio dos critérios objetivos que venham a ser estabelecidos, poderá buscar a garantia da observância de tais regras na distribuição dos bens a que tiver direito.

A Câmara Municipal, por seu turno, através do exercício de sua função fiscalizatória (art. 31, *caput*, da Constituição Federal), poderá verificar a observância das regras objetivas na distribuição dos insumos de saúde doados pela União ao Poder Executivo municipal, podendo exigir a prestação de contas, não apenas do uso desses bens pela Secretaria Municipal de Saúde, mas também do recebimento, e notificando ao Poder Executivo, em caso de recebimento aquém do estabelecido no regramento federal.

2. DISPENSA DAS LIMITAÇÕES LEGAIS AO AUMENTO DE DESPESA E RENÚNCIA DE RECEITAS

Segundo a EC nº 106/2020, “desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita”.

Em regra, a realização de ação governamental que gere aumento de despesa ou concessão de benefício tributário que acarrete renúncia de receitas, deve obedecer a algumas limitações legais, previstas na Lei Complementar Federal nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal e na Constituição Federal, a saber:

Lei de Responsabilidade Fiscal

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete **aumento da despesa** será acompanhado de:

I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II – declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II – compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.
[...]

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra **renúncia de receita** deverá estar acompanhada de **estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes**, atender ao disposto na **lei de diretrizes orçamentárias** e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a **renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária**, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de **medidas de compensação**, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Constituição Federal:

Art. 150

[...]

§ 6º Qualquer **subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão**, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante **lei específica, federal, estadual ou municipal**, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

[...]

Art. 165

[...]

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de **demonstrativo regionalizado do efeito**, sobre as receitas e despesas, decorrente de **isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia**.

O que a EC nº 106/2020 estabeleceu foi que durante o regime extraordinário, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo que tenham o propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas ficam dispensados da observância dessas limitações legais, desde que isso não implique despesas permanentes. Como não há limitação à esfera federal, diferente da previsão do art. 2º da emenda, aplica-se a disposição a todos os entes federativos, inclusive

ao município de São Paulo. Portanto, tendo-se única e exclusivamente a redação da Emenda Constitucional, a Câmara Municipal de São Paulo não necessitará observar as limitações constitucionais e legais relativas às proposições que visem à renúncia de receitas ou ao aumento de despesas, quando relacionados ao enfrentamento da pandemia.

É importante alertar, por fim, que, nos termos da ADI nº 6.357 – MC/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo afastamento das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias Federal (Lei Federal nº 13.898/2019) relativas à demonstração de adequação com a Lei Orçamentária Anual e compensação orçamentária para a criação e expansão de programa governamental que acarrete aumento de despesa, desde que destinado ao enfrentamento da Covid-19, muito embora a ação tenha sido extinta por perda superveniente de objeto, por pedido da Advocacia-Geral da União (AGU), após o referendo da cautelar, em razão da aprovação da Emenda Constitucional nº 106/2020, (“Orçamento de Guerra”), já que a norma constitucional atendia ao que foi pedido na inicial da ADI nº 6357 pelo presidente da República, autor da ação, e deferido na medida cautelar.

Ficou consignado, ademais, que o afastamento de tais exigências legais é válido para todos os entes federativos que tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus, como é o caso do município de São Paulo (Decreto nº 59.283/2020). Colacionamos o dispositivo da cautelar concedida, em que se afirma sua aplicabilidade aos demais entes federados, além da União Federal, a quem se dirigia a ação inicialmente:

Diante do exposto, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR na presente ação direta de inconstitucionalidade, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19.

Ressalto que, a presente MEDIDA CAUTELAR se aplica a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19. (ADI nº 6.357 – MC/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. 29.03.2020)

Impende ressaltar, entretanto, que embora o artigo 3º da Emenda Constitucional nº 106/20 também possa ser aplicado aos municípios, necessário se

faz lembrar que estamos em ano de eleições municipais e o § 10 do artigo 73,³ da Lei Federal nº 9.504/97, dispõe sobre a impossibilidade de distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios pela administração pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de *programas sociais* autorizados em lei e já em execução orçamentária no ano anterior. Assim sendo, a fim de se realizar uma melhor análise da matéria, entendemos pelo encaminhamento da consulta ao Setor do Processo Legislativo da Procuradoria desta casa.

3. AUTORIZAÇÃO A QUE EMPRESAS EM DÉBITO COM O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL CONTRATEM COM O PODER PÚBLICO OU RECEBAM BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS E CREDITÍCIOS

A Emenda Constitucional nº 106/2020 afasta a aplicabilidade do art. 195, § 3º, da Constituição Federal, durante a vigência do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus:

Art. 195

[...]

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Destarte, excepcional e temporariamente, a pessoa jurídica, ainda que em débito com o sistema da seguridade social, poderá celebrar contrato e receber benefícios fiscais do poder público, inclusive do município de São Paulo. Desta feita, a Câmara Municipal de São Paulo poderia vir a celebrar contratos com empresas em débito com o sistema de seguridade social, enquanto viger o estado de calamidade pública.

3. **Art. 73.** São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: [...] § 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a *distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios* por parte da administração pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de *programas sociais* autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

4. DISPENSA DA OBSERVÂNCIA DO ART. 167, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Segundo a Emenda Constitucional nº 106/2020, durante o exercício financeiro em que vigore a calamidade pública decorrente do coronavírus, pode ser dispensada a observância do art. 167, inciso III, da Constituição Federal, que reproduzimos a seguir:

Art. 167. São vedados:

[...]

III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

Assim, como regra, são vedadas operações de crédito, ou seja, operações que gerem endividamento, em valores que excedam o total das despesas de capital, salvo as autorizadas pelo Poder Legislativo por maioria absoluta, mediante créditos suplementares ou especiais.

As operações de crédito são definidas pela LC 101/2000:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

[...]

III – operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

Já as despesas de capital são investimentos, inversões financeiras e transferências de capital, segundo o art. 12, *caput*, da Lei nº 4.320/1964, ou seja, são gastos produtivos da administração, que geram aumento do patrimônio público.

A previsão do artigo 167, inciso III, da Constituição Federal é conhecida como “regra de ouro” da responsabilidade fiscal pela doutrina, segundo a qual o poder público não deve se endividar mais do que investe em despesas produtivas, ou seja, não deve se endividar para pagamento de valores que excedem as suas despesas de capital. Ou de outra forma, não é permitido o endividamento para o pagamento de despesas de custeio.

Desta forma, durante o exercício financeiro em que vigorar o estado de calamidade pública decorrente da Covid-19, ou seja, durante o exercício de 2020, poderão ser realizadas operações de crédito que excedam o montante das despesas de

capital, de modo que as despesas de custeio, para manutenção de serviços anteriormente criados (art. 12, §1º, da Lei nº 4320/1964), tais como despesas de pessoal e compra de materiais de consumo, como EPIs, medicamentos, necessários para o enfrentamento da pandemia, possam ser viabilizadas, ainda que mediante empréstimos que excedam as despesas de capital.

Trata-se de previsão plenamente aplicável ao município de São Paulo, sendo certo que durante o exercício de 2020 as operações de crédito poderão exceder as despesas de capital. Como o Orçamento é uno, o Orçamento do município de São Paulo poderá ter operações de crédito superiores ao montante de despesas de capital, sendo possível, dessa forma, vislumbra-se, em alguma medida um impacto nos valores de duodécimos que serão destinados à Câmara Municipal de São Paulo.

5. PROGRAMAÇÃO ORÇAMENTÁRIA ESPECÍFICA E PRESTAÇÃO DE CONTAS AVALIADA SEPARADAMENTE

De acordo com o art. 5º da Emenda Constitucional nº 106/2020, as autorizações de despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional e de seus efeitos sociais e econômicos deverão constar de programações orçamentárias específicas ou contar com marcadores que as identifiquem; e ser separadamente avaliadas na prestação de contas do presidente da República e evidenciadas, até 30 (trinta) dias após o encerramento de cada bimestre, no relatório a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição Federal.

Art. 165

[...]

§ 3º O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

Assim, o art. 5º da Emenda Constitucional nº 106/2020 estabelece a separação das despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade pública do orçamento, através de programações orçamentárias específicas ou com marcadores que as identifiquem no orçamento, devendo ser avaliadas separadamente na prestação de contas do presidente da República.

Essa regra estende-se ao orçamento dos demais entes federados, de modo que, no caso do município de São Paulo, as despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade pública deverão ter marcadores específicos no orçamento e devem ser avaliadas separadamente pela Câmara Municipal de São Paulo na prestação de contas do prefeito (art. 165, §3º, da Constituição Federal).

6. UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO PARA PAGAMENTO DOS JUROS E ENCARGOS

Durante a vigência da calamidade pública nacional, os recursos decorrentes de operações de crédito realizadas para o refinanciamento da dívida mobiliária poderão ser utilizados também para o pagamento de seus juros e encargos, de acordo com o art. 6º da Emenda Constitucional nº 06/2020.

A dívida mobiliária é a dívida decorrente de títulos públicos emitidos para financiar as despesas do Estado, sendo que o refinanciamento da dívida mobiliária, conhecido também como rolagem da dívida pública é a emissão de outro título público para substituição de um título anterior a vencer, pagando-se o principal e atualização monetária, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

[...]

II – dívida pública mobiliária: dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios;

[...]

V – refinanciamento da dívida mobiliária: emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária.

[...]

§ 4º O refinanciamento do principal da dívida mobiliária não excederá, ao término de cada exercício financeiro, o montante do final do exercício anterior, somado ao das operações de crédito autorizadas no orçamento para este efeito e efetivamente realizadas, acrescido de atualização monetária.

A Emenda Constitucional nº. 106/2020 permite que o refinanciamento da dívida mobiliária durante a pandemia estabeleça não somente o pagamento do título público e da sua atualização monetária, mas também dos juros e encargos a ele inerentes.

Como a emissão de títulos públicos por parte dos estados e municípios encontra-se vedada, desde a edição da Resolução do Senado Federal nº 43/2001, não podem ser realizadas operações de refinanciamento de dívida mobiliária por parte do município de São Paulo, de modo que não há aplicabilidade deste dispositivo da emenda ao município, limitando-se ao âmbito federal.

7. AUTORIZAÇÃO PARA O BANCO CENTRAL COMPRAR E VENDER TÍTULOS DE EMISSÃO DO TESOIRO E OUTROS ATIVOS

Segundo o art. 7º da Emenda Constitucional, o Banco Central do Brasil, limitado ao enfrentamento da calamidade pública nacional, decorrente do coronavírus, e com vigência e efeitos restritos ao período de sua duração, fica autorizado a comprar e a vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, nos mercados secundários local e internacional; e os ativos, em mercados secundários nacionais no âmbito de mercados financeiros, de capitais e de pagamentos, desde que, no momento da compra, tenham classificação em categoria de risco de crédito no mercado local, conferida por pelo menos 1 (uma) das 3 (três) maiores agências internacionais de classificação de risco, e preço de referência publicado por entidade do mercado financeiro acreditada pelo Banco Central do Brasil.

Trata-se de previsão divorciada da realidade municipal, por óbvio.

8. SUSTAÇÃO DAS DECISÕES DO PODER EXECUTIVO

Em caso de irregularidade ou de descumprimento dos limites da Emenda Constitucional nº 106/2020, o Congresso Nacional poderá sustar, por decreto legislativo, qualquer decisão de órgão ou entidade do Poder Executivo relacionada às medidas autorizadas por esta Emenda Constitucional. Do mesmo modo, a Câmara Municipal poderá sustar atos do Poder Executivo que desrespeitem os limites da Emenda Constitucional.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, concluímos que, de todas as disposições da Emenda Constitucional nº 106/2020, são aplicáveis ou produzem efeitos no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo as seguintes previsões:

- a) a) o direito de obter insumos e equipamentos de saúde essenciais ao combate da calamidade pública segundo os critérios objetivos fixados pela União, inclusive podendo exigir do Poder Executivo Municipal que tome medidas para o exercício desse direito (art. 2º, parágrafo único da EC 106/2020);
- b) b) dispensa da observância das limitações constitucionais e da Lei de Responsabilidade Fiscal relativas às proposições que visem à renúncia de receitas ou ao aumento de despesas (art. 3º, *caput*, da EC 106/2020);

- c) c) autorização de celebração de contratos com empresas em débito com o sistema de seguridade social, enquanto viger o estado de calamidade pública (art. 3º, parágrafo único da EC 106/2020);
- d) d) possibilidade de que as operações de crédito excedam as despesas de capital, durante o exercício de 2020 no orçamento municipal (art. 4º, da EC 106/2020), dispensando-se a observância da “regra de ouro”;
- e) e) necessidade de separação das despesas relacionadas ao enfrentamento da pandemia das demais despesas do orçamento, através de programações orçamentárias específicas ou marcadores que as identifiquem e avaliação separada na prestação das contas do prefeito referida no §3º, do art. 165, da Constituição Federal (art. 5º, da EC 106/2020);
- f) f) possibilidade de a Câmara Municipal proceder à sustação de atos do Poder Executivo que desrespeitem os limites da Emenda Constitucional (art. 9º, da EC 106/2020).

Recomendamos, por fim, o encaminhamento do presente expediente aos Setores de Contratos e Licitações e de Processo Legislativo desta Procuradoria para orientação específica no que se refere aos eventuais impactos da Emenda Constitucional 106/2020 nos contratos e licitações desta casa e aos projetos legislativos durante o período de calamidade pública, bem como a comunicação à Consultoria Técnica de Economia e Orçamento (CTEO), especialmente no que se refere aos reflexos aqui apontados na elaboração orçamentária e na análise das contas do prefeito do município de São Paulo.

É a minha manifestação, que submeto ao escrutínio de V. Sa.

São Paulo, 15 de maio de 2020.

Cíntia Laís Corrêa Brosso
Procuradora Legislativa
OAB/SP 319.729

Parecer ADM nº 0043/2020

Assunto: filme publicitário sobre medidas adotadas pela Câmara Municipal para o enfrentamento da crise causada pela Covid-19.

Sra. Dra. Procuradora Legislativa Supervisora,

Trata-se de consulta formulada, por via eletrônica, pela Diretoria de Comunicação Externa, na qual solicita análise e manifestação desta Procuradoria acerca de filme publicitário desenvolvido para a Campanha Publicitária Institucional “Câmara de Portas Abertas”, a ser veiculado em TV aberta e demais mídias digitais.

Segundo a Ordem de Serviço nº 02/2020 – Institucional Câmara de Portas Abertas, referente ao contrato nº 04/2019, que tem como objeto a prestação do serviço de publicidade de competência da Diretoria de Comunicação Externa, com a contratada Octopus Comunicação Ltda., o serviço se refere a estudo, planejamento, conceituação, concepção, criação, desenvolvimento e produção, pesquisa de avaliação e/ou geração de conhecimento e distribuição da campanha institucional Câmara de Portas Abertas.

Ademais, a ordem de serviço mencionada busca “Apresentar os principais projetos e atividades da Câmara; Mostrar que a Câmara acolhe opiniões, pleitos e críticas da população e os transforma em melhorias efetivas para a cidade e seus habitantes; Conscientizar a população, por meio de exemplos concretos, sobre o papel e a importância da Câmara Municipal e convidar a população a se envolver e participar cada vez mais do dia a dia do Legislativo Municipal”.

É o relatório. Opino.

Sobre o tema da publicidade dos atos de governo, a Constituição Federal, no parágrafo 1º do artigo 37, determina que seja observado o princípio da impessoalidade, nestes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Da redação do artigo, depreende-se que a publicidade efetuada pelos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo caracterizar promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Assim sendo, em momento algum, ou seja, mesmo em período não eleitoral, poderá o órgão público, ao realizar publicidade de seus atos, fazer promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Percebe-se ter o legislador constitucional se pautado no interesse público e pelos princípios da moralidade e da impessoalidade, previstos no *caput* do artigo, na redação do parágrafo primeiro, visando impedir que o dinheiro público venha a ser utilizado para promoção pessoal de autoridades e servidores públicos.

No entanto, devemos lembrar que publicidade institucional não se confunde com propaganda eleitoral, não podendo, através daquela, o agente político realizar publicidade de seus atos, promovendo-se com o uso de recursos públicos. Alexandre de Moraes faz interpretação de referido parágrafo em sua obra *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, dissertando:

Não poderão, portanto, as autoridades públicas utilizar-se de seus nomes, de seus símbolos ou imagens para, no bojo de alguma atividade publicitária, patrocinada por dinheiro público, obterem ou simplesmente pretenderem obter promoção pessoal, devendo a matéria veiculada pela mídia ter caráter eminentemente objetivo para que atinja sua finalidade constitucional de educar, informar ou orientar, e não sirva, simplesmente, como autêntico *marketing* político.

[...]

Essa vedação abrange a inclusão de nomes, símbolos ou imagens que vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, sob pena de ferimento aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa.

Dessa forma, o que se percebe é que a publicidade não pode ser vinculada a uma autoridade específica, podendo, conseqüentemente, ser realizada publicidade institucional. Como se sabe, o objetivo da previsão constitucional não é vedar a divulgação dos atos do governo, mas apenas, evitar a utilização desses atos como forma de promoção pessoal do administrador. A publicidade dos atos de governo visa à educação e à informação da destinação dos recursos públicos. Necessário esclarecer que não se trata de limitar o direito-dever do administrador de promover a transparência, mas apenas de se proibir a sua utilização de forma indevida, que se caracteriza mediante qualquer tipo de *marketing* pessoal do detentor do Poder.

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade administrativa – Município de Cruzeiro – Prefeita - Publicidade com o propósito de promoção pessoal – Desvio de finalidade caracterizado – Afronta aos princípios constitucionais da

publicidade e da moralidade – Caracterização do ato de improbidade administrativa – Ocorrência de dano ao erário – Violação aos artigos 10, “*caput*” e IX, da Lei 8.429/92 e 37, “*caput*” e § 1º, da CF – Adoção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para aplicação das sanções – Sentença de improcedência – Recurso parcialmente provido. (Autos nº 0003774-07.2013.8.26.0156. J. 25.09.2017)

A administração pública, quando fizer publicidade de atos, programas, obras e serviços, não pode incluir nomes, símbolos ou imagens, que de qualquer modo vinculem a matéria divulgada à governante ou servidor público, eis que tal divulgação é apenas de caráter educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do art. 37, § 1º, da CF, que preza os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 263.817-1/1, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Yoshiaki Ichihara, 05-02-1997, v.u., RT 743/263).

De outra ponta, necessário distinguir propaganda eleitoral extemporânea de propaganda institucional irregular. Thales Tácito Cerqueira e Camila A. Cerqueira diferenciam, na obra *Direito eleitoral esquematizado, propaganda eleitoral extemporânea e propaganda institucional irregular*, explicitando:

a) Propaganda eleitoral extemporânea (art. 36, §3º, da Lei nº 9.504/97): pune a propaganda explícita, ‘aquela que pede o voto para algum candidato ou partido político, ou que tenha nítida característica e propósito eleitoral’. Dessa forma, mera exposição à mídia ou divulgação de atos de governo ou serviços públicos não se sujeita à propaganda eleitoral extemporânea (antes de 06 de julho) ou irregular (após 06 de julho); logo, não se incorre em multa do art. 36, §3º, da Lei n. 9.504/97. Nos casos de inobservância da impessoalidade na publicidade dos atos de governo, aplicar-se-á as penalidades do art. 74 da Lei n. 9.504/97 (propaganda institucional).

O TSE, quando percebe que a propaganda é institucional, apesar de estar em harmonia com o art. 37 da CF/88, mas tem nítida intenção de antecipar a postulação da candidatura, aplica a multa do art. 36 (Acórdão n. 752/2005). Isso porque, como vimos no conceito de ‘propaganda eleitoral’, uma forma de dissimulação desta no período proibido é ‘a razão que induza à conclusão que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública’ (Acórdão n. 16.183/2000 do TSE). Ademais, o art. 74 (propaganda institucional desvirtuada) incide a partir do registro de candidatura, enquanto o art. 36, §3º (propaganda extemporânea disfarçada de propaganda institucional), a partir do ano eleitoral. No Acórdão do TSE na RP n. 752/2006, o TSE foi competente para julgar questão relativa à ofensa ao art. 37, §1º, da CF/88 fora do período eleitoral.

b) Propaganda institucional (art. 74 da Lei n. 9.504/97): exposição à mídia ou divulgação de atos de governo ou serviços públicos quando em total desarmonia com o art. 37, §1º, da CF/88, porém, a partir do registro de candidatura. Se for 3 meses antes do pleito, caracteriza o art. 73, VI, b, da Lei n. 9.504/97, e não o art. 74.

Quando da publicidade institucional ficar nítida a intenção de postular candidatura, mesmo estando em harmonia com o artigo 37, §1º, da CF/88, ter-se-á propaganda extemporânea, que tem início com o começo do ano eleitoral, dando ensejo à aplicação da multa prevista no artigo 36, §3º, da Lei nº 9.504/97.

Necessário ressaltar que a lei dispõe, no *caput* do art. 36 da Lei nº 9.504/97, que a propaganda eleitoral somente é permitida a partir de 15 de agosto do ano da eleição, ficando vedado qualquer tipo de propaganda eleitoral no período anterior a 15 de agosto do ano da eleição.

A lei eleitoral trouxe, a fim de melhor esclarecer o que não é considerado propaganda eleitoral e que poderá ser praticado no período anterior a 15 de agosto, algumas hipóteses de condutas, a seguir transcritas:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

Art. 36-B. Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições.

Parágrafo único. Nos casos permitidos de convocação das redes de radiodifusão, é vedada a utilização de símbolos ou imagens, exceto aqueles previstos no § 1º do art. 13 da Constituição Federal.

Do que se apontou, percebe-se que não é permitido que no vídeo haja qualquer conteúdo que resvale a propaganda eleitoral, ou seja, que na mensagem veiculada possa evidenciar-se a intenção da disputa eleitoral e cuja mensagem possa influir na vontade do eleitor. Com efeito, tal prática de um lado implicaria em ofensa ao citado artigo 37, § 1º, e de outro em propaganda eleitoral fora do período permitido.

Desse modo, a publicidade institucional, que não se confunde com propaganda eleitoral, não poderá ser veiculada nos três meses anteriores ao pleito. Importante destacar que publicidade institucional não se confunde com publicidade legal. Esta

diz respeito à publicidade necessária de ser veiculada tendo em vista comando legal, enquanto aquela diz respeito à publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta. Assim sendo, a publicidade legal é aquela necessária de ser feita, e que, em regra, é realizada por meio do Diário Oficial da Cidade e por jornais de grande circulação, nos termos da Lei Orgânica do Município, pode continuar a ser veiculada no período de três meses anteriores ao pleito. Aquela que não tem essa natureza, ou seja, que se configura como publicidade institucional, não poderá ser veiculada, não importando o meio de comunicação que venha a ser utilizado. A seguir, encontra-se trecho de julgado em que se diferencia a publicidade legal e obrigatória daquela considerada institucional.

REPRESENTAÇÃO ELEITORAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – PARTIDO COLIGADO ATUANDO EM JUÍZO SEM A PARTICIPAÇÃO DA OUTRA AGREMIÇÃO QUE FORMOU A COLIGAÇÃO – AÇÃO PROTOCOLIZADA APÓS O PLEITO – LEGITIMIDADE CONCORRENTE DA COLIGAÇÃO E DOS PARTIDOS POLÍTICOS QUE A TENHAM INTEGRADO PARA AGIR ISOLADAMENTE – PROEMIAL AFASTADA.

A regra prevista no art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.504/1997 deve ser observada até a data da eleição. Realizado o pleito, tanto a coligação como os partidos que a integraram, passam a possuir legitimidade concorrente para propor, isoladamente, ações visando apurar e reprimir condutas que tenham maculado a regularidade do processo eleitoral.

– REPRESENTAÇÃO ELEITORAL AJUIZADA EM FACE DE DIVERSAS CONDUTAS – CONDENAÇÃO DECORRENTE DE SUPOSTA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM PERÍODO VEDADO PELA LEGISLAÇÃO ELEITORAL E ALEGADA PERSEGUIÇÃO POLÍTICA A SERVIDORES – EDITAL DE LICITAÇÃO PUBLICADO NA VÉSPERA DA ELEIÇÃO – INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE INTERRUÇÃO DE LICENÇA SEM VENCIMENTO – NÃO CONFIGURAÇÃO DE CAPTAÇÃO CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS APTA A CASSAR O DIPLOMA – ACERVO PROBATORIO FRÁGIL E TEMERÁRIO A ROBORAR AS DEMAIS CONDUTAS – AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS E INCONTROVERSAS – IMPROCEDÊNCIA. A publicação de edital de licitação não pode ser considerada publicidade institucional para efeito de aplicação da legislação eleitoral, já que não tem por objetivo enaltecer ato, obra, programa, serviço ou campanha do poder público.

Descaracterizada a veiculação de publicidade institucional em desacordo com a legislação eleitoral, não há como concluir, nesse caso, pela suposta ocorrência de conduta vedada aos agentes públicos, restando inviabilizada possível cassação de diploma.

A narração de diversos comportamentos supostamente ilícitos, sem que

contudo sejam produzidas provas robustas e incontroversas a demonstrar sua aptidão para macular a regularidade e a legitimidade do pleito, não autoriza a cassação dos diplomas de candidatos representados em face da prática de condutas que infringem à Lei das Eleições.

Afigura-se irrazoável, dentro de um regime democrático, desconstituir a vontade popular, expressa por meio do sufrágio, com base em acervo probatório frágil e temerário. (RREP – RECURSO EM REPRESENTAÇÃO n° 2110 – Barra Velha/SC – Acórdão n° 20325 de 21/11/2005 – Relator(a) PEDRO MANOEL ABREU (grifo nosso)).

Como se observa do vídeo apresentado, objeto desta consulta, a mensagem divulgada visa à difusão e ao reforço de informações relacionadas ao combate da pandemia de coronavírus, tais como a realização de medidas de higiene pessoal, uso de máscaras de proteção pessoal e distanciamento social, de modo que possui caráter educativo e informativo.

Porém, observa-se a apresentação de medidas adotadas pelo Poder Legislativo, no que se refere ao enfrentamento da pandemia, tais como a transferência de recursos do orçamento da Câmara para a área da saúde (Lei n° 17.338/2020, que institui o Fundo Especial de Despesas da Câmara Municipal de São Paulo, para prever a transferência de valores para a Conta Única do Tesouro Municipal, a serem preferencialmente utilizados em ações vinculadas à Secretaria Municipal da Saúde e à Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social no enfrentamento ao coronavírus no Município de São Paulo) e a redução do subsídio de vereadores e da verba Auxílio-Encargos Gerais de Gabinete (Resolução n° 04/2020).

Devemos destacar que as medidas mencionadas no vídeo publicitário correspondem a normas e programas efetivamente implementados no âmbito do Legislativo Municipal, sendo certo que o vídeo ganha contornos de prestação de contas da Câmara Municipal aos cidadãos, bem como possui caráter informativo, sem menção ou representação de autoridades ou servidores, que aparecem com seu perfil esfumado.

No que se refere à normativa eleitoral e às proibições existentes, já que no ano de 2020 serão realizadas eleições municipais, devemos acrescentar neste opinativo alguns dispositivos da legislação eleitoral, de conhecimento obrigatório sobre o assunto. A Lei Federal n° 9.504/1997 traz, em seu art. 73, condutas vedadas aos agentes públicos em anos eleitorais. No tocante ao tema aqui tratado, verifica-se o que segue:

Art. 73. São **proibidas** aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VI – **nos três meses que antecedem o pleito:**

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas,

obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

VII – realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito;

§ 3º As vedações do inciso VI do *caput*, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma.

As previsões das alíneas b e c do inciso VI somente devem passar a ser observadas a partir de 4 de julho de 2020, três meses antes do pleito (4 de outubro de 2020). Assim, a proibição de veiculação de propaganda institucional só vigora a partir de 4 de julho, quando nenhuma forma de propaganda institucional é permitida, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. Do mesmo modo, só a partir de 4 de julho é vedado fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo. Por ora, até o dia 3 de julho do ano corrente, tais vedações ainda não estão vigentes.

Contudo, a previsão do inciso VII já se encontra em plena produção de efeitos, de modo que as despesas com publicidade não deverão exceder a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos, quais sejam: 2019, 2018 e 2017.

Destarte, é necessário atentar-se se com a despesa decorrente da execução da ordem de serviço 02/2020 do contrato nº 04/2019, as despesas totais com serviço de publicidade da Câmara Municipal estarão de acordo com a previsão do inciso VII do art. 73, da Lei nº 9.504/1997, ou seja, dentro da média dos gastos nos primeiros semestres dos anos de 2017, 2018 e 2019.

Diante de todo o exposto, entendemos que o vídeo apresentado pode ser veiculado, no modo como produzido, com a imagem dos servidores e autoridades esfumaçadas, desde que seja veiculado somente até o dia 03 de julho de 2020 e desde que com as despesas decorrentes da ordem de serviço nº 02/2020, do contrato nº

04/2019, as despesas com publicidade no primeiro semestre de 2020 estejam dentro da média de gastos do primeiro semestre dos anos de 2019, 2018 e 2017.

É a minha manifestação, que submeto ao escrutínio de V. Sa.

São Paulo, 19 de maio de 2020.

Cíntia Laís Corrêa Brosso
Procuradora Legislativa
OAB/SP 319.729

Parecer SCL n. 104/2020

Assunto: Análise quanto a possíveis reflexos da Emenda Constitucional n. 106/2020 nas contratações da CMSP

Sr. Procurador Legislativo Supervisor,

Em atendimento à solicitação da Sra. Procuradora-Chefe, segue estudo referente à Emenda Constitucional n. 106, de 7 de maio de 2020, publicada no *Diário Oficial da União* de 8 de maio de 2020 que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

Cumpre registrar que em 27 de março de 2020 foi ajuizada pelo presidente da República uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) n. 6357, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo presidente da República, com o objetivo de conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao art. 114, *caput, in fine*, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020), neste momento de crise em razão da pandemia de COVID-19. Em 29 de março de 2020 foi concedida medida cautelar pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes, “ad referendum” do Plenário da Suprema Corte nos seguintes termos:

CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, *caput, in fine* e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19. Ressalto que, a presente MEDIDA CAUTELAR se aplica a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19.

Note-se que, na decisão monocrática prolatada, o eminente ministro entendeu que a medida cautelar se aplica a todos os entes federativos que tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19.

Durante a tramitação da referida Adin, foi editada a Emenda Constitucional n. 106/2020 que trata do mesmo assunto. Em razão da edição dessa emenda, em 13 de maio de 2020 – sendo a ata de julgamento publicada no *Diário de Justiça Eletrônico*

de 2 de junho de 2020 – o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, decidiu naquela Adin, por maioria, referendar a medida cautelar deferida e extinguir a ação por perda superveniente de objeto, nos termos do voto do relator.

O único ponto divergente entre o objeto da Adin e a EC n. 106/2020 é a destinação desta última, pois em seu art. 2º, “*caput*”, há disposição no sentido de que a EC aplica-se ao Poder Executivo federal, no âmbito de suas competências.

Diante disso, durante o julgamento da Adin por videoconferência, o ministro relator Alexandre de Moraes ponderou que o mérito da ação é exatamente o mesmo do art. 3º da EC, não havendo interesse em prosseguir com a ação. Contudo, não seria possível interpretar os artigos da LRF impugnados sem se observar para todos os entes federativos o art. 3º da EC n. 106/2020. Com esse entendimento, foi traçada simetria entre o objeto da Adin e as disposições da EC n. 106/2020, aplicando-se a EC aos três entes da federação: União, estados e municípios.

Sendo aplicável aos municípios e, portanto, ao município de São Paulo, passamos à análise dos dispositivos da EC n. 106/2020 e seus reflexos, especialmente, nas contratações desta casa legislativa.

Em primeiro lugar, destacuemos a vigência e seu encerramento. As disposições da EC n. 106/2020 aplicam-se durante a vigência do estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia de Covid-19 (art. 1º).

A EC n. 106/2020 trata de regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos nela definidos (art. 1º). Ressalte-se o requisito da urgência.

De acordo com o art. 2º, com o propósito exclusivo de enfrentamento do contexto da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos, no seu período de duração, o poder público, no âmbito de suas competências, poderá adotar processos simplificados, dentre outros, de obras, serviços e compras que assegurem, quanto possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes.

Neste ponto, é importante mencionarmos a Lei Federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, publicada no *Diário Oficial da União* de 7 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

O art. 4º dessa lei federal cria nova modalidade temporária de dispensa de licitação, simplificada, sem limite de valor, para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

A Lei Federal n. 13.979/2020 tem sido utilizada nas compras de itens e/ou serviços relacionados a coronavírus no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo para os casos em que a urgência o justifique.

Dando prosseguimento à análise da EC n. 106/2020, o art. 3º dispõe quanto à possibilidade de ultrapassar os limites legais para aumento de despesa e de conceder

ou ampliar incentivo ou benefício de natureza tributária da qual ocorra renúncia de receita, desde que as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo não impliquem despesa permanente, tenham propósito exclusivo de enfrentar a calamidade pública e suas consequências sociais e econômicas, e tenham vigência e efeitos restritos à duração da situação de calamidade pública.

O parágrafo único do art. 3º da EC n. 106/2020 suspende a eficácia do § 3º do art. 195 da Constituição Federal, qual seja, a proibição de a pessoa jurídica em débito com a seguridade social contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

É importante observar que, numa interpretação sistemática, o parágrafo único do art. 3º deve ser lido conjuntamente com o seu “*caput*”, isto é, para dispensa da regularidade com os débitos da seguridade social, devem ser obedecidas as condições impostas no “*caput*” do artigo.

Ainda em relação à documentação fiscal, insta ressaltar que, para as dispensas de licitação simplificadas e sem limite de valor para bens ou serviços relacionados a coronavírus, o art. 4º-F da Lei Federal n. 13.979/2020, incluído pela Medida Provisória n. 926/2020, prevê a possibilidade de dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, mas somente na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviços, além do preenchimento das condições previstas no art. 4º-B, também incluído pela Medida Provisória n. 926/2020, quais sejam: I – ocorrência de situação de emergência; II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; III – existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

O art. 4º-F da Lei Federal n. 13.279/2020 excluía a possibilidade de dispensa da regularidade com a seguridade social, o que restou prejudicado pela disposição da EC n. 106/2020.

Quanto às autorizações de despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade pública nacional e de seus efeitos econômicos e sociais, o art. 5º da EC n. 106/2020 dispõe que deverão:

- I – constar de programações orçamentárias específicas ou contar com marcadores que as identifiquem; e
- II – ser separadamente avaliadas na prestação de contas do Chefe do Poder e evidenciadas, até 30 (trinta) dias após o encerramento de cada bimestre, no relatório resumido da execução orçamentária a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição Federal.

O art. 10 da EC n. 106/2020 convalida os atos de gestão praticados a partir de 20 de março de 2020, data do Decreto Legislativo n. 6, que reconheceu a ocorrência

do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020. Os atos de gestão devem ser compatíveis com o teor da emenda.

Do breve relato acima, ao contrário de ilações no sentido de que a EC n. 106/2020 seria um “cheque em branco” ao administrador público, verifica-se que os seus dispositivos são de eficácia limitada no tempo, mediante o preenchimento de condições e as devidas justificativas da autoridade competente, sempre dentro de uma situação excepcional de urgência.

Portanto, embora aplicável ao município de São Paulo, no âmbito das contratações da Câmara Municipal de São Paulo, dada a natureza de Poder Legislativo, parece-nos de limitado no mérito o alcance a aplicabilidade da EC n. 106/2020.

Digno de nota o parecer da Advocacia Geral da União – Parecer 00012/2020/CNMLC/CGU/AGU que trata, dentre outros assuntos, da inteligência da EC n.106/2020 e providências a serem tomadas, com as seguintes conclusões:

XIV – Para contratações feitas com fundamento na Lei n. 13.979/20, a dispensa de apresentação de regularidade para com a seguridade social, prevista nos arts. 1º e 3º da Emenda Constitucional n. 106/2020, pode ser aplicada apenas nos termos do art. 4º-F da Lei n. 13.979/20, de forma justificada e com o preenchimento dos requisitos previstos no citado artigo;

XV – Quanto a contratações feitas com base em outros diplomas normativos, a aplicação da dispensa de apresentação de regularidade para com a seguridade social, prevista nos arts. 1º e 3º da Emenda Constitucional n. 106/2020 remanesce possível (apenas para a regularidade para com a seguridade social), dependendo de justificativa da necessidade de assim fazê-lo e da demonstração da inviabilidade da contratação sem essa medida, em razão de restrição dos fornecedores e urgência para realização da contratação.

Citamos também o Parecer Referencial da Advocacia Geral da União n. 00011/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU que trata da necessidade de justificativas na aplicação da Lei Federal n. 13.979/2020 que trata das dispensas de licitação para bens e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus e pode ser utilizado como parâmetro para a aplicação da EC n. 106/2020, pois aborda princípios gerais.

44. É importante esclarecer que emergência é a situação decorrente de fatos imprevisíveis que impõem imediatas providências por parte da Administração sob pena de potenciais prejuízos. Assim, deve estar bem evidenciado o risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

[...]

46. Assim, deve ser evidenciado o nexo causal entre a contratação direta e a eliminação do risco de dano com a efetiva demonstração da relação entre a necessidade a ser atendida e a solução concreta adequada.

[...]

59. Com relação à justificativa do preço, trata-se de um dever imposto ao Administrador, que tem por finalidade confirmar a razoabilidade do valor da contratação, conferindo por consequência, probidade e moralidade ao ajuste.

60. A necessidade da justificativa do preço decorre dos princípios da motivação, da economicidade, legalidade, legitimidade e da razoabilidade, bem como da imperiosa necessidade de se bem atender o interesse público, por meio de uma gestão eficiente e proba dos recursos públicos. Trata-se de dever da Autoridade assessorada, responsável pela gestão dos recursos públicos a ela confiados. Ou seja, por força do previsto no art. 25, § 2º, da Lei Federal n. 8.666/1993, deve ser evitada a qualquer custo a configuração de superfaturamento de preços, que constitui causa de vício na contratação:

[...]

Ressalte-se ainda que a justificativa da contratação deve compreender os quantitativos estimados da aquisição condizente com o consumo/utilização prováveis do órgão, aferida mediante adequadas técnicas para tanto, em conformidade com o que dispõe o art. 15, §7º, inc. II, pois dela dependerá o cálculo do valor contratual.

Vale mencionar, ainda, o Acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU n. 1417/2020, Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, sessão telepresencial realizada em 3 de junho de 2020 que, no mérito dispôs:

5.52. Ressalte-se que esse posicionamento está condizente com os dispositivos inseridos na recentíssima Emenda Constitucional n. 106, publicada no Diário Oficial da União de 8/5/2020, que instituiu regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia, informalmente conhecida como “orçamento de guerra”.

5.53. O artigo 3º do referido documento, transcrito abaixo, é expresso em diferenciar as despesas permanentes dos gastos direcionados ao enfrentamento da crise da Covid-19, afastando-se as normas de finanças públicas apenas nesse último caso (grifos nossos).

Digno de nota também o Acórdão TCU n. 1335/2020, Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, sessão telepresencial realizada em 27 de maio de 2020, que tratou de compras realizadas pelo Ministério da Saúde, com fundamento na Lei Federal n. 13.979/20, que trata das dispensas de licitação para bens e insumos de saúde

destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, e que pode servir de parâmetro para a aplicação da EC n. 106/2020 no que tange à justificativa:

RELATÓRIO

[...]

II – DO ACOMPANHAMENTO DAS CONTRATAÇÕES

[...]

30. Não há, contudo, detalhamento nos processos das fases anteriores que culminaram na decisão de compra como, por exemplo: justificativa específica da necessidade da contratação, a quantidade de serviço a ser contratada com as respectivas memórias de cálculo e a destinação do objeto contratado. O que se observa são projetos básicos ou explicações sem grande nível de detalhamento, que normalmente relacionam a necessidade de aquisição de forma genérica à situação emergencial como, por exemplo, a justificativa abaixo extraída do processo 25000.041371/2020-24:

[...]

31. Apesar de a Lei 13.979/2020 ter reduzido o número de procedimentos e exigências relativos às aquisições para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, tais como a exigência de estudos preliminares (art. 4º-C, incluído pela Medida Provisória 926 de 20/3/2020), a vultuosidade das contratações e o bom trato da coisa pública exigem, mesmo que de maneira menos formal e mais célere, o mínimo de motivação dos atos administrativos.

[...]

36. [...] Na análise em questão, foram identificadas possíveis irregularidades e riscos relacionados, principalmente, ao dimensionamento dos quantitativos, à logística de aquisição e distribuição dos produtos, à pesquisa de preços e à capacidade operacional da empresa.

[...]

V – Do Acompanhamento das contratações

[...]

48. Ou seja, segundo a norma, cabe adotar procedimentos mínimos para a contratação, o que, por certo, demandam a justificativa, mesmo que por estimativa, dos quantitativos a serem adquiridos.

[...]

9. ACÓRDÃO

[...]

9.1.2. com fundamento no art. 4º – E, § 1º, da Lei 13.979/2020, instrua os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus com a devida motivação dos atos por meio da inclusão nos autos, no mínimo, de justificativas específicas da necessidade da contratação,

da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação do objeto contratado;

Insta ressaltar que também observamos reserva do Poder Judiciário em relação às consequências da aplicação da presente Emenda Constitucional. Como exemplo citamos o acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 2080883-02.2020.8.26.0000 do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. José Maria Câmara Júnior, julgado em 26 de maio de 2020. O referido acórdão trata de suspensão de parcelamento tributário de ICMS, mas no voto divergente, o desembargador Leonel Costa declara:

Ninguém sabe para onde vai o rombo das contas públicas depois dos saques desordenados a que estão sendo submetidas pelos tais “orçamentos de guerra” e pelas imposições políticas de toda ordem. O capital estrangeiro está arredo ou em fuga, assustado com a desordem brasileira. E há os estragos internos provocados pelo confinamento, a paralisação do setor produtivo, o desemprego, a perda de renda, a falta de futuro.

CONCLUSÃO

Em síntese, as medidas previstas na EC n. 106/2020, devem ser apreciadas com cautela pelo administrador público em geral e, especificamente, no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, é de se adotar a máxima cautela, principalmente considerando-se que estamos em um ano em que haverá pleito eleitoral para os cargos eletivos municipais, bem como a própria natureza do Poder Legislativo, observando-se sempre o rol de exigências e obedecendo-se os parâmetros impostos no texto legal e endossados pelos órgãos de controle, quais sejam:

- caracterização da situação de urgência;
- necessidade de pronto atendimento dessa situação;
- existência de risco efetivo certificada no processo de contratação;
- limitação da contratação à parcela necessária para pronto atendimento da situação de emergência;
- planejamento para a contratação de parcelas necessárias futuras, dentro do período de calamidade pública;
- restrição de fornecedores ou prestadores de serviços, devidamente comprovada no processo de contratação;
- exclusivamente para itens, serviços ou obras de combate à pandemia;
- não implique despesa permanente;
- observância dos princípios gerais da Lei Federal n. 8.666/93.

É o parecer que submeto à criteriosa apreciação de V. Sa.

São Paulo, 10 de junho de 2020.

Conceição Faria da Silva
Procuradora Legislativa
Setor de Contratos e Licitações
OAB/SP n. 209.170

Parecer SCL n. 082/2020

Assunto: Consulta de SGA referente à situação de emergência e estado de calamidade pública decorrentes da Covid-19.

Sr. Procurador Legislativo Supervisor,

O Sr. Secretário Geral Administrativo encaminhou consulta por *e-mail* referente às aquisições excepcionais em face da situação de emergência e estado de calamidade pública decorrentes da Covid-19, nos seguintes termos: a) qual o enquadramento legal deve ser utilizado nas aquisições relacionadas à Covid-19; b) se a recomendação dessa Procuradoria para que seja repetida a dispensa eletrônica, caso ela seja deserta ou fracassada, deve ser mantida para estas aquisições.

Com relação ao primeiro questionamento, mostra-se oportuna a aplicação da Lei Federal n. 13.979/20, tendo em vista que objetivou disciplinar medidas de enfrentamento ao coronavírus.

Neste particular, esta lei, de cunho geral, aplica-se aos municípios e demais entes, visto se tratar de lei geral em matéria de licitações (CF, art. 22, XXII). Ademais, em seu art. 4º e seguintes dispõe especificamente sobre as hipóteses em que a licitação é dispensável para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insuamos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Nesse sentido, no âmbito do município de São Paulo, também existe legislação específica sobre o tema, qual seja a Lei n. 17.335/20 (art. 12) e o Decreto n. 59.283/20, posteriormente alterado pelo Decreto n. 59.362/20, os quais tratam da mesma temática.

Quanto ao segundo questionamento, entendo que o entendimento da repetição da dispensa eletrônica, caso ela seja deserta ou fracassada, deve ser mantido, em regra.

Todavia, com relação às compras referentes à pandemia da Covid-19, havendo justificativa quanto à urgência da aquisição, esta exigência pode sucumbir em razão da razoabilidade e da excepcionalidade da situação.

Ademais, destaco recente edição da MP n. 961/20 (7/5/2020) que trouxe importantes alterações na legislação atual no que diz respeito à autorização para pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, assim como a adequação dos limites de dispensa de licitação e ampliação o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), durante o estado de calamidade pública.

Devo ressaltar que as peculiaridades envolvendo esta medida provisória encontram-se em análise por parte desta Procuradoria, que em momento oportuno se pronunciará quanto à sua aplicação nesta CMSP.

Por fim, a título de conclusão e em resposta aos questionamentos apresentados por SGA, *s.m.j*, sugiro: a) que sejam aplicadas as seguintes legislações referentes às aquisições excepcionais em face da situação de emergência e estado de calamidade pública decorrentes da Covid-19, quais sejam, a Lei Federal n. 13.979/20 (art. 4º e seguintes), bem como a Lei Municipal n. 17.335/20 (art. 12) e o Decreto n. 59.283/20, posteriormente alterado pelo Decreto n. 59.362/20; b) A regra que exige a repetição da dispensa eletrônica, caso ela seja deserta ou fracassada, deve ser mantida, excepcionando-se tão somente quanto às compras referentes à pandemia da Covid-19 e havendo justificativa quanto à urgência da aquisição.

É o parecer que submeto à criteriosa apreciação de V. Sa.

São Paulo, 7 de maio de 2020.

Danielle Piacentini Stivanin
Procuradora Legislativa
OAB/SP nº 289.456

Nota técnica

NOTA TÉCNICA n. 1/2020

Assunto: Projeto de Resolução – redução percentual de valor de subsídios de vereadores, e auxílios-encargos gerais de gabinete em função da pandemia do coronavírus – estruturação de cargos e remuneração de servidores que não implique aumento de despesas – possibilidade – adequação formal; redução de vencimentos de servidores ocupantes de cargos de livre provimento em comissão – inconstitucionalidade, independentemente do veículo normativo – inteligência do art. 37, XV da Constituição Federal (CF).

Trata-se de apreciar, com urgência, o aspecto formal relativo ao veículo normativo compatível com a ordem jurídica vigente tendo em vista a apresentação pela Mesa Diretora da Câmara Municipal de **Projeto de Resolução** visando a que, enquanto perdurarem os efeitos da situação de calamidade pública no Município de São Paulo, objeto do Decreto Municipal n. 59.291, de 20 de março de 2020, sejam reduzidos, em determinados percentuais:

- I – O subsídio dos vereadores, fixado na Resolução da Câmara Municipal de São Paulo n. 01/2016;
- II – O denominado Auxílio-Encargos Gerais de Gabinete, previsto no art. 43 da Lei 13.637 de 4 de setembro de 2003;
- III – A remuneração dos servidores ocupantes de cargos de livre provimento em comissão, do quadro de servidores da Câmara Municipal de São Paulo, conforme fixado pela Lei n. 13.637, de 10 de setembro de 2003, e legislação correlata.

A matéria há de ser analisada à luz dos artigos 48, *caput*, 51, inciso IV e 52, inciso XIII: da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a **sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52**, dispor sobre todas as matérias de competência da União;

[...]

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

[...]

IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

[...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

Faço notar que, entre as competências exclusivas do Congresso, está a de fixação de subsídio para os deputados federais e os senadores (art. 49, inc. VI). Assim, independe de sanção do chefe do Poder Executivo, explicitamente, por determinação da Constituição Federal, a fixação de subsídios de parlamentares, razão pela qual o Projeto de Resolução, ao prever acerca de subsídios de parlamentares, por tal veículo normativo, não há de sofrer qualquer reparo quanto à forma.

Todavia, o art. 29, inc. VI da Constituição Federal dispõe que “o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente”, com o qual guarda simetria o art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Parece-nos que o impedimento gerado pela regra da anterioridade da legislatura compreende a inalterabilidade do subsídio dos edis durante a legislatura.

Assim, em tese, a redução da remuneração dos vereadores por meio do projeto ora apresentado poderá ser acusada de, formalmente, infringir o art. 29, inc. VI, da Constituição Federal, denominada “regra da legislatura”. Com efeito, há julgados nesse sentido, tais como:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 1º, § 2º, *in fine*, e art. 3º da Lei nº 7.062, de 4 de julho de 2011, do Município de Piracicaba. Previsão de reajuste anual do subsídio dos Vereadores. Inconstitucionalidade. Inobservância da denominada “regra da legislatura”, segundo a qual os subsídios dos Vereadores devem ser fixados para a legislatura seguinte. Art. 29, VI, da Constituição Federal. Deliberação dos Vereadores sobre a conveniência e oportunidade de reajustar seus próprios subsídios. Inadmissibilidade, sob pena de esvaziamento do significado do dispositivo constitucional. Norma que, ademais, vincula a revisão anual dos subsídios dos Vereadores aos índices adotados para os servidores públicos municipais. Manifesta infringência do art. 115, XV, da Constituição do Estado de São Paulo. Ação julgada procedente (ADI 2204416-08.2014, Rel. Des. ANTONIO CARLOS VILLEN, j. 27.04.2016).

Especificamente quanto à Resolução n. 01/2016 da CMSP, fixando os subsídios de 2017 a 2020, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na ADIn n. 0000627-14.2017.8.26.000 (rel. des. Borelli Tomaz, j. 8.11.2017) embora tenha reconhecido a constitucionalidade da mencionada resolução, considerou inconstitucional o art. 2º da resolução, que previa o reajuste anual do subsídio, exatamente por violação ao

art. 29, inc. VI da CF, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) mantido tal decisão no AG. REG. no RE n. 1.126.828/SP.

No entanto, cabe invocar também o art. 37, inc. XV da Constituição Federal, segundo o qual o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.238-MC/DF, sob a relatoria do ministro Ilmar Galvão, assentou, com base nos termos do art. 37, inc. XV, da Constituição, a impossibilidade de retenção salarial ser utilizada como meio de redução de gastos com pessoal com o objetivo de adequação aos limites legais ou constitucionais de despesa. Tal entendimento veio a ser confirmado pelo ministro Roberto Barroso, ao negar provimento ao RE 836.198 PB, j. 7.06.2016). Também no RE/SP n. 213.524 o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela manutenção da decisão do Tribunal de Justiça local que revogou a redução dos subsídios dos vereadores, tendo o voto vencedor do ministro Marco Aurélio, indicando que

[...] a cláusula referente à fixação da remuneração na legislatura em curso visa a colar ao ato equidistância, independência, razão pela qual o momento propício estaria no período que antecede ao pleito, já que com este ter-se-ia a ciência dos que viriam a beneficiar-se da nova fixação. Esse enfoque atende à *mens legis* da norma constitucional. A razão de ser de fixar-se ao término da legislatura em curso a nova remuneração está, justamente, em buscar-se a almejada equidistância, obstaculizando-se, assim, procedimento que implique legislar em causa própria ou em prejuízo daqueles de facção política contrária.

Assim, em princípio, parece-nos que a medida de redução dos subsídios somente seria possível se estivesse comprometido o limite previsto no §1º, do art. 29-A da Constituição Federal, o que não é o caso. Assim, a proposta, em tese, pode ser contestada em razões de afronta formal (violação à “regra da legislatura”) e material (violação à irredutibilidade material) às normas constitucionais. No entanto, não se pode ignorar que a inaudita pandemia deflagrada neste ano, com devastador impacto econômico e social, tem suscitado novos enfoques jurídicos para situações e medidas a ela relacionadas, que privilegiem a solidariedade.

A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 6357 MC/DF, em voto do ministro relator Alexandre de Moraes, *ad referendum* do Plenário da Corte, conferiu interpretação conforme à Constituição Federal a dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) para, durante a emergência em saúde pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da Covid-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias com relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação da Covid-19, ressaltando que a medida cautelar se aplica a todos os entes federativos que, nos termos

constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia.

Lembre-se ainda que o STF, em julgado paradigmático, atentou para a prevalência dos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro sobre outros, não reconhecendo o *direito adquirido* dos pensionistas que não pagavam a contribuição à Previdência (ADIn 3.105, relator ministro Cezar Peluso, j. 18-8-2004).

De qualquer modo, ressalte-se que a medida extrema da qual se cogita – redução de subsídios de parlamentares no curso da legislatura, em que pesem as apontadas normas constitucionais relativas à anterioridade e à irredutibilidade – haveria de estar expressamente relacionada a medidas de enfrentamento ao combate à pandemia, tal como se deu na Lei n. 17.338 de 14 de abril de 2019, aprovada nesta Casa. Com efeito, ali restou consignado expressamente que

[...] em virtude da situação de emergência e de calamidade pública decorrentes do coronavírus, como medida excepcional, no exercício de 2020 deverá a Mesa Diretora da Câmara Municipal, por ato próprio, transferir o saldo [...] do Fundo Especial de Despesas da Câmara Municipal à Conta Única do Tesouro Municipal.

E ainda:

Os valores transferidos na forma prevista no *caput* deste artigo deverão, preferencialmente, ser utilizados em ações vinculadas à Secretaria Municipal da Saúde e à Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social no enfrentamento ao coronavírus no Município de São Paulo.

Assim, ficaria plasmada a razão pela qual medida tão extrema, e em princípio desafiadora das normas constitucionais relativas à anterioridade e à irredutibilidade dos subsídios, seria admissível em face da circunstância tão excepcional vivenciada.

Em outro tópico, o Projeto de Resolução em tela alude à previsão de redução de valores relativos ao denominado Auxílio-Encargos Gerais de Gabinete, disponibilizado mensalmente a cada gabinete de vereador e lideranças, destinado a ressarcir as despesas com o seu funcionamento e manutenção, inerentes ao pleno exercício das atividades parlamentares (art. 43 da Lei n. 13.637 de 10 de setembro de 2003, com a redação dada pela Lei n. 14.381 de 7 de maio de 2007).

Tal, como proposto, é cabível mediante resolução. Com efeito, a instituição de auxílios-encargos gerais de gabinetes é inerente à organização administrativa da Câmara Municipal. Trata-se, à evidência, de matéria *interna corporis*, relacionada à *organização e funcionamento do Poder Legislativo*, e a Constituição Federal no art. 48 dispensa explicitamente a sanção do chefe do Poder Executivo para tais matérias, elencadas nos art. 51, inc. IV e 52, inc. XIII. É vedada, pois, a ingerência do Poder

Executivo, sob pena de afronta, igualmente, ao art. 2º da Constituição Federal, que consagra a harmonia e a independência entre os Poderes.

Nota-se, todavia, que a instituição de auxílios-encargos gerais de gabinetes deu-se mediante lei. Ora, tal se deu não porque a estrutura e a organização do Poder Legislativo sujeitem-se ao crivo do chefe do Poder Executivo, e sim porque da instituição de tal auxílio emergia o aumento de despesas.

Nesse passo, no que se refere às prerrogativas do Poder Executivo, deve trazer-se à colação o art. 84, VI, a da Constituição Federal. Esse dispositivo reserva ao chefe do Poder Executivo a competência privativa para organização da administração federal, mediante decreto, quando não implicar aumento de despesa, ou criação, ou extinção de órgãos públicos. Ou seja, a faculdade de auto-organização, corolário lógico do princípio de harmonia e independência entre os Poderes, reclama a lei apenas se houver aumento de despesas, já que matéria orçamentária requer participação dos dois Poderes.

Com igual fundamento, a alteração pelo Poder Legislativo da lei relativa ao Auxílio-Encargos Gerais de Gabinete, visando à redução dessa despesa, há de ser feita por resolução, não sendo admissível submeter tal medida à sanção ou veto do chefe do Poder Executivo, sob pena de ofensa direta aos arts. 2º, 48, 51, inc. IV e 52, inc. XIII da Constituição Federal.

Todavia, indo mais além, o Projeto de Resolução em tela propõe a redução do valor da remuneração dos ocupantes de cargos de livre provimento em comissão.

A Constituição do Estado de São Paulo, em consonância à Constituição Federal, assim dispõe, em seu art. 20, inc. III:

Artigo 20 – Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa:

[...]

III – dispor sobre a organização de sua Secretaria, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços e **a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.**

Ou seja: a FIXAÇÃO da remuneração de servidores do Legislativo deve ser estabelecida por LEI de iniciativa das respectivas casas legislativas, leis estas que devem estar em compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Portanto, a Constituição Federal pede a figura da lei para fixação de remuneração dos cargos do Legislativo, observados os parâmetros estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias. E a Constituição Federal dispensa a sanção do chefe do Poder Executivo para tudo que diz respeito à organização e funcionamento do Poder Legislativo, bem como criação ou extinção de seus cargos. Entretanto, a mesma Constituição Federal faculta ao Poder Executivo, por decreto, dispor sobre tudo o que diga à Administração Federal, desde que não haja aumento de despesas (art. 84, inc. VI). Aponte-se, ainda que o art. 63, inc. II da Constituição Federal também

é expreso ao vedar o aumento da despesa *nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal*.

Ressalte-se que a Lei de Diretrizes Orçamentárias vigente no Município de São Paulo – a Lei n. 17.152/2019, LDO/2020 – dispõe em seus arts. 24 a 28, quanto às diretrizes de despesas de pessoal. É importante assinalar que o art. 26 da LDO/2020 prevê expressamente a hipótese de, conforme o caso, o Poder Legislativo deliberar nessa matéria por meio de resolução.

Também importa mencionar o *caput* do art. 16 da Lei n. 17.153, de 17 de agosto de 2019, que dispõe com acerto:

Art. 16. A partir da vigência da presente Lei, e desde que não haja aumento de despesa, as normas relativas à organização administrativa e institucional da Câmara Municipal, inclusive de seus Gabinetes, e as relativas às atribuições, criação, transformação e extinção de cargos e funções do Quadro de Pessoal do Legislativo, também com o fim de alterar as disposições legais vigentes, serão editadas mediante Resolução, respeitada a competência da Mesa Diretora e observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Esse entendimento tem sido manifestado pela Procuradoria-Geral de Justiça e está sedimentado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A título exemplificativo, colhe-se parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo, no Protocolado SEI n. 29.0001.0024492.2018-70, em cuja ementa se lê:

1. O instrumento hábil para disciplinar matéria da competência exclusiva do Poder Legislativo é a resolução. Ainda que a iniciativa legislativa tenha sido respeitada, a participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo tipifica invasão da órbita da competência exclusiva do Poder Legislativo, violando, assim, o princípio da separação de poderes. Violação ao *caput* do art. 19 e inciso III do art. 20 da Constituição Estadual.

No âmbito da jurisprudência, podem-se colacionar diversos julgados:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei n. 7.604, de 14 de dezembro de 2017, do Município de Guarulhos (que altera a estrutura administrativa e organizacional da Câmara Municipal de Guarulhos) [...]. 1. **Ofensa ao princípio da separação de poderes Disciplina da organização e funcionamento do Poder Legislativo que deve ser dirimida por meio de Resolução, de competência da Câmara Municipal** (art. 20, III, da Constituição Estadual); (Direta de Inconstitucionalidade nº 2232213-17.2018.8.26.0000. TJSP, v. u., Rel. Des. Salles Rossi, j. 27 de março de 2019).

Em outro julgado, relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Município de Mogi Guaçu, o D. relator des. Xavier de Aquino, reportando-se ao parecer do procurador de Justiça, assim se manifestou:

Vale lembrar, também, que as competências outorgadas pela Constituição são irrenunciáveis, incomunicáveis e indelegáveis, sendo assim, nem a aquiescência por parte da Câmara da participação do chefe do Executivo na edição do diploma impugnado afasta a inconstitucionalidade existente. Por isso, não se há falar em autonomia municipal para dispor de maneira diversa das normas constitucionais mencionadas. Assim, a norma objurgada é de ser declarada inconstitucional, pois se insere no âmbito da competência exclusiva do Poder Legislativo, ao teor do que dispõe o inciso III, do artigo 20, da Constituição Bandeirante.

O acórdão restou assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 1.338, de 02 de junho de 2017, que altera a Lei Complementar nº 1.156, de 25 de novembro de 2011, que “Dispõe sobre a Reestruturação Administrativa Organizacional e Administrativa de Pessoal da Câmara Municipal de Mogi Guaçu, e dá outras providências.”. **Vício de forma. Temas afetos à estrutura administrativa do Legislativo que devem ser feitos através de Resolução. Inteligência do artigo 20, III, da Carta Paulista. Inconstitucionalidade.** (Direta de Inconstitucionalidade nº 2243604-03.2017.8.26.0000, TJSP, v.u., Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 25 de abril de 2018).

Nesse sentido é também a doutrina. Alexandre de Moraes preleciona: “não haverá participação do Presidente da República no processo legislativo de elaboração de resoluções, e, conseqüentemente, inexistirá veto ou sanção, por tratar-se de matérias de competência do Poder Legislativo” (MORAES, 2011, p. 724-725).

José Afonso da Silva, por sua vez, ensina:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e permanência das pessoas num dos órgãos do governo não depende da confiança nem da vontade dos outros; (b) **que, no exercício das atribuições que lhe são próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização;** (c) **que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais;** assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração Federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto **é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou**

demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos” (SILVA, p. 110).

[...]

A questão, porém, relativa à proposta de REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS DE LIVRE PROVIMENTO EM COMISSÃO ultrapassa a questão do veículo normativo para tanto – se lei ou resolução. Se, por um lado, não há controvérsias quanto à discricionariedade administrativa para manejar a estrutura remuneratória dos seus cargos em comissão, por outro, merece atenção a preservação da estabilidade financeira para esses servidores (inc. XV do art. 37 da Constituição).

É notório que a candente situação de calamidade pública vigente no país requeira soluções drásticas, inclusive cogitando-se não só de corte de subsídios de parlamentares, ou de redução de auxílios-encargos gerais de gabinete, como também de corte de vencimentos dos servidores. Como os cargos de livre provimento em comissão são, por definição, precários, transitórios e demissíveis, podem parecer, em princípio, não estar alcançados pelo princípio da irredutibilidade de vencimentos, expresso no art. 37, inc. XV da Constituição Federal. Trata-se de questão complexa, ainda não definitivamente sedimentada na jurisprudência, que, todavia, tende a resguardar a estabilidade financeira dos servidores.

No RE 378932, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que a irredutibilidade de vencimentos também se aplica aos ocupantes de cargos de livre provimento em comissão, vencido o então ministro Joaquim Barbosa. Em julgado do Superior Tribunal de Justiça (RMS n. 30.410 PB), servidores que sofreram essa redução obtiveram decisões favoráveis, pois se entendeu que a premissa da natureza *ad nutum* que caracteriza a investidura no posto comissionado não pode servir de suporte para a redução remuneratória. Nessa linha de entendimento, **a incidência subjetiva da norma abrange os servidores estatutários, empregados públicos (do regime celetista), ou ocupantes de cargos de livre provimento em comissão.**

Além disso, as despesas com pessoal, nos termos da Constituição Federal, encontram os limites já expressos no art. 169 da referida Carta Magna, que exigem a observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Quando ultrapassados tais limites, **as hipóteses constitucionalmente admitidas são a de redução de cargos comissionados, mas não se prevê a redução de vencimentos de seus ocupantes.**

Cabe registrar, a propósito, que desde o ano 2000, tramita no STF a ADI 2238, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e o Partido dos Trabalhadores (PT) para questionar dispositivos da Lei Complementar de 2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal. Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda pende de julgamento.

Entre os dispositivos questionados da LRF, estão a parte final do § 1º do art. 23 e o seu § 2º, que estabelecem, respectivamente, a possibilidade de redução da remuneração de cargos e funções e a redução temporária de jornada de trabalho, com proporcional diminuição de vencimentos, para a adequação dos gastos com pessoal dentro dos limites fixados pela mesma lei. Confira-se:

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4o do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, **o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos.**

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

Ou seja, segundo a LRF, para a observância do limite de despesas, estar-se-ia autorizada a redução dos valores atribuídos aos cargos no lugar de sua extinção. No pedido de declaração de inconstitucionalidade, argumentou-se que a redação do § 1º a respeito da redução dos valores atribuídos aos cargos afronta o inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o qual determina como providência primeira a “redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança”.

De acordo com os requerentes, essa redução não pode contrariar o disposto no inciso XIV do art. 37 do texto Constitucional, que assegura a irredutibilidade de vencimentos e subsídios dos servidores públicos, ocupantes de cargos comissionados ou efetivos.

Além disso, defendeu-se que os incisos do § 3º do art. 169 da Constituição Federal revelam uma preferência do constituinte pela redução dos cargos comissionados, preservando o quanto possível o número de servidores do quadro permanente, ainda que não estáveis. Desse modo, a extinção de cargos seria via indispensável para a tomada de providência.

Ora, o estado de calamidade pública, embora possa recomendar medidas drásticas no corte de despesas, não se confunde com a situação de inobservância dos limites de despesas com pessoal, de resto inócua na Câmara Municipal de São Paulo. Não cabe sequer a analogia.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0027692-13.2019.8.26.0000, de relatoria do i. Des. Alex Zilenovski, do C. Órgão Especial, datado de 4 de setembro de 2019:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 2º da Lei Municipal 2.594/2016, que reduziu em 20% a remuneração dos cargos em comissão constante das Leis Municipais 2252, de 09 de setembro de 2015 e 2563, de 29 de janeiro de 2016. Segundo a C. Câmara suscitante (fls. 343/349), a lei em questão viola o artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal, que dispõe acerca da irredutibilidade de subsídio e dos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos, eis que não demonstrada a ocorrência das hipóteses autorizativas da medida mais severa. Dispõe o artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal: XV – o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; A Constituição do Estado de São Paulo, em consonância com o que dispõe a Carta Magna, disciplina a esse respeito que: Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas: [...] XVII o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, observado o disposto na Constituição Federal; **Diante dessa previsão, extrai-se a máxima da impossibilidade de redução dos subsídios de servidores públicos, observadas as exceções constitucionais, discriminadas na Lei Complementar nº 101/2.000 (arts. 22 e 23). Não se verifica demonstrada, pois nenhuma situação excepcional que demandasse a redução de vencimentos prevista na lei questionada, consoante previsões estampadas nos incisos I e II do § 3º do art. 169 da Constituição Federal. Destarte, necessária a declaração de inconstitucionalidade, em caráter incidental, do artigo da lei municipal mencionado, por violar os artigos 37, inc. XV e 169, § 3º, incs. I e II, da Constituição Federal e art. 115, inciso XVII, da Constituição Estadual.**

No mesmo sentido, também se podem citar decisões recentes na Remessa Necessária Cível n. 0006274-8.2018.8.26.0082, do TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Oswaldo Luiz Palu, j. 3 de abril de 2020 e Remessa Necessária Cível n. 0006258-47.2018.8.26.0082, 6ª Câmara de Direito Público, Des. Reinaldo Miluzzi, j. 10 de dezembro de 2019.

Desse modo, a redução de vencimentos dos servidores revela-se medida de duvidosa constitucionalidade, independentemente do veículo normativo pelo qual se dê, tendo em conta o teor do art. 37, inc. XV da Constituição Federal e o alcance e o sentido que vem sendo dado ao princípio da irredutibilidade de vencimentos pelos tribunais superiores. Nem mesmo a inobservância dos limites de despesas de pessoal, constitucionalmente exigidos no art. 169, permitiria a imediata adoção de medida dessa natureza.

Pontue-se, finalmente, que a redução de subsídio de parlamentares, embora desafie a irredutibilidade prevista no art. 37, inc. XV da Constituição, decorreria de

proposta por eles apresentada, discutida e deliberada, como medida de solidariedade no contexto de uma crise econômica e social sem precedentes, a fim de beneficiar cidadãos mais vulneráveis. Já a questionável redução de remuneração de servidores ocupantes de cargos de livre provimento em comissão não seria passível de assentimento prévio de seus destinatários, o que acentua sua inadequação.

De todo o exposto, sou dada a concluir que:

1. A Resolução é o veículo normativo adequado para a fixação de percentual de subsídios dos vereadores. Todavia, a medida extrema da qual se cogita – redução de subsídios de parlamentares no curso da legislatura – que desafia a regra da anterioridade (art. 29, inc. VI da CF/88) e da irredutibilidade (art. 37, inc. XV da CF/88) – relaciona-se à excepcionalíssima situação de calamidade pública vivenciada no presente. Desse modo, o texto normativo proposto deverá fazer expressa menção à destinação dos recursos por seu meio economizados, como medida de enfrentamento à pandemia, tal como se deu na Lei n. 17.338 de 14 de abril de 2019, aprovada nesta Casa;
2. A Resolução é o veículo normativo adequado para a proposta de redução dos valores fixados para o Auxílio-Encargos Gerais de Gabinete, ainda que sua fixação tenha se dado por lei, uma vez que não há aumento de despesa, e se trata de matéria *interna corporis*, ao amparo do art. 2º, 48, 51, IV e 52, XIII da Constituição Federal, bem como art. 20, III da Constituição do Estado de São Paulo, além de art. 26 da LDO/2020 e art. 16 da Lei n. 17.153 de 17 de agosto de 2019. A jurisprudência e a doutrina são pacíficas a este respeito;
3. A reestruturação de cargos e de remuneração dos servidores do Poder Legislativo pode ser feita por resolução, desde que não implique aumento de despesas e esteja em consonância com a lei de diretrizes orçamentárias. Todavia a redução dos vencimentos de servidores públicos do Quadro do Poder Legislativo, inclusive daqueles que ocupam cargos de livre provimento em comissão - seja por lei ou por resolução - é de duvidosa constitucionalidade, posto que o princípio de irredutibilidade de vencimentos previsto no art. 37, inc. XV da Constituição Federal se aplica indistintamente aos servidores públicos. Esse é o entendimento que prevalece nos tribunais superiores, e a circunstância de calamidade pública não afasta sua incidência.

São Paulo, 23 de abril de 2020

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe
OAB. 106.017

Peças judiciais

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2081181-91.2020.8.26.0000 – INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO POPULAR N. 1036446-93.2018.8.26.0053, EM CURSO PERANTE A 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

Temas:

- a) cabimento de recurso de agravo de instrumento em face de decisão proferida em sede de ação popular.
- b) falta de interesse de agir superveniente em razão da conversão de projeto de lei em lei.
- c) legitimidade passiva em ação popular.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Origem: 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

Ação Popular

Autos n. 1036446-93.2018.8.26.0053 (Processo Digital)

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, Poder Legislativo do Município de São Paulo, e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, Vereador **Eduardo Tuma**, todos com endereço no Viaduto Jacareí, n. 100 – Bela Vista – São Paulo (SP), CEP 01319-900, e-mail procuradoria@saopaulo.sp.leg.br, por seus Procuradores Legislativos “*in fine*” assinados, consoante o art. 1º, “*caput*” e inciso V, e art. 2º, inciso II, “a”, da Lei Municipal n. 14.259/07 (doc. 01), vêm, respeitosamente, à presença de V. Exa., com fundamento no art. 1.015, incisos VII e XIII do Código de Processo Civil, c/c o art. 19, §1º, da Lei n. 4.717/65, interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

Em face da r. decisão de fls. 1.121, integrada pela r. decisão de fls. 1.657, ambas proferidas pelo MM. Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital/SP nos autos do processo eletrônico n. 1036446-93.2018.8.26.0053, decisões estas que rejeitaram o pedido de extinção do feito, sem julgamento do mérito, em razão da apontada superveniente perda de objeto da demanda e, ainda, determinaram

a exclusão da Agravante Câmara Municipal de São Paulo da lide e a inclusão do Agravante Presidente da Câmara Municipal de São Paulo no feito.

Sendo eletrônicos os autos do processo de primeiro grau, os Agravantes deixam de instruir o presente recurso com as peças obrigatórias previstas no art. 1.017, inciso I, do Código de Processo Civil, valendo-se da faculdade expressamente prevista no §5º do mesmo dispositivo.

Em atendimento ao disposto no artigo 1.016, inciso IV, do Código de Processo Civil, os Agravantes informam o nome e o endereço completos dos advogados que representam as partes, desde logo protestando pela intimação destes para, querendo, contraminutar o presente recurso:

Agravado: Roberto Jorge Calil

Advogado: Mauro Martins de Paula Orlando Santos – OAB/SP n. 344.301, com endereço profissional na Rua Martins Bonilha, n. 29, Mooca, São Paulo/SP, CEP 03183-100.

Interessado: Município de São Paulo

Procurador: José Roberto Strang Xavier Filho – OAB/SP 291.264, com endereço profissional na Avenida Liberdade, n. 103, Liberdade, São Paulo/SP, CEP 01503-000.

Interessado: Bruno Covas Lopes – Prefeito do Município de São Paulo

Advogados: Ricardo Ezequiel Torres – OAB/SP n. 258.825, Antônio Carlos de Freitas Junior – OAB/SP n. 313.493, Ana Laura Ceneviva Miotto – OAB/SP n. 344.704, Michel Kurdoglian Lutaif – OAB/SP n. 389.718 e Maria Letícia Valério Indiani – OAB/SP n. 418.538, todos com endereço profissional na Rua Doutor Renato Paes de Barros, 717, Conjunto 22, Itaim Bibi, São Paulo/SP, CEP 04533-010.

Termos em que
Pede deferimento.

São Paulo, 29 de abril de 2020.

ANA PAULA SABADIN DOS SANTOS T. MEDINA
Procuradora Legislativa – Judicial
RF 11.480 – OAB/SP n. 309.274

JOSÉ LUIZ LEVY
Procurador Legislativo Supervisor – Judicial
RF 11.012 – OAB/SP 67.816

MARIA NAZARÉ LINS BARBOSA
Procuradora Legislativa Chefe
RF 11.043 – OAB/SP n. 106.017

RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação Popular

Autos n. 1036446-93.2018.8.26.0053 (Processo Digital)

5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

Agravantes: Câmara Municipal de São Paulo e Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Agravado: Roberto Jorge Calil

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara!

Conforme restará demonstrado, as r. decisões que rejeitaram o pedido de extinção do feito, sem julgamento do mérito, em razão da apontada superveniente perda de objeto da demanda e, ainda, determinaram a exclusão da Agravante Câmara Municipal de São Paulo da lide e a inclusão do Agravante Presidente da Câmara Municipal de São Paulo no feito, deverão ser reformadas, face às alegações abaixo invocadas.

1. DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO.

A r. decisão de fls. 1.657 dos autos do processo eletrônico n. 1036446-93.2018.8.26.0053, em curso perante a 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital/SP, que julgou os Embargos de Declaração opostos pela Agravante Câmara Municipal de São Paulo em face da r. decisão de fls. 1.121, foi disponibilizada no *Diário da Justiça Eletrônico* em 19 de março de 2020 (quinta-feira) e publicada no dia 20 de março de 2020 (sexta-feira).

Contudo, os prazos processuais no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo encontram-se suspensos desde o dia 16 de março de 2020, nos termos do Provimento nº 2545/2020 do Conselho Superior da Magistratura do TJSP (doc. 02), sendo certo, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n. 313, de 19 de março de 2020, e da Resolução n. 314, de 20 de abril de 2020 (doc. 03), determinou a suspensão dos prazos processuais em todas as jurisdições do país até o dia 30 de abril.

Além disso, o Provimento n. 2.554/2020 do Conselho Superior da Magistratura do TJSP (doc. 04) estabeleceu a retomada dos prazos processuais dos processos judiciais que tramitam por meio eletrônico a partir do dia 4 de maio de 2020.

Assim, considerando que o prazo processual de 15 (quinze) dias úteis inscrito no art. 212, caput, c/c o art. 1.003, §5º, do Código de Processo Civil para interposição

de recurso de Agravo de Instrumento sequer se iniciou, o que, contudo, não impede sua interposição, nos termos do art. 218, §4º, do Diploma Processual, vê-se que a presente irresignação é tempestiva.

2. DO CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Nos termos do art. 1.015, inciso VII, do Código de Processo Civil, é cabível a interposição do recurso de Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que versem sobre a exclusão de litisconsorte. Nesse sentido:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

VII – exclusão de litisconsorte;

Considerando que a r. decisão de fls. 1.121, integrada pela r. decisão de fls. 1.657, determinou a exclusão da Câmara Municipal de São Paulo do processo, vê-se que a decisão recorrida versa sobre a hipótese de cabimento inscrita no art. 1.015, inciso VII, do Diploma Processual.

Outrossim, nos termos do termos do 1.015, inciso XIII, do Código de Processo Civil, c/c o art. 19, §1º, da Lei n. 4.717/65, das decisões interlocutórias proferidas em Ação Popular, admite-se a interposição de agravo de instrumento, *in verbis*:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

§1º – Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento.

Essa, aliás, é a interpretação da Daniel Amorim Assumpção Neves ao discorrer acerca da hipótese de cabimento de agravo de instrumento inscrita no inciso XIII do art. 1.015 do CPC:

Na aplicação do art. 1.015, XIII, do Novo CPC deve ser destacado o art. 19, §1º, da Lei 4.717/65. Nos termos desse dispositivo, das decisões interlocutórias proferidas na ação popular é cabível agravo de instrumento. Acredito,

inclusive, que por força do microsistema coletivo a norma deva ser aplicada a todos os processos coletivos e não só à ação popular. Ou seja, todas as decisões interlocutórias proferidas em ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, ação civil pública e ação de improbidade administrativa, são recorríveis por agravo de instrumento, pela aplicação conjunta dos arts. 1.015, XIII, do Novo CPC e do 19 da Lei 4.717/65 inspirada pelo microsistema coletivo (Manual de Direito Processual Civil, Ed. Juspodivm, 2017, p. 1.659).

No mesmo sentido, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, nos quais se assentou a orientação de cabimento do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas em sede de ações coletivas, por força do disposto no art. 19, §1º, da Lei n. 4.717/1965:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. DECISÃO DECLINATÓRIA DA COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. MICROSSISTEMA DE DIREITO COLETIVO. PRESTÍGIO. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (Enunciado Administrativo n. 3). 2. A discussão travada nos presentes autos consiste em saber se é cabível agravo de instrumento, no bojo de ação popular, contra decisão que declinou da competência. 3. O aresto distrital não conheceu do recurso por entender que o art. 1.015 do CPC/2015 elenca um rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. 4. A despeito de inaplicável a tese fixada pela Corte Especial, sob a sistemática de recursos representativos, acerca da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC/2015 (REsps n. 1.696.396/MT e 1.704.520/MT – DJe 19/12/2018), posto que a decisão agravada na origem é anterior à publicação daquele paradigma, o caso guarda peculiaridade, porquanto o art. 19, § 1º, da Lei da Ação Popular traz previsão expressa de que “das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento.” 5. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as disposições do Código de Processo Civil aplicam-se de forma subsidiária às normas insertas nos diplomas que compõem o microsistema de tutela dos interesses ou direitos coletivos (composto pela Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente) e, em algumas situações, tem feito prevalecer a norma especial em detrimento da geral (REsp 1452660/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/04/2018). 6. A norma específica inserida no microsistema de tutela coletiva, prevendo

a impugnação de decisões interlocutórias mediante agravo de instrumento (art. 19 da Lei n. 4.717/65), não é afastada pelo rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015, notadamente porque o inciso XIII daquele preceito contempla o cabimento daquele recurso em “outros casos expressamente referidos em lei.” 7. Agravo interno provido para anular o aresto recorrido e determinar que o Tribunal a quo examine o agravo de instrumento ali interposto, como entender de direito. AgInt no Recurso Especial n. 1733540/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 25 de novembro de 2019.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. LACUNA EXISTENTE NA LEI N. 7.347/85. APLICAÇÃO DO ART. 19, § 1º, DA LEI N. 4.717/65. ANALOGIA. COLMATAÇÃO EMPREENDIDA NO ÂMBITO DO MICROSSISTEMA LEGAL DE TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. ART. 1.015, XIII, DO CPC. 1. Discute-se a aplicação, por analogia, do art. 19, § 1º, da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular) na hipótese em que o agravo de instrumento é interposto contra decisão interlocutória proferida no âmbito de ação civil pública, matéria que extrapola a tese firmada no julgamento dos REsp's 1.696.396/MT e 1.704.520/MT (Tema n. 988), sob o rito repetitivo. **2. Nas ações civis públicas, cabível se revela a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória, devendo a lacuna existente na Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) ser colmatada mediante a aplicação de dispositivo também integrante do microsistema legal de proteção aos interesses ou direitos coletivos, a saber, o art. 19, § 1º, da Lei n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular). Nessa toada hermenêutica: REsp 1.473.846/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017.** 3. Afora isso, o cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em demandas coletivas também encontra amparo no próprio inciso XIII do art. 1.015 do CPC/2015, cujo dispositivo admite a interposição do recurso instrumental em “outros casos expressamente referidos em lei”. Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp 1.733.540/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 4/12/2019. 4. Recurso especial provido. REsp 1.828.295/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 11/02/2020.

Ademais, conforme já assentado por este Tribunal de Justiça, considerando que os embargos de declaração constituem um **recurso de integração**, não possuindo natureza autônoma, é plenamente admissível que a pretensão recursal ora deduzida recaia, também, sobre a decisão de primeiro grau embargada em relação à qual se postulou o aperfeiçoamento. Nesse sentido:

[...] Não se desconhece que cabem embargos de declaração contra decisão interlocutória. Não se pode olvidar, porém, que estes se prestam a complementar, ou não, a decisão proferida e sua oposição interrompe o prazo de recurso contra a decisão sobre a qual se pretende seja declarada. Assim, a decisão acerca dos embargos de declaração, se acolhidos, rejeitados ou mesmo não analisados como tal, não será decisão interlocutória uma vez que esta passa a integrar a decisão embargada, já que, como cediço, os embargos de declaração constituem um recurso de integração, não possuindo natureza autônoma.

[...]

Prestando-se os embargos declaratórios a sanar obscuridade, contradição ou omissão (ou seja, aperfeiçoamento da decisão), as decisões nele proferidas são de integração, não se proferindo urna nova e autônoma decisão, já que se trata apenas de complementação, sanando ou alterando excepcionalmente vícios do julgado ou mesmo preservando-o integralmente. Assim sendo, inexistindo nova decisão de cunho interlocutório, o agravo de instrumento mostra-se como via recursal imprópria, não podendo ser conhecido para os fins pretendidos pelos ora agravantes. 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Agravo de Instrumento nº 1126163- 0/4, Rel. Des. Cristina Zucchi, julgamento em 12 de setembro de 2007.

Assim, em face de todo o exposto, resta demonstrado o cabimento deste agravo de instrumento visando reformar a r. decisão interlocutória de fls. 1.121, integrada pela r. decisão de fls. 1.657, ambas proferidas pelo juízo de primeiro grau.

3. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação Popular promovida por Roberto Jorge Calil, tendo por objeto a impugnação ao Projeto de Lei n. 705/2017, **convertido na Lei do Município de São Paulo n. 17.131, de 12 de julho de 2019, posteriormente ao ajuizamento da demanda**, a qual incluiu no artigo 9º da Lei do Município de São Paulo n. 16.703/2017 (norma essa que disciplinou as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização) a possibilidade de outorga de concessão e permissão do Complexo de Interlagos, composto pelo Autódromo Municipal José Carlos Pace, pelo Kartódromo Ayrton Senna e outras estruturas de apoio.

Da confusa narrativa deduzida no processo de primeiro grau, supõe-se que o Agravado aponta o cabimento da demanda popular como decorrência da alegada prática de atos lesivos, consistentes na *i*) ausência de participação popular durante a tramitação do então projeto de lei indicado, *ii*) ausência de transparência quanto

ao Projeto de Intervenção Urbana (PIU), bem como *iii*) ausência de interesse público no quanto pretendido, em razão do suposto descumprimento de artigos da Constituição Federal, da Constituição do Estado de São Paulo, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, da Lei Municipal n. 11.198/92 e do Decreto n. 46.649/2005.

Instado pelo MM. Juízo *a quo* a esclarecer a inclusão da Câmara Municipal de São Paulo no polo passivo da lide, o Agravado apresentou manifestação, **seguida de pronunciamento do Ministério Público no sentido da permanência da edilidade paulistana na demanda com o intuito de defender seus direitos institucionais.**

O pleito de liminar restou **indeferido** (fls. 531 da ação de primeiro grau).

Foram apresentadas contestações por parte da ora Agravante Câmara Municipal de São Paulo (fls. 551/1.012 dos autos de origem) e do Município de São Paulo (fls. 1.015/1.058 dos autos de origem).

Após novas manifestações do Ministério Público (fls. 1.071/1.076 e 1.088/1.090 dos autos de origem) e das partes (fls. 1.079/1.081, 1.093/1.108 dos autos de origem), inclusive **com pedido expreso da edilidade paulistana para fins de extinção do presente feito, como decorrência da conversão do Projeto de Lei que se pretendia suspender na Lei do Município de São Paulo n. 17.131/2019**, decidiu o MM. Juízo *a quo* por acolher integralmente o parecer do Ministério Público de fls. 1.114/1.119 dos autos de origem, **com a determinação de integração ao polo passivo da lide dos Srs. Prefeito do Município de São Paulo e Presidente da Câmara Municipal de São Paulo.**

Eis teor da r. decisão de fls. 1.121 dos autos de origem, ora agravada:

Acolho integralmente o parecer de fls. 1114/1119. Sendo assim, proceda a Z. Serventia com a retificação no sistema SAJ para que conste no polo passivo da demanda o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo.

Afasto o pedido de citação da Secretaria de Gestão Municipal e da Secretaria Geral Parlamentar, por ausência de personalidade jurídica.

Portanto, citem-se os requeridos, observando-se o Artigo 7º, da Lei 4.717/1.965 (Lei da Ação Popular) [...]

Tal decisão foi objeto de Embargos de Declaração pela Edilidade Paulistana, tendo em vista que o pedido de extinção do feito em razão da conversão do Projeto de Lei que se pretendia suspender na Lei do Município de São Paulo n. 17.131/2019, bem como a impossibilidade de inclusão de novos réus após a apresentação de contestação, não restaram analisados pelo MM. Juízo *a quo*.

Aberta vista ao Ministério Público, este se manifestou pelo não conhecimento do referido recurso, sob o argumento de que a Câmara Municipal de São Paulo fora excluída da lide a partir do momento no qual o Presidente da Edilidade Paulistana passou a figurar na demanda (fls. 1.642/1.644 dos autos de primeiro grau).

Ao julgar os Embargos de Declaração em questão, o MM. Juízo *a quo* adotou as razões da manifestação do Ministério Público acima indicada, motivo pelo qual deixou de conhecer o recurso. Eis o teor da decisão de fls. 1.657 da ação em curso em primeiro grau, também agravada:

Trata-se de embargos de declaração interpostos pelo requerido contra decisão, onde se questiona a existência de omissões.

Sem embargo da opinião do embargante, a decisão guerreada não merece qualquer reparo, especialmente porque se verifica nas razões mero inconformismo. **Nesse sentido é a manifestação do parquet (fls.1642/1644) cujas razões são aqui adotadas.**

Nestes termos, diante da ausência de pressupostos de admissibilidade, DEIXO DE CONHECER os embargos de declaração.

Intimem-se.

Tais decisões, contudo, **merecem reforma**, tendo em vista contrariarem a melhor doutrina e jurisprudência acerca da matéria impugnada, a ensejar a interposição do presente recurso de Agravo de Instrumento, na forma do art. 1.015, inciso VII, do Código de Processo Civil e do art. 1.015, inciso XIII, do Código de Processo Civil c/c art. 19, §1º, da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular). Vejamos.

4. RAZÕES DE REFORMA DAS R. DECISÕES AGRAVADAS

4.1. Da perda de objeto – Falta de interesse de agir superveniente

Diversamente do quanto defendido pelo Ministério Público em primeiro grau, a Ação Popular ajuizada pelo Agravado tem por objeto o ato normativo que se encontrava em tramitação na Edilidade Paulistana no momento da propositura da ação (Projeto de Lei n. 705/17).

É o que se depreende da peça exordial do feito em questão, na qual foi formulado pedido de procedência da demanda para “confirmando todos os pedidos efetuados, liminarmente, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, tornando-a definitiva para que as requeridas interrompam o processo de privatização/concessão, reiniciando somente após o cumprimento das Leis e normas vigentes” (fls. 24 da ação de origem). Tanto que o pleito de liminar – indeferido – foi formulado exatamente a fim de que não se perdesse o “resultado útil deste processo”.

De se recordar que apenas por meio de Lei e não através de simples atos administrativos, o Poder Executivo Municipal fica autorizado a outorgar concessões e permissões de bens imóveis públicos (artigos 37, § 2º, inciso V da Lei Orgânica do Município de São Paulo), inclusive mediante votação com quórum qualificado (artigo 40, § 3º, inciso VII da Lei Orgânica do Município de São Paulo).

Ademais, em consonância ao artigo 13, incisos VIII e IX da Lei Orgânica do Município de São Paulo, é imprescindível a edição de lei municipal autorizativa para fins de concessão de direito real de uso de bens municipais, bem como para a concessão administrativa de uso de bens municipais.

Assentada tal premissa, o reconhecimento da perda de objeto da Ação Popular em análise é medida que se impõe, tendo em vista que o impugnado Projeto de Lei n. 705/17 foi convertido na Lei do Município de São Paulo n. 17.131, de 12 de julho de 2019, conforme devidamente comprovado às fls. 1.107 e 1.108 da demanda de origem – publicação constante do *Diário Oficial da Cidade de São Paulo* de 13 de julho de 2019 – motivo pelo qual passou a inexistir o objeto da pretensão formulada na peça exordial.

E ainda que o Autor Popular houvesse proposto a demanda em face da Lei Municipal n. 17.131/2019, certo é que restaria patente a ausência de legitimidade ativa, bem como impossibilidade jurídica do pedido, haja vista não ser admissível a propositura de Ação Popular que tenha por objeto a impugnação de lei em tese.

Nesse sentido, recentes julgados exarados por este E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

ACÇÃO POPULAR. EXTINÇÃO DA ACÇÃO. Perda superveniente do interesse de agir. Ocorrência. Pretensão de obstar projeto de Lei Complementar n. 02/2018 no Município de Assis. Aprovação do projeto no curso da demanda dando origem à Lei Complementar n. 07/2018. Ação popular que não se presta a analisar inconstitucionalidade de lei. Extinção da ação por perda superveniente do objeto da ação (485, VI do NCPC) que deve ser mantida. Sentença mantida. Reexame necessário improvido (TJSP, Remessa Necessária Cível 1002261-47.2018.8.26.0047, Rel. Des. CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 22.03.2019).

REMESSA NECESSÁRIA. Ação Popular. São José dos Campos. 1. Pretensa nulidade de Projeto de Lei n. 16/2017, de autoria do Poder Executivo local, que majora a base de cálculo do IPTU. Alegada ausência de estudos técnicos que justifiquem a majoração. Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito. Manutenção. 2. Perda superveniente do interesse processual. Projeto de lei transformado em Lei Complementar Municipal n. 596/2017, produzindo efeitos para os lançamentos de IPTU com exercício para 2018. Impossibilidade de aplicação da teoria da asserção. Inadequação da via eleita. Ausência de lesão ao patrimônio público. Art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e artigo 1º, da Lei n. 4.717/65. Extinção do feito sem

resolução do mérito. 3. Negado provimento à remessa necessária (TJSP, Remessa Necessária Cível 1026438-71.2017.8.26.0577, Rel. Des. OSWALDO LUIZ PALU, 9ª Câmara de Direito Público, julgado em 15.04.2019) Apelação. Ação Popular. Anulação de lei municipal por inconstitucionalidade, ilegalidade e vícios formais no processo legislativo. Extinção sem resolução do mérito. Inconstitucionalidade de lei em abstrato deve ser discutida em ação própria. Sentença mantida. Recurso improvido (TJSP, Apelação/Remessa Necessária n. 1000297-82.2019.8.26.0047, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador Fernão Borba Franco, v.u., j. 05/08/2019).

E, nos fundamentos de tal julgado, asseverou-se:

Nos termos da inicial, buscam os apelantes anular a Lei n. 1337/2018 do Município de Tarumã, com fundamento em sua inconstitucionalidade, nos vícios formais relativos a sua aprovação e na ofensa ao patrimônio municipal e a dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Sobre a ação popular, rezam o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e o art. 1º, caput, da Lei n. 4.717/65:

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência; Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

O ato lesivo a que se referem tais normativos não alcança a discussão acerca da constitucionalidade ou mesmo de vícios formais relativos à lei em abstrato, como bem observou o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça o seguinte entendimento do C. STF:

1. A ação popular, via processual eleita pelo autor, não pode ser utilizada como alternativa à não propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de uma ampliação indevida do rol de legitimados previsto no art. 103 da Constituição da República. Tal instrumento processual tem

como objetivo anular atos administrativos lesivos ao Estado, e não a anulação de atos normativos genéricos [...] (AO 1725 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2015 PUBLIC 11-03-2015)

Oportuno observar, ainda, a **necessidade de lesividade concreta decorrente do ato impugnado**, como anota Teori Zavascki:

Segundo decorre do texto constitucional expresso – que, no particular, reproduz a essência do que também já previam as Constituições anteriores –, a ação popular tem por objeto específico “anular ato lesivo” a um dos seguintes bens jurídicos: (a) ao patrimônio público, (b) à moralidade administrativa, (c) ao meio ambiente ou (d) ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII). A lesividade constitui, portanto, requisito indispensável para que o ato fique submetido a controle por essa especial via judicial. (Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 6ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 80) [...]

Assim já entendeu esta 7ª Câmara em caso semelhante:

AÇÃO POPULAR – Ação Popular cujo pedido consiste em “declaração de nulidade” (leia-se “inconstitucionalidade”) de Leis Municipais – Lei em tese, e não lei concreta – **Inadequação da via eleita, uma vez que não cabe ao magistrado, em sede de ação popular, cuja sentença tem efeito erga omnes, exercer controle de constitucionalidade que, em se tratando de confronto de Lei Municipal com a Constituição Federal, nem mesmo ao STF compete** – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 0012992-82.2010.8.26.0053; Relator (a): Luiz Sergio Fernandes de Souza; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentados – 14ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/12/2011; Data de Registro: 07/12/2011)

No mesmo sentido, deste Tribunal de Justiça:

Ação Popular – Remissão de Imposto Predial e Territorial Urbano definido em Lei Complementar Municipal – Pretensão objetivando declaração de inconstitucionalidade de referida lei – Interesse de agir – Ausência – **Ação não substitutiva de ação direta de inconstitucionalidade** – Preliminar de carência de ação reconhecida, de ofício – ação extinta, sem julgamento de mérito. (TJSP; Remessa Necessária Cível 9300764-76.2008.8.26.0000; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Itaquaquecetuba – 2ª VARA DISTRITAL; Data do Julgamento: 14/02/2012; Data de Registro: 24/02/2012) [...] (grifo nosso).

Dessa forma, de rigor a reforma das r. decisões agravadas, para **extinguir o feito** em curso em primeiro grau, **sem resolução do mérito** (artigo 485, inciso VI, CPC), em razão da perda de objeto da demanda, decorrente da conversão do Projeto

de Lei n. 705/2017 na Lei Municipal n. 17.131/2019, **sob pena de violação ao princípio da congruência (arts. 141 e 492 do CPC).**

E ainda que se admitisse a “conversão” do pedido formulado na exordial para “nulidade” da Lei Municipal n. 17.131/2019 – **o que não é admitido pela norma processual vigente, face à estabilização da lide (artigo 329, inciso I, do CPC)**, tal seria **juridicamente impossível**, haja vista que se trataria de Ação Popular contra lei em tese, o que é vedado pela jurisprudência e doutrina pátrias, como amplamente demonstrado, vez que substitutivo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com legitimados ativos específicos e limitados (artigo 103 da Constituição Federal e artigo 90 da Constituição do Estado de São Paulo). Assim, também sob tal ângulo, faz-se imperiosa a reforma das r. decisões agravadas.

Contudo, na remota hipótese deste Tribunal de Justiça rejeitar a pretensão acima indicada, de rigor a reforma das r. decisões agravadas no que diz respeito aos legitimados para figurar no polo passivo da demanda de origem, conforme a seguir exposto.

4.2. Da legitimidade da Câmara Municipal para figurar no polo passivo da Ação Popular de origem

A edilidade paulistana *é parte legítima para figurar na demanda de origem porque, conforme se depreende do entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça e fixado no enunciado sumular n. 525, as Câmaras Municipais, detendo personalidade judiciária, são autorizadas a defender em juízo seus interesses e prerrogativas institucionais, assim entendidos aqueles atinentes à sua esfera de atuação.*

Esse é o caso da Ação Popular ajuizada pelo Agravado.

Isso porque, a partir da confusa narrativa exposta na petição inicial da Ação Popular em questão, deduz-se que o Agravado impugna, também, atos praticados no curso do processo legislativo de tramitação do Projeto de Lei n. 705/2017, convertido posteriormente ao ajuizamento da demanda na Lei do Município de São Paulo n. 17.131, de 12 de julho de 2019.

Com efeito, a Ação Popular ajuizada pelo Agravado tem por pretensão a **suspensão da tramitação do Projeto de Lei n. 705/2017**, em razão da alegada prática de atos lesivos, consistentes na **i)** ausência de participação popular durante a tramitação do então projeto de lei indicado, **ii)** ausência de transparência quanto ao Projeto de Intervenção Urbana (PIU), bem como **iii)** ausência de interesse público no quanto pretendido, em razão do suposto descumprimento de artigos da Constituição Federal, da Constituição do Estado de São Paulo, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, da Lei Municipal n. 11.198/92 e do Decreto n. 46.649/2005.

Assim, a despeito do quanto já suscitado pelas Agravantes em primeiro grau no sentido da inadequação da via processual eleita para a dedução da pretensão

acima apontada, bem como da necessidade de extinção da demanda como decorrência da conversão do Projeto de Lei na Lei do Município de São Paulo n. 17.131/2019, fato é que, caso acolhida a narrativa deduzida pelo Agravado, a Ação Popular em análise tem por pretensão a discussão de atos praticados pela Câmara Municipal de São Paulo no exercício de sua função legiferante, do que decorre sua legitimidade passiva para postular em juízo a defesa dos atos impugnados.

Embora não ostente patrimônio próprio ou personalidade jurídica, a edilidade paulistana possui **capacidade processual** para **estar em juízo na defesa de suas prerrogativas funcionais e de seus atos deliberativos**, conforme, aliás, bem esclarece de Hely Lopes Meirelles acerca do tema:

A capacidade processual da Câmara para a defesa de sua prerrogativas funcionais é hoje pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Certo é que a Câmara não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária. Pessoa jurídica é o Município. **Mas nem por isso se há de negar capacidade processual, ativa e passiva, à Edilidade para ingressarem juízo quando tenha prerrogativas ou direitos próprios a defender** (Direito municipal brasileiro, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 612).

Ademais, eventual procedência da ação produzirá efeitos jurídicos no processo de formação de uma lei, interferindo, assim, no domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento e, ao cabo, nas atividades do Poder Legislativo.

Assim, considerando que a pretensão em análise relaciona-se a interesse e prerrogativa institucional da edilidade paulistana, irrefutável sua legitimidade processual para figurar na lide.

Nesse sentido é o posicionamento sedimentado por este Tribunal de Justiça acerca da legitimidade processual das Casas Legislativas nas situações de defesa de seus interesses e prerrogativas institucionais:

Agravo de instrumento. Ação anulatória de decreto legislativo que julgou irregulares as contas de administração de ex-Prefeito Municipal. Decisão que negou a antecipação de tutela para suspensão do decreto e excluiu do polo passivo a Câmara Municipal e o Tribunal de Contas. **Câmara Municipal. Legitimidade passiva. Capacidade judiciária para defesa de seus atos pacificamente reconhecida.** Decisão que merece reforma neste ponto. Tribunal de Contas. Ausência de personalidade jurídica. Ilegitimidade passiva corretamente reconhecida. Parecer meramente opinativo. Inviabilidade da antecipação de tutela. Decisão em conformidade com as normas jurídico-processuais. Alegação de cerceamento de defesa no processo administrativo dependente de produção de provas. Recurso parcialmente

provido 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 2027771-60.2016.8.26.0000, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, julgamento em 13 de fevereiro de 2017.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Efeito infringente. Agravo de instrumento interposto contra r. Decisão que reconheceu a legitimidade passiva da Câmara Municipal de Campinas em ação de improbidade administrativa. Embargos acolhidos para reconhecer cabível a interposição de agravo de instrumento, por força do artigo 17, §10º da Lei n. 8429/92. Legitimidade passiva da Câmara Municipal em ação de improbidade administrativa. Possibilidade. Ente que não dispõe de personalidade jurídica, mas possui personalidade judiciária para defesa de prerrogativas e direitos funcionais ou institucionais. Ação de improbidade administrativa que objetiva a nulidade de contratos celebrados pela embargante em fraude à licitação e responsabilização dos réus pelos atos ímprobos. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e do E. Superior Tribunal de Justiça. Decisão que reconheceu a legitimidade passiva da embargante mantida. Embargos acolhidos para conhecer do recurso de agravo de instrumento e negar-lhe provimento 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Embargos de Declaração n. 2234773-97.2016.8.26.0000/50000, Rel. Des. Marcelo L Theodósio, julgamento em 29 de setembro de 2017.

APELAÇÃO CÍVEL. Ação Popular. Correqueridos que se utilizaram dos serviços da Assessoria Jurídica da Câmara Municipal para defesa de interesses particulares. Ato ímprobo caracterizado. 1. Ação popular proposta anteriormente com a finalidade de reconhecimento de recebimento indevido pelos vereadores de ‘ajuda de custo’ travestido de 13º salário. Utilização dos serviços da advocacia pública vinculada à Câmara Municipal para defesa de interesses privados e dos atos ilícitos de lesão ao erário. Conjunto probatório hábil a demonstrar a improbidade e ou imoralidade. Sentença de parcial procedência mantida. 2. Exclusão do Município de Piracicaba e da Câmara dos Vereadores de Piracicaba. Insubsistência. Manutenção dos correqueridos na lide, por determinação legal. A Câmara Municipal possui personalidade judiciária (não jurídica) legitimidade para permanecer no polo passivo da ação porquanto tratar-se de danos praticados por seus membros. Manutenção do Município de Piracicaba e da Câmara Municipal de Piracicaba no polo passivo, eis que não pretenderam litigar, como faculta a lei, no polo ativo [...] 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação / Reexame Necessário n. 0016903-09.2009.8.26.0451, Re. Des. Oswaldo Luiz Palu, julgamento em 31 de maio de 2017.

ADMINISTRATIVO – Anulatória de ato administrativo que determinou a reabertura de procedimento já arquivado pela casa legislativa municipal – Legitimidade passiva da Câmara municipal – Admissibilidade – Câmara que possui personalidade judiciária – Sentença anulada – Recurso provido 13ª

Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n. 9063380-34.2006.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, julgamento em 22 de setembro de 2010.

Por fim, a título de argumentação, a permanência da Câmara Municipal de São Paulo na Ação Popular em questão justifica-se, ainda, em razão do próprio regramento inscrito na Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), que em seu art. 6º, §3º, assim dispõe:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

[...]

§3º A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Assim, face todo o exposto, de rigor a reforma das r. decisões agravadas, para **manter** a Agravante Câmara Municipal de São Paulo no polo passivo da demanda de origem.

4.3. Da impossibilidade de inclusão de novos réus na demanda após a estabilização da lide – artigo 329, inciso I, do CPC.

As r. decisões agravadas merecem reforma, ainda, porque a pretensão formulada pelo Agravado às fls. 1094/1095 da demanda de origem, e acolhida pelo MM. Juízo *a quo*, tendente a incluir outros réus no polo passivo, incluindo o Agravante Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, é vedada pela legislação processual, vez que a lide **já se encontrava estabilizada**.

Com efeito, nos termos do artigo 329, inciso I, do Código de Processo Civil, **o autor poderá apenas até a citação, sem consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir**. Sobre essa matéria leciona o mestre Humberto Theodoro Júnior:¹

1. Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 60ª ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 756-757.

[...] Nessa perspectiva, o autor pode, “até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu” (NCPC, art. 329, I), justamente porque, até então, a relação processual só existe entre autor e juiz. Todavia, feita a citação e ampliada subjetivamente a relação processual, até o saneamento do processo, o demandante somente poderá “aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir com o consentimento do réu” (art. 329, II).

Da citação decorre, portanto, a estabilização do processo graças à litispendência (art. 240): a lide exposta pelo autor, na inicial, passa a ser o objeto do processo; e **ocorre fixação tanto de seus elementos objetivos como subjetivos.**

Em consequência, desde então, **não mais se permite:**

- (a) a modificação do pedido ou da causa de pedir, salvo acordo com o réu;
- (b) **nem a alteração das partes litigantes**, salvo as substituições permitidas por lei;
- (c) o juízo, também, não será alterado, pois se vincula pelo registro ou distribuição da petição inicial (art. 43); mas essa vinculação é do órgão (juízo) e não da pessoa física do juiz, e recebe a denominação de *perpetuatio iurisdictionis* (grifo nosso).

E como hipótese de alteração subjetiva da lide, após a citação, indica o mesmo doutrinador (*op. cit.*, p. 158, 759):

O juízo, como já se explicou, não se altera, depois do registro ou da distribuição da petição inicial, salvo se ocorrer conexão, continência, ou algum motivo legal posteriormente reconhecido que o torne incompetente. As partes, também, se estabilizam após a citação, e não se substituem, a não ser nos casos expressamente previstos em lei. **O falecimento é uma causa obrigatória de substituição da parte** por seu espólio ou seus sucessores (NCPC, art. 75, VI e § 1º).

Nas mesma senda, já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 201.067-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, v.u., j. 06/08/2002), ocasião em que assentou que “deve ser salientado que o voluntário pedido de aditamento, como adiantado, foi posterior à citação. Logo, decorrente da bilateralidade da ação e em homenagem à estabilização da lide, **descabia a alteração do pedido, salvo com a concordância da Ré; hipótese inocorrente.**”

Também este E. Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da 32ª Câmara de Direito Privado, assim se manifestou:

EMENTA Ação de rescisão contratual. Reconvenção apresentada pela agravante. Pretensão de inclusão dos intervenientes garantidores no polo

passivo da reconvenção. Impossibilidade de alteração do polo passivo, após a contestação, sem o consentimento da parte contrária. Estabilização da demanda. Art. 329, I, CPC. Necessidade de intimação dos intervenientes garantidores para tomarem ciência da demanda, com a possibilidade de se habilitarem como assistentes. Recurso parcialmente provido (TJSP, 32ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2220700-52.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Ruy Copolla, v.u., j. em 14/02/2019 – destaques nossos).

Assim, há que se reformar as r. decisões agravadas, dada a impossibilidade de emenda à petição inicial, com a inclusão de novos réus, após a apresentação da contestação, sob pena de violação ao artigo 329, inciso I, do Código de Processo Civil.

4.4. Da ilegitimidade passiva do Presidente da Câmara Municipal para figurar no polo passivo da Ação Popular de origem

Segundo defendido pelo Ministério Público em primeiro grau, a Ação Popular em questão não se dirigiria precisamente à impugnação do ato normativo que se encontrava em tramitação (Projeto de Lei n. 705/17), e “sim contra o próprio processo de privatização do Complexo de Interlagos como um todo, já iniciado no âmbito do Poder Executivo Municipal” (fls. 1.074 da demanda de origem). Ainda, esclarece que “a pretensão deduzida na ação popular recai sobre a fiscalização, pelo cidadão autor, acerca da prática dos atos administrativos que devem estar compreendidos no processo de privatização do importante equipamento público municipal, conforme exigido na legislação de regência. Notadamente, o autor aponta para a falta de audiências públicas e a necessidade de observância ao Plano de Intervenção Urbana – PIU”.

Ora, caso adotada tal tese é indubitável que o **Presidente da Câmara Municipal de São Paulo** – e a **própria Câmara Municipal de São Paulo** – são partes ilegítimas para figurarem no polo passivo da Ação Popular em apreço, haja vista que não participaram, de qualquer modo, na prática dos atos administrativos impugnados, quais sejam, alegada ausência de audiências públicas no âmbito do Executivo e observância do Plano de Intervenção Urbana – PIU – também no âmbito do Poder Executivo, **não se inserindo, portanto, na dicção do artigo 6º da Lei n. 4.717/65.**

Por outro lado, caso admitido que, de fato, a presente demanda impugna o Projeto de Lei n. 705/2017, agora convertido na Lei do Município de São Paulo n. 17.131/2019, há que se acolher o argumento de ausência de interesse processual em razão do não cabimento de Ação Popular contra lei em tese.

Neste ponto, oportuno ressaltar que, em decorrência da decisão agravada de fl. 1.121 dos autos de origem, o MM. Juízo *a quo* entendeu por incluir no polo passivo

da demanda o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, sem qualquer indicação específica da pessoa que ocupa o cargo. Tanto assim que o mandado de citação foi expedido ao “Presidente da Câmara Municipal de São Paulo” (fls. 1.123 e 1.133 da ação em curso em primeiro grau), sem nominar o vereador ocupante do cargo.

Tal provavelmente se deu em decorrência do fato de que a presente demanda tem por fito atacar a tramitação do Projeto de Lei n. 705/2017, já convertido na Lei do Município de São Paulo n. 17.131/2019. Ou seja, não se impugna decisão específica, ou ato praticado, por qualquer dos Presidentes da Câmara Municipal de São Paulo.

Ainda no que tange ao Projeto de Lei n. 705/2017, então impugnado na exordial, cabe salientar que o Presidente da Câmara Municipal – que à ocasião da **propositura era o vereador Milton Leite e, posteriormente, o vereador Eduardo Tuma – se limitou a exercer seu múnus público**, dando regular andamento ao **Projeto de Lei indicado, de iniciativa privativa do Sr. Prefeito (artigo 37, § 2º, inciso V da Lei Orgânica do Município de São Paulo)**, nos termos das normas vigentes.

Tanto assim que a petição inicial **não invoca** concretamente qualquer ilegalidade/lesividade que teria se dado no âmbito do Legislativo Paulistano, por ocasião da regular tramitação do Projeto de Lei n. 705/2017, convertido na Lei Municipal n. 17.131/2019.

E, considerando que o presidente da edilidade paulistana não possui poderes para, monocraticamente, aprovar Projeto de Lei, todos os Srs. Vereadores que votaram favoravelmente à aprovação do Projeto de Lei n. 705/2017 deveriam ser incluídos ao polo passivo da demanda, na qualidade de litisconsortes necessários, em atendimento ao artigo 6º, “caput”, da Lei n. 4.717/65.

Por fim, ratificando a alegação de ilegitimidade passiva, cabe salientar que o atual presidente da edilidade paulistana, Exmo. Sr. Eduardo Tuma, apenas assumiu tal cargo no ano de 2019, em razão de eleição da mesa, conforme pode se depreender de informação constante do site da Câmara Municipal de São Paulo (www.saopaulo.sp.leg.br/vereador/eduardo-tuma/), ao passo que o Projeto de Lei impugnado (PL 705/2017), foi encaminhado ao Legislativo Paulistano quando o Exmo. Vereador Milton Leite presidia a edilidade (outubro de 2017 – fl. 1.172), o que se deu até o final do ano de 2018.

Assim, diante de todo o exposto, há que se reconhecer a ilegitimidade passiva do presidente da edilidade paulistana para figurar no polo passivo da demanda em curso em primeiro grau, com a consequente reforma das r. decisões agravadas para extinguir o processo, sem resolução do mérito, em relação ao mesmo (artigo 485, inciso VI CPC), sob pena de violação aos artigos 6º, caput, da Lei n. 4.717/65 e 37, §2º, inciso V, da Lei Orgânica do Município de São Paulo (iniciativa privativa da lei pelo Sr. Prefeito).

5. DO EFEITO SUSPENSIVO

As Agravantes destacam que este recurso é interposto com fulcro no art. 1.015, incisos VII e XIII do Código de Processo Civil, c/c o art. 19, §1º, da Lei n. 4.717/65, segundo os quais se admite a interposição de Agravo de Instrumento em face de decisões que excluem os litisconsortes, bem como de todas as decisões interlocutórias proferidas em sede de ação popular.

Nesta seara, verifica-se que o artigo 1.019 do novel dispositivo legal dispõe acerca da possibilidade de deferimento de tutela ao Agravo de Instrumento, *in verbis*:

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

O artigo 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil também contém previsão de medidas a serem tomadas pelo I. Relator no caso de risco de dano grave de difícil ou impossível reparação:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

No caso em tela, a decisão agravada excluiu a Agravante Câmara Municipal de São Paulo da lide, de modo que, sem o efeito suspensivo, a lide prosseguirá **sem a plena oportunidade de defesa do órgão legislativo.**

Patente, portanto, que a concessão de efeito suspensivo é absolutamente necessária, existindo **fundamento relevante** para o deferimento do presente pedido de tutela.

Ilustrativa, no ponto, a decisão proferida pela Exma. Des. Relatora Silvia Meirelles nos autos do Agravo de Instrumento n. 2248097-52.2019.8.26.0000, em curso perante a 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, que ao conceder efeito suspensivo ao referido recurso, assim ponderou ao analisar assunto análogo ao ora deduzido:

Recurso tempestivo.

Superado o juízo de admissibilidade, observo que se encontram presentes

os requisitos legais para a concessão do efeito suspensivo almejado. Em análise perfunctória, o *fumus boni iuris* encontra-se caracterizado, tendo em vista que a pretensão inicial visa o sobrestamento de projeto de lei em trâmite na Câmara Municipal, o que **interfere diretamente em sua função legislativa**, demonstrando, pelo menos em tese, **a sua legitimidade passiva judiciária para o fim de defender seus interesses institucionais**. **O periculum in mora é evidente, uma vez que o feito está em processamento e, se não houver a manutenção da agravante no seu polo passivo da ação, poderá vir a sofrer limitação em seu direito à ampla defesa**. Outrossim, vislumbra-se a possibilidade de **ocorrência de morosidade processual acaso provido o recurso, já que os prazos terão que ser devolvidos à agravante**. **Por tais razões, DEFIRO o efeito suspensivo pleiteado**.

Por outro lado, não há riscos no caso de concessão do presente pedido de efeito suspensivo, pois a presença da edilidade paulistana na demanda decorre do próprio pedido do Agravado na peça exordial e em nada prejudica sua atuação nos autos.

Por outro lado, a atribuição de efeito suspensivo à decisão que incluiu o Agravante Presidente da Câmara Municipal de São Paulo no polo passivo da Ação Popular em questão faz-se necessária tendo em vista ser manifestamente lesiva a sua imagem e reputação, especialmente por ser agente político sujeito a ampla exposição pública.

A probabilidade do direito necessário à concessão do efeito suspensivo pleiteado, por sua vez, restou largamente demonstrada nos itens acima.

Assim, presente os requisitos legais e sendo notório o risco de dano grave ou de difícil reparação na manutenção das decisões recorridas, requer-se a suspensão dos efeitos das r. decisões proferidas pelo Juízo *a quo*, com o deferimento de tutela de urgência recursal, pelos motivos supramencionados e com fulcro no art. 995, parágrafo único, e 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil.

6. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, os Agravantes requerem seja o presente agravo conhecido, **com a atribuição de efeito suspensivo**, nos termos do art. 1.019, do Código de Processo Civil, para suspender as r. decisões proferidas pelo MM. Juízo 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital na Ação Popular n. 1036446-93.2018.8.26.0053 e, assim, **manter a Agravante Câmara Municipal de São Paulo na lide e excluir o Agravante Presidente da Câmara Municipal do feito**.

No mérito, requer o provimento do agravo para reformar as r. decisões agravadas e, dessa forma, **extinguir a Ação Popular n. 1036446-93.2018.8.26.0053, sem**

resolução do mérito (artigo 485, inciso VI, CPC), em razão da perda de objeto da demanda, decorrente da conversão do Projeto de Lei n. 705/2017 na Lei Municipal n. 17.131/2019 (cf. item 4.1).

Na remota hipótese desta C. Câmara assim não se entender, requer o provimento do agravo para reformar as r. decisões agravadas e, assim, reconhecer a **legitimidade** da Câmara Municipal de São Paulo para figurar no polo passivo da ação popular de origem (cf. item 4.2), a **impossibilidade de inclusão** de novos réus após a apresentação de contestação (cf. item 4.3), bem como da **ilegitimidade passiva** do Presidente da Câmara Municipal de São Paulo (cf. item 4.4).

Postula, ainda, que as intimações no presente processo sejam efetivadas em nome dos Procuradores Dra. Ana Paula Sabadin dos Santos Talaveira Medina, OAB/SP n. 309.274, Dr. José Luiz Levy, OAB/SP n. 67.816 e Dra. Maria Nazaré Lins Barbosa.

Termos em que pedem deferimento.

São Paulo, 29 de abril de 2020.

Ana Paula Sabadin dos Santos T. Medina
Procuradora Legislativa – Judicial
RF 11.480 – OAB/SP n. 309.274

José Luiz Levy
Procurador Legislativo Supervisor – Judicial
RF 11.012 – OAB/SP 67.816

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe
RF 11.043 – OAB/SP n. 106.017

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 2114760-98.2018.8.26.0000

Tema: competência do município para legislar sobre matéria ambiental e atividade de polícia administrativa para fiscalizar a produção de poluição sonora

EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DR. BORELLI THOMAZ, DO ÓRGÃO ESPECIAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE **Autos n. 2114760-98.2018.8.26.0000**

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e seu **PRESIDENTE**, neste ato representados por suas procuradoras (doc. 01), nos autos da demanda acima indicada, proposta pelo Sindicato das Indústrias de Explosivos do Estado de Minas Gerais – SINDIEMG, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. ofício n. 1986-O/2018-apom, apresentar **INFORMAÇÕES** consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir:

1. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Sindicato das Indústrias de Explosivos do Estado de Minas Gerais – SINDIEMG visando à declaração de inconstitucionalidade na Lei Municipal n. 16.897/2018, que proíbe o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampidos e de artifícios, assim como de quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo, nos termos ali estabelecidos, e dá outras providências.

Para sustentar a pretensão deduzida, o Requerente alega:

- a) violação ao artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, tendo em vista que a norma impugnada ofenderia o princípio da razoabilidade, pois, nos termos da petição inicial, teria proibido prática econômico-empresarial consistente na produção e comercialização de fogos de artifício através da proibição de seu consumo;

- b) violação aos artigos 19 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, em razão de suposta usurpação de competência pelo município de São Paulo ao tratar de matéria. Para tanto, afirma que a lei impugnada dispõe sobre produção e consumo e, ainda, proteção ao meio ambiente, matérias que, nos termos do art. 24, incisos V e VI, são de competência legislativa concorrente da União e dos estados membros. Suscita, ainda, que a legislação municipal contraria norma federal e estadual acerca do tema;
- c) como consequência disso, alega infração ao art. 1º da Carta Estadual e, ainda, aos princípios do federalismo e da simetria;
- d) por fim, aponta a ofensa ao art. 191 da Constituição Bandeirante, em razão de aludida ausência de participação da coletividade durante a tramitação do projeto de lei que deu origem à Lei Municipal n. 16.897/2018.

A liminar pleiteada restou deferida pelo Exmo. Desembargador Relator nos seguintes termos:

Entendo ser caso de deferimento liminar para, desde logo, suspender os efeitos da referida lei, porquanto, com a devida vênua, pese embora à inexistência de dúvida sobre reger-se o Município com autonomia, por Lei Orgânica, sempre devem ser atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, como determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CRFB; art. 144, CE).

Isso realçado, vê-se haver mesmo a denunciada invasão de competência normativa, pois a legislação municipal indicada na petição inicial dispõe sobre proibição do manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampidos e de artifícios, assim como quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo, em desarmonia com regramentos vigentes sobre o tema em âmbito federal e estadual, editados por força da competência constitucionalmente atribuída à União e ao Estado de São Paulo, concorrentemente.

Assim porque, não se descure, houve edição pela União, no exercício da competência constitucional já referida, de legislação de caráter geral acerca do tema, vale dizer, o Decreto-Lei Federal 4.238/42, a fixar no artigo 1º: são permitidos, em todo território nacional, a fabricação, o comércio e o uso de fogos de artifício, nas condições estabelecidas neste decreto-lei.

[...]

Destarte, mostra-se descabido ao Município de São Paulo editar norma cujo conteúdo contrarie e inove em tema a respeito do qual há reserva constitucional de competência legislativa à União e aos Estados, razão suficiente para, neste momento processual, concluir por credibilidade e verossimilhança, bem como *fumus boni juris*, razão pela qual defere-se a liminar.

Pois bem. Em que pese todo o exposto pelo Requerente em sua peça exordial, a pretensão deduzida não merece ser acolhida, tendo em vista que os vícios apontados inexistem. Vejamos.

2. PRELIMINARES

A. Da falta de interesse de agir na modalidade adequação (Art. 125, §2º, da CF e art. 485, VI, do CPC)

A partir da simples leitura da peça exordial, depreende-se que o Sindicato autor, com o intuito de possibilitar o questionamento formal de constitucionalidade em análise, utiliza-se de previsões inseridas na Constituição Estadual que, contudo, **não dispõem acerca da matéria “competência legislativa”**.

O art. 1º invocado pelo Requerente dispõe apenas sobre diretriz que rege o Estado de São Paulo.

O suscitado art. 19 estabelece as atribuições do Poder Legislativo, não regulamentando especificamente a competência legislativa do ente político estadual.

Os arts. 111 e 144 da Constituição Bandeirante, por sua vez, tratam, respectivamente, dos princípios que norteiam a atuação estatal e da submissão dos Municípios aos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual.

Por fim a disposição inserta no art. 191 da Constituição estadual trata de competência administrativa (e não legislativa) do Estado, disciplinando o Poder de Polícia do Estado em matéria ambiental, função administrativa e não legislativa.

Como consequência disso, vê-se que o questionamento da Lei Municipal n. 16.897/2018 não se dá de forma direta em relação às disposições inseridas na Constituição Estadual, **mas sim em face das normas constitucionais federais previstas nos artigos 23, inciso VI, 24, incisos V, VI e VII, e 30, I e II**, que dispõem sobre a competência administrativa e legislativa concorrente em temas de produção e consumo e acerca da proteção do meio ambiente, bem como da competência legislativa municipal em matéria de interesse local e de ordem suplementar.

Dessa forma, conclui-se que as questões jurídicas discutidas na ação em apreço cingem-se a um único ponto, **de índole constitucional federal, inexistindo norma similar na Constituição do Estado, o que obsta o confronto objetivado e, ainda, enseja a falta de interesse de agir na modalidade adequação**, em razão do quanto disposto no artigo 125, §2º, da Constituição Federal, que assim estabelece:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios

estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade **de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual**, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Por força de tal dispositivo, é **vedado** o confronto direto de lei municipal face à Constituição Federal.

Tanto é juridicamente impossível tal contraste que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da **impossibilidade** de o Tribunal de Justiça local proceder ao controle abstrato de normas municipais em relação a preceitos insertos na Constituição Federal:

Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. (ADI 1372-RJ, j. 10.11.1995)

Em igual sentido já se posicionou este C. Órgão Especial:

[...] De início, cumpre salientar que o controle de constitucionalidade das normas Municipais só pode ser feito, por este E. Tribunal de Justiça, tendo como parâmetro o texto da Constituição do estado de São Paulo (art. 74, inciso VI, CE). **Daí não ser possível pronunciamento desta Corte de Justiça quanto à contrariedade da lei objeto da presente ação frente a dispositivos da Constituição Federal e da Lei Orgânica do Município.** (TJSP – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 170.827-0/0-00 – Rel. Des. DEBATIN CARDOSO – j. 04.03.2009 – destaque nosso)

[...] Como já ressaltado no r. despacho da Egrégia Presidência (fls. 153), que indeferiu pedido de liminar, não se admite o manejo de Ação direta de inconstitucionalidade quando, para deslinde do tema, for indispensável o exame do conteúdo de outras normas infraconstitucionais [...] (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 106.866-0/4, Des. Rel. RUY CAMILO, j. 05.04.2004).

E, *in casu*, não se pretendendo o cotejo da lei municipal impugnada em face de normas de reprodução obrigatória pelos Estados, incabível o controle de constitucionalidade pretendido pelo Requerente, nos termos do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 650.898 (repercussão geral n. 484):

Ementa: Recurso Extraordinário. **Repercussão Geral**. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. **1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados**. Precedentes [...] (RE 650.898, j. 01.02.2017).

Outrossim, por ser evidente que o confronto da Lei Municipal não se dá com a Constituição do Estado, mas sim com a Constituição Federal, extrai-se que o Tribunal de Justiça Estadual **sequer** deveria ter recebido a ação e, tampouco, conferido liminar.

Diante de todo o exposto, uma vez demonstrada cabalmente a pretensão do Requerente de confronto da Lei Municipal com dispositivos da Constituição Federal, inadmissível o prosseguimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 125, §2º, da Constituição Federal), sendo insubsistente a r. decisão liminar proferida em seu bojo, em razão da evidente **falta de interesse de agir na modalidade adequação**, devendo o feito ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do diploma processual.

B. Da ausência de legitimidade ativa e da falta de interesse jurídico na modalidade necessidade para propor a demanda (art. 485, VI, do CPC)

Impõe-se observar, também, que o Requerente não juntou aos autos a completa documentação relativa a seus atos constitutivos visando comprovar sua legitimidade ativa para o ajuizamento da presente demanda.

Com efeito, extrai-se dos autos que a petição inicial foi acompanhada tão somente da Ata Geral de Eleição do Sindicato das Indústrias de Explosivos do Estado de Minas Gerais – SINDIEMG, da lista de membros que compareceram a tal assembleia e do termo de posse da diretoria então eleita (fls. 26/39), não tendo sido juntado o estatuto de constituição da entidade a partir do qual seria possível a análise de eventual **correlação** entre **o objeto social da entidade sindical e a matéria tratada na legislação municipal questionada** e, portanto, o **interesse jurídico** a que faz alusão o art. 90, inciso V, da Constituição Estadual, a legitimar a atuação do Requerente.

Ora, tratando-se os sindicatos de legitimados **especiais** à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, deveria o Requerente comprovar **de plano** o nexo de afinidade entre os seus objetivos institucionais e o conteúdo material do texto normativo impugnado, ônus do qual, contudo, não se desincumbiu, a ensejar a

extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

A extinção do feito é medida que se impõe, ainda, porque o Requerente, entidade sindical que congrega associados do Estado de Minas Gerais, em nenhum momento comprova documentalmente e, portanto, de maneira consistente, em que medida a disposição legal criada para o Município de São Paulo interfere na esfera jurídica de seus associados.

Meras alegações, **desprovidas de quaisquer provas**, não são suficientes para sustentar a existência de reflexos **diretos** da Lei Municipal n. 16.897/2018 sobre os associados do Requerente, a ensejar a **falta de interesse de agir** do demandante.

Assim, também por tal razão, requer-se a **extinção do feito, sem julgamento do mérito**, na forma do art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

3. MÉRITO

A. Da constitucionalidade formal da Lei Municipal n. 16.897/2018 – Competência do município para legislar acerca de proteção ambiental

No mérito, igualmente não assiste razão ao Requerente.

Primeiramente porque a lei impugnada na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade não dispõe acerca de produção e consumo, mas sim **sobre proteção ambiental**, matéria esta que se insere no âmbito na competência legislativa municipal.

A partir da análise do Projeto de Lei n. 97/2017, do qual originou a lei municipal ora em análise, vê-se que o escopo da norma foi obstar a **poluição sonora** advinda de artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso. Para melhor elucidação do tema, destaca-se o cerne da justificativa do Projeto de Lei n. 97/2017 (docs. 02/07):

[...] a propositura foi idealizada visando o **bem-estar** de idosos, doentes, bebês, crianças e animais que sofrem com os estouros e estampidos. A saber, os animais, principalmente os cães, gatos e aves têm o aparelho auditivo por deveras sensível, de maneira que ficam estressados e chegam a se mutilar ou se acidentar na ânsia de fugir de tais ruídos.

[...]

Nesse diapasão, a iniciativa em tela não objetiva proibir os fogos de visuais, que trazem luzes e cores e não produzem estampidos. **A ideia é acabar**

com a poluição sonora, mas ao mesmo tempo atender às expectativas dos que esperam pelo espetáculo pirotécnico, principalmente durante grandes festas populares, já que os fogos de artifício visuais, sem estampidos, podem ser utilizados normalmente.

Trata-se, destarte, de norma voltada à proteção ambiental, pois tem por objeto práticas que ensejam uma perturbação ao ambiente sonoro, causadoras de danos ao sossego e à saúde humana e animal, o que, a toda evidência, constitui poluição sonora, posto subsumir-se ao conceito inscrito no artigo 3º, inciso III, da Lei Federal n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), que assim dispõe:

Art. 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Este, aliás, foi o entendimento ACOLHIDO por este C. Órgão Especial nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2141095-91.2017.8.26.0000, ajuizada pela Associação Brasileira de Pirotecnia – ASSOBRAPI, oportunidade na qual se conclui pela constitucionalidade de legislação do Município de Indaiatuba extremamente semelhante a ora em apreço:

A Lei n. 6.692, de 06 de abril de 2017, do Município de Indaiatuba derivada do Projeto de Lei n. 03/17, de iniciativa legislativa versa sobre “[...] a proibição da queima, soltura e manuseio de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos que causem poluição sonora acima de 65 decibéis no município de Indaiatuba, e dá outras providências”, nos seguintes termos (fls.33): Art. 1º Fica proibida a utilização de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos que causem poluição sonora como estouro e estampidos, acima de 65 decibéis no município de Indaiatuba. Parágrafo único. A proibição à qual se refere esse artigo estende-se a todo o município, em recintos fechados e ambientes abertos, em áreas públicas e locais privados.

Art. 2º Os fogos de artifício e artefatos pirotécnicos que não causem poluição sonora, considerando o limite de 65 decibéis podem ser livremente utilizados. Parágrafo único. Para classificação de poluição sonora, serão consideradas as recomendações da NBR 10.151 e NBR 10.152, ou as que lhe sucederem.

Art. 3º Em caso de descumprimento desta Lei será aplicada multa de 50 UFESP's (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo), dobrada em caso de reincidência.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Em essência, tal norma limitou-se a estabelecer limites à POLUIÇÃO SONORA, ocasionada por fogos de artifício e artefatos pirotécnicos, no âmbito municipal, definindo sanções a quem desrespeitá-los (grifos e destaques nossos).

Assentado que as disposições da Lei Municipal n. 16.897/2018 versam acerca da proteção ao meio ambiente, a competência legislativa municipal para tratar da matéria deflui de maneira insofismável.

A Constituição Federal vigente alçou a proteção ao meio ambiente dentre as garantias e direitos fundamentais (artigo 5º, inciso LXXIII), classificando-o, inclusive, como **condição essencial à sadia qualidade de vida da coletividade** (art. 225, “caput”). Nestes termos, estabelece ser de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer das suas formas (art. 23, inciso VI) e, ainda, **preceitua caber às unidades políticas controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente** (art. 225, inciso V).

Como consequência do interesse comum da preservação do meio ambiente, em todas as suas formas, todas as entidades políticas têm competência para legislar concorrentemente sobre meio ambiente, nos termos do artigo 24, incisos VI e VII, c/c o artigo 30, incisos I e II, todos da Constituição Federal, cabendo ao município suplementar a legislação federal e estadual no que couber, dentro dos limites do predominante interesse local.

Aliás, a competência dos municípios para legislar sobre o meio ambiente já foi reconhecida por este C. Órgão Especial:

ADIN-Inconstitucionalidade alegada pelo Prefeito do Município de Mauá quanto à Lei nº 3.967, de 24/04/06, que “Dispõe sobre a proibição de realização de rodeios, touradas e atividades similares no Município de Mauá que envolvem maus tratos e atos de crueldade em animais”- Inadmissibilidade – **Competência suplementar conferida à Câmara de Vereadores para legislar sobre matéria de proteção à fauna** e, ainda, de interesse local [...] Ação julgada improcedente (ADI nº 138553-0/5; Des. Rel. Celso Limongi; D.J. 13/06/07).

E, mais recentemente, também nesse sentido consolidou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao analisar a matéria:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LIMITES DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. LEI MUNICIPAL N. 1.952, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995, DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. RECONHECIDA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 23, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, N. 14, 192, § 1º E 193, XX E XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E ARTIGOS 23, VI E VII, 24, VI E 30, I E II DA CRFB. **1. O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB)** [...] (RE 586.224, rel. min. Luiz Fux, j. 05/03/2015, P, DJE de 08/05/2015, Tema 145).

Diante desse contexto, fica rechaçado o argumento do Requerente no sentido de que a proteção ao meio ambiente insere-se tão somente no âmbito da atribuição material do município de São Paulo, principalmente porque, dado o **princípio da legalidade** que rege toda a administração pública, a incumbência inscrita no art. 23, inciso VI, da Constituição Federal deve ser exercida também por meio de leis.

E exatamente no exercício dessa competência legislativa foi editada a norma ora impugnada, posto que a Lei Municipal n. 16.897/2018 ao tratar acerca de proteção ao meio ambiente, não contrariou qualquer normativo federal ou estadual, mas tão somente tratou da matéria segundo as necessidades regionais e, neste mister, apenas instituiu regras **mais protetivas** do meio ambiente.

Em matéria análoga, pois correlata à proteção ambiental, a Lei Municipal de São Paulo n. 13.113/2001 proibiu na construção civil a utilização de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos de amianto. Tal legislação foi objeto do ADPF n. 109, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, sendo certo que ao **indeferir** o pedido liminar ali deduzido, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski bem destacou em seu voto:

[...] **Em matéria de proteção à saúde e de defesa do meio ambiente, a competência legislativa é concorrente**, a teor do art. 24, VI e XII, da Constituição.

De outro lado, também, a defesa da saúde, conforme estabelece o art. 196 da Carta Magna é competência do Estado genericamente compreendido. **Portanto, não é apenas da União, mas também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.**

Não me impressiona, à primeira vista, o argumento que a legislação impugnada deve subordinar-se, na espécie, à Lei federal 9.055/1995, uma vez que, não vigora no direito brasileiro o princípio de que o direito federal rompe com o direito estadual (*Bundesrecht bricht Landesrecht*) consagrado no art. 31 da Constituição alemã.

Por fim, como bem ressaltai, em voto oral, quando do julgamento da ADI 3.937-MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, **“tenho defendido, não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na Corte Estadual a qual pertenci, como também tive oportunidade de manifestar esse entendimento nesta Suprema Corte, no sentido de que, em matéria de proteção do meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos municípios”**.

Isso posto, exercendo um juízo de mera delibação, e sem prejuízo de melhor exame do tema no momento processual oportuno, indefiro o pedido de medida liminar.

Sublinhe-se que **em momento algum a lei municipal vedou o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampido e de artifício, mas tão somente os limitou, conforme deflui do parágrafo único do art. 1º da norma:**

Art. 1º Fica proibido o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampidos e de artifícios, assim como de quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso em todo o território do Município de São Paulo.

Parágrafo único. **EXCETUAM-SE** da regra prevista no “caput” deste artigo **os fogos de vista**, assim denominados aqueles que produzem efeitos visuais sem estampido, **assim como os similares que acarretam BARULHO DE BAIXA INTENSIDADE** (grifos e destaques nossos).

Contudo, tal limitação **não configura a usurpação de competência defendida pelo Requerente, tampouco a contrariedade a regramento preexistente sobre o tema.**

A uma porque conforme ensina o eminente Dr. Paulo Affonso Leme Machado:

[...] “suplementar”, **não é somente** ornamentar uma norma geral, como se essa competência representasse uma superfluidade. **Adicionar, completar e aprimorar a norma federal faz parte de um federalismo participativo e cooperativo.** O contrário é praticar um federalismo “consentido”, em que as autonomias estaduais não são desejadas, mas somente toleradas¹

1. Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental*. São Paulo: Forense, 2010, p. 263.

A duas porque a norma em questão encontra-se em **consonância** com a legislação federal acerca da matéria de proteção ambiental e, mais ainda, correlatas à poluição sonora ambiental.

Com efeito, nos termos das Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) n. 001/1990 e 002/1990, editada com base na Lei Federal n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), admite-se que a municipalidade **exerça atividade de polícia administrativa sobre a emissão ou proibição da emissão de ruídos produzidos por qualquer meio ou de qualquer espécie, sendo certo, ainda, que não excepcionam quaisquer atividades da observância aos padrões de emissão de ruídos estabelecidos.**

Nesse sentido, pede-se vênia para destacar trecho da Resolução Conama n. 001/1990 (doc. 08):

I – A emissão de ruídos, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução.

II – São prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior, os ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela Norma NBR-10.151 – Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas -ABNT.
[...]

V – **As entidades e órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) competentes, no uso do respectivo poder de polícia, disporão de acordo com o estabelecido nesta Resolução, sobre a emissão ou proibição da emissão de ruídos produzidos por qualquer meio ou de qualquer espécie, considerando sempre os locais, horários e a natureza das atividades emissoras, com vistas a compatibilizar o exercício das atividades com a preservação da saúde e do sossego público [...]**

E, tendo em vista a necessidade de conscientização acerca dos efeitos prejudiciais causados pelo excesso de ruído para a saúde, qualidade de vida e bem-estar da população, o mesmo Conselho Nacional do Meio Ambiente instituiu, por meio da Resolução Conama n. 02/1990 (doc. 09), o importante Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora (Silêncio).

O programa Silêncio *é coordenado pelo Instituto Brasileiro de do Meio Ambiente e Recursos Renováveis* (Ibama), mas a Resolução n. 02/1990 bem ressalva:

Art. 3º Disposições Gerais:

Compete ao IBAMA a coordenação do Programa SILÊNCIO;

Compete aos estados e municípios o estabelecimento e implementação dos programas estaduais de educação e controle da poluição sonora, em

conformidade com o estabelecido no Programa SILÊNCIO;
Compete aos estados e municípios a definição das sub-regiões e áreas de implementação previstas no Programa SILÊNCIO;
Sempre que necessário, os limites máximos de emissão poderão ter valores mais rígidos fixados a nível estadual e municipal.
Em qualquer tempo este Programa estará sujeito a revisão, tendo em vista a necessidade de atendimento a qualidade ambiental.

É cediço que a lei impugnada se amolda perfeitamente às normas supramencionadas, posto que somente estabeleceu limites de proteção em consonância com toda legislação protetora já existente no sistema jurídico brasileiro.

Para melhor elucidação do tema, pede-se vênia para transcrever os fundamentos do V. Acórdão de lavra do Exmo. Sr. Desembargador Beretta da Silveira nos autos da anteriormente citada Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2141095-91.2017.8.26.0000, no qual tal questão foi precisamente abordada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei n. 6.692, de 06 de abril de 2017, do Município de Indaiatuba (“Dispõe sobre a proibição da queima, soltura e manuseio de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos que causem poluição sonora acima de 65 decibéis no município de Indaiatuba, e dá outras providências”). (1) VÍCIO DE INICIATIVA: Inexistente. Não viola a competência privativa da União (arts. 23 e 24, CR/88) a norma municipal que se volta, exclusivamente, ao desempenho da polícia administrativa quanto às atividades de queima, soltura e manuseio de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos no âmbito local, ainda mais se respeita as regras editadas pela União para proteção do meio ambiente e controle da poluição (Lei n. 7.804/89 e Res. CONAMA 001/90e 002/90). Muito menos haveria de se falar em iniciativa exclusiva do Alcaide, pois tal tema não se insere no estrito rol de competência privativa do Executivo (art. 61, §2º, CR/88; arts. 24, §2º, e 144, CE/SP). (2) VIOLAÇÃO À NECESSIDADE, À OPORTUNIDADE/CONVENIÊNCIA, AO INTERESSE PÚBLICO E AO REGRAMENTO INFRACONSTITUCIONAL ESTADUAL: Impossibilidade de exame dessas teses em sede de ação objetiva. Falta de interesse processual flagrante (art. 485, VI, NCPC). (3) FALTA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA ESPECÍFICA: não é inconstitucional a lei que inclui gastos no orçamento municipal anual sem a indicação de fonte de custeio em contrapartida ou com seu apontamento genérico. Doutrina e Jurisprudência do STF (inclusive em sede de repercussão geral) e desta Corte. AÇÃO IMPROCEDENTE, uma vez revogada a liminar.

[...]

Não procede o argumento de que a competência para legislar sobre a matéria tratada pela lei impugnada seria privativa da União.

O assunto-chave da norma jurídica em tela é a poluição sonora (que, por sua vez, integra temática maior do meio ambiente).

O artigo 24 da Constituição da República é claro ao definir que:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

[...]§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

A União exercera tal competência legislativa, no que importa ao caso em comento, ao editar a Lei n. 7.804, de 18 de julho de 1989.

Com lastro em tal diploma legal, mediante atuação do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente, Órgão Consultivo e Deliberativo instituído por essa lei), foi estabelecido o Programa “SILÊNCIO” (Resolução CONAMA n. 002/1990) e, ainda, viram-se definidos, como paradigmas para Controle da Poluição Sonora, os níveis de ruídos estatuídos nas Normas NBR-10.151 e NBR-10.152, ambas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) (Resolução CONAMA n. 001/1990).

Mais. O mesmo texto da Carta Republicana ainda conferiu, em seu artigo 23, inciso VI, competência administrativa comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Então, poderia a Municipalidade, respeitados os parâmetros trazidos pelas normas da União (relativos à “proteção do meio ambiente e controle da poluição”), exercer atividade de polícia administrativa quanto às atividades desempenhadas localmente. Nesse ponto em particular, a própria Resolução CONAMA n. 001/1990, prescreve, em seu item V, que: “V – As entidades e órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) competentes, no uso do respectivo poder de polícia, disporão de acordo com o estabelecido nesta Resolução, sobre a emissão ou proibição da emissão de ruídos produzidos por qualquer meio ou de qualquer espécie, considerando sempre os locais, horários e a natureza das atividades emissoras, com vistas a compatibilizar o exercício das atividades com a preservação da saúde e do sossego público”.

Pois bem. Nesse cenário, como bem destacou o n. Subprocurador-Geral de Justiça preopinante (fls. 284), o Município de Indaiatuba, na lei impugnada,

à evidência, não fez outra coisa senão **atuar em manifesta atividade local de polícia administrativa constitucionalmente autorizada**, na medida em que **definiu, em repetição aos parâmetros previamente traçados pela União, limites** para a poluição sonora ocasionada durante a queima, soltura e manuseio de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos (“como estouro e estampido”) nos limites territoriais daquela cidade, e, como consequência, estabeleceu sanções administrativas para quem os desrespeitasse.

Tão verdadeira essa atividade adstrita que, além do artigo 2º, par. ún., da norma impugnada expressamente adotar as mesmas referências acústicas das Resoluções CONAMA (quais sejam, as normas técnicas NBR-10.151 e 10.152), tem-se que o próprio índice de 65dB, estatuído em seu artigo 1º, se encontra dentro dos parâmetros definidos na norma técnica estilar (NBR-10.151, item 6). À evidência, portanto, não haveria falar-se em invasão ou desrespeito à competência privativa da União.

Patente, portanto, a inexistência da aludida usurpação de competência, bem como de qualquer contrariedade a regramento preexistente sobre o tema, **a afastar, destarte, a pretensa violação aos artigos 1º, 19 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como aos princípios da simetria e do federalismo.**

Aliás, desse entendimento também perfilhou a C. 1ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça ao analisar norma do município de Campinas acerca da poluição sonora causada por fogos de artifício – Apelação n. 1006141-74.2017.8.26.0114, Rel. Desembargador Danilo Panizza, julgado em 23 de abril de 2018.

E, de fato, outro não poderia ser o entendimento, pois o município, na qualidade de ente federativo recebeu autonomia (arts. 1º e 18 da Constituição Federal), possuindo, conseqüentemente, competências exclusivas e organização política própria que lhe conferem **a possibilidade de exercer uma EFETIVA tutela ambiental.**

Celso Antonio Pacheco Fiorillo,² discorrendo sobre tema, bem destacou:

Em linhas gerais, podemos concluir que a competência legislativa em matéria ambiental **estará sempre privilegiando a maior e mais efetiva preservação do meio ambiente, independentemente do ente político que a realize, porquanto todos receberam da Carta Constitucional aludida competência** (grifo nosso).

Nesse passo, a competência municipal para legislar sobre meio ambiente revela-se de extrema importância, visto que o Município é o ente mais próximo aos interesses e peculiaridades da população, estando mais apto a colocar em prática a

2. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.81.

proteção ambiental tão reclamada no texto constitucional. Nesse sentido leciona Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Interessante verificarmos que o texto constitucional, ao atribuir ao Município competência para legislar sobre assuntos locais, está-se referindo aos interesses que atendem de modo imediato às necessidades locais, ainda que tenham repercussão sobre as necessidades gerais do Estado ou do País. Com isso, questões como o fornecimento domiciliar de água potável, o serviço de coleta de lixo, o trânsito de veículos e outros temas típicos do meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho no âmbito do Município, embora de interesse local, não deixam de afetar o Estado e mesmo o país... Assim temos que a Carta Constitucional trouxe importante relevo para o Município, particularmente em face do direito ambiental brasileiro, na medida em que é a partir dele que a pessoa humana poderá usar os denominados bens ambientais, visando plena integração social, com base na moderna concepção de cidadania.³

Não por outra razão a própria Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 191, determinou ao estado **e aos municípios**, com a participação da coletividade “a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico”.

Ainda a Lei Orgânica do Município de São Paulo contém capítulo específico de regulamentação de regras atreladas ao meio ambiente (artigos 180 e seguintes), estabelecendo, inclusive, que “O Município, mediante lei, organizará, assegurada a participação da sociedade, sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para coordenar, fiscalizar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta no que respeita [...]”.

A propósito, Roberto Ramalho, em artigo específico acerca da legislação federal sobre poluição sonora urbana e competência dos Municípios bem preleciona:

Com efeito, sob a avaliação dos planos urbanísticos municipais, as atividades urbanas devem ser distribuídas de modo a não haver incompatibilidades, nos termos do artigo 181 da Constituição Federal, tais como a localização de uma grande metalúrgica no meio de uma área residencial ou, pior ainda, ao lado de um hospital e jamais venham a perturbar o sossego, a segurança e a saúde alheias. Nesse passo, é também competência dos municípios legislar sobre medidas mitigadoras da poluição sonora, como a restrição ao uso de buzinas em determinadas áreas e os horários e locais em que

3. *Ibid.*, p. 83.

podem funcionar atividades naturalmente barulhentas, como espetáculos musicais e esportivos, bares, boates, danceterias, obras civis, entre outros. O disciplinamento do uso do solo e das atividades urbanas é estabelecido por meio das leis municipais de ordenamento urbano e pelos códigos municipais de obras e de posturas.

Assim sendo, se na hipótese de em determinado Município ainda não existirem essas leis ou na ausência delas permitem a prática da poluição sonora, nada pode ser feito em termos de aplicabilidade da legislação federal ou estadual, pois o “Pacto Federativo” garante a autonomia administrativa dos entes federados, respeitando-se as competências constitucionais de cada um deles segundo preceitua o caput do art. 18 da Constituição Federal.

Para controlar a poluição sonora, os Municípios e os órgãos ambientais e de trânsito valem-se de normas técnicas editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e pelo Instituto Brasileiro de Normatização e Metrologia – INMETRO, as quais definem os limites de ruído acima dos quais se caracteriza poluição sonora.

Como normas técnicas, esses instrumentos são periodicamente atualizados de acordo com a evolução tecnológica, o que não poderia ocorrer ou simplesmente seria muito mais difícil de ocorrer se fossem leis. Isto sem se levar em conta que as normas técnicas tratam de assuntos altamente complexos e polêmicos, de natureza especializada e, por essa razão, impossíveis de serem tratados pelos poderes legislativos. Outro argumento para que o poder legiferante (processo de criação de leis) sobre a poluição sonora urbana caiba ao Município é a capacidade ou poder de fazer cumprir efetivamente uma lei que a discipline. Dessa forma, observe-se que somente o Município tem condições operacionais de fiscalizar e combater a prática de poluição sonora dentro de seu território e da sua competência.⁴

Patente, portanto, também a constitucionalidade material da norma impugnada, posto que a lei aprovada dentro do município vai ao encontro dos preceitos relacionados ao meio ambiente expressamente destacados na Carta Magna e, ainda, ao mais recente entendimento jurisprudencial acerca da matéria.

Neste ponto, oportuno observar, ainda, que os precedentes colacionados pelo Requerente em sua peça exordial são absolutamente inadequados à matéria em apreço, pois dizem respeito a casos nos quais houve a proibição absoluta ao uso de fogos de artifício, o que, como já apontado, **NÃO OCORREU com a edição da Lei Municipal 16.897/2018**, conforme deflui de seu artigo 1º:

Art. 1º Fica proibido o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos

4. Ramalho, Roberto. *Legislação federal sobre poluição sonora urbana e competência dos Municípios*. Publicado em 11/2011. Fonte: site.jus.com.br.

de estampidos e de artifícios, assim como de quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso em todo o território do Município de São Paulo. **Parágrafo único. EXCETUAM-SE da regra prevista no “caput” deste artigo os fogos de vista, assim denominados aqueles que produzem efeitos visuais sem estampido, assim como os similares que acarretam BARULHO DE BAIXA INTENSIDADE** (grifos e destaques nossos).

Note-se, ainda, que nenhuma das normas analisadas nos precedentes apontados pelo Requerente contém a ressalva indicada no parágrafo único acima reproduzido. Dessa forma, resta cristalina a inadequação dos precedentes indicados.

C. Do Projeto de Lei n. 49/2013.

As alegações do Requerente no que diz respeito ao Projeto de Lei n. 49/2013, vetado pelo Poder Executivo, são completamente destituídas de fundamento.

Isso porque, conforme acima detidamente comprovado, a matéria objeto da lei municipal impugnada diz respeito à proteção ao meio ambiente e à poluição sonora, dado que a Lei Municipal n. 16.897/2018 apenas **limitou** o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampido e de artifício, com vistas à redução da perturbação ao ambiente sonoro causadoras de danos ao sossego e à saúde humana e animal.

Por outro lado, questões atinentes à viabilidade técnica e operacional do projeto de lei não se coadunam com o controle normativo abstrato e, portanto, de índole objetiva, das ações diretas de inconstitucionalidade.

Trata-se, aliás, de questões que variam conforme o momento político e da gestão pública municipal, inserindo-se no âmbito da conveniência e oportunidade do administrador público e que, portanto, não dizem respeito à constitucionalidade da norma em elaboração.

Assim, tais argumentos nada acrescentam ao tema objeto da presente demanda.

D. Da ausência de violação ao princípio da razoabilidade – Prevalência da tutela ambiental em face dos interesses em jogo no caso concreto

Mister destacar que a proteção ao meio ambiente pretendia pela lei municipal em análise em momento algum pode ser considerada como violadora do princípio da razoabilidade ou mesmo inviabilizadora do exercício de atividades econômicas.

De plano, é oportuno observar que o Requerente não apresenta qualquer prova da suposta inviabilidade ao exercício de atividade econômica por força da lei municipal ora contestada. E isso certamente porque inexiste a reiteradamente citada proibição à prática econômico-empresarial, dado que, repita-se, a Lei Municipal n. 16.897/2018 apenas limitou o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampido e de artifício, permitindo, conforme preceitua seu art. 1º, os fogos de vista e aqueles que acarretem barulho de baixa intensidade.

Tal disposição, além de evidenciar que a indigitada norma não estabelece o “silêncio absoluto” apontado pelo Requerente, comprova a razoabilidade e proporcionalidade da legislação em apreço, pois ao compatibilizar a preservação da qualidade do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico e com o exercício da livre iniciativa, consagra o princípio do desenvolvimento sustentável.

Assim, diversamente do quanto alegado, outros direitos fundamentais foram, sim, resguardados, em estrita observância aos princípios elencados no art. 111 da Constituição Estadual.

Por outro lado, a proteção ambiental pretendida pela legislação municipal atrela-se à ideia de sadia qualidade de vida, sem impedir a produção de qualquer artefato. Apenas impõe limite ao manuseio daqueles que causem ruído excessivo. Ora, sem impedir atividade econômica, e favorecendo a qualidade de vida, vê-se que este valor de interesse geral há de prevalecer sobre interesse econômico específico e circunscrito, o que de modo algum inviabiliza a atividade econômica constitucionalmente assegurada.

Não por outra razão tanto a Constituição Federal (artigo 170, inciso VI) como a Constituição Estadual (artigos 180 a 183) anunciam que liberdade econômica não é absoluta, motivo pelo qual deve se harmonizar-se com outros valores igualmente relevantes e fundamentais no ordenamento jurídico, dentre eles a defesa do meio ambiente.

Nesse sentido, aliás, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal precisamente acerca da matéria:

[...] A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as

propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural (ADI n. 3540 MC/DF, rel. Ministro Celso de Mello, j. em 1.9.2005).

Disso, aliás, resulta a inexistência de qualquer efeito nocivo oriundo da norma municipal impugnada e de sua reprodução por outros municípios, dado que a proteção ambiental jamais deve ser tida por indesejável, mas, sim, sempre incentivada e prestigiada.

E. Da constitucionalidade formal da norma e da efetiva participação da coletividade no processo legislativo

A Lei Municipal 16.897/18 reveste-se de constitucionalidade formal também porque todos os trâmites legais e regimentais foram observados.

Nesse contexto, importa destacar que, diversamente do quanto deduzido pelo Requerente, o devido processo legislativo no que diz respeito à **participação popular** na elaboração da norma em análise restou absolutamente **garantido**.

Isso porque, em atendimento ao quanto disposto no art. 41 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, editado justamente com vistas a assegurar **a participação da população na formação das leis**, realizaram-se **duas audiências públicas** tendo por objeto o projeto de lei que originou a norma aqui debatida, às quais foi conferida a devida publicidade (doc. 10).

Não por outra razão, **inúmeras pessoas e representantes de entidades compareceram às referidas audiências**, conforme deflui das anexas notas taquigráficas dos eventos (docs. 02 e 11), inexistindo, portanto, o “arremedo de audiência” aludido pelo Requerente.

Por outro lado, diversamente do quanto sugerido pelo Sindicato autor, a presença dos órgãos técnicos apontados na peça exordial nas audiências públicas realizadas no âmbito da elaboração da lei municipal questionada não constitui requisito indispensável à higidez do processo legislativo, conforme deflui do já mencionado art. 41 da Lei Orgânica do Município de São Paulo. Note-se, aliás, que o dispositivo nada trata acerca da necessidade de presença de quaisquer órgãos técnicos:

Art. 41 – A Câmara Municipal, através de suas Comissões Permanentes, na forma regimental e mediante prévia e ampla publicidade, convocará obrigatoriamente pelo menos 2 (duas) audiências públicas durante a tramitação de projetos de leis que versem sobre:

§1º – A Câmara poderá convocar uma só audiência englobando dois ou

mais projetos de leis relativos à mesma matéria.

§ 2º – Serão realizadas audiências públicas durante a tramitação de outros projetos de leis mediante requerimento de 0,1% (um décimo por cento) de eleitores do Município.

Assim, diante de todo o exposto, evidente o cumprimento dos tramites legais necessários à elaboração da norma e, mais, à observância da participação popular prescrita no art. 191 da Constituição Estadual, a afastar, destarte, a existência de qualquer vício a macular a legislação suscitada.

4. PEDIDO

Pelo exposto, requer seja julgada improcedente a presente ação, com a consequente revogação da medida liminar anteriormente concedida, tendo em vista que a Lei Municipal n. 16.897/2018 encontra-se em consonância com os artigos 1º, 19, 111, 144 e 191, todos da Constituição do Estado e com o sistema jurídico constitucional e princípios que regem o processo legislativo, sob pena de violação também aos artigos 23, inciso VI, 24, incisos VI e VII, 30, incisos I e II, 182, e 225, caput e inciso V, todos da Constituição Federal.

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. ofício.

São Paulo, 13 de agosto de 2018.

Milton Leite
Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Ana Paula Sabadin S. T. Medina
Procuradora Legislativa – Judicial – RF 11.480
OAB/SP n. 309.274

Cintia Talarico da Cruz Carrer
Procuradora Legislativa Supervisora – Judicial – RF 11.400
OAB/SP n. 155.068

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe – RF 11.043
OAB/SP n. 106.017

Desfecho da demanda: em 4 de junho de 2020 o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 16.897, de 23 de maio de 2018, do Município de São Paulo, por meio de acórdão assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Ilegitimidade ativa – Ausente configuração – Entidade sindical que demonstrou seu interesse jurídico – Previsão do artigo 90, inciso V da Constituição do Estado – Pertinência temática presente – Preliminar rejeitada.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 16.897, de 23 de maio de 2018, do Município de São Paulo, de iniciativa parlamentar, que ‘proíbe o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampidos e de artifícios, assim como de quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo, e dá outras providências’ – Iniciativa legislativa comum – Ausente invasão de competência privativa da União ou dos Estados – Competência concorrente do Município para legislar sobre a atividade de polícia administrativa para fiscalizar a produção de poluição sonora – Interesse local sobre a matéria – Artigos 30, incisos I e II Constituição Federal – Imposição, contudo, de prazo de 90 dias ao Poder Executivo para regulamentação da lei – Invasão de competência privativa do Poder Executivo neste tópico – Artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo A imposição de prazo certo para regulamentação caracteriza ingerência na gestão administrativa, invadindo competência reservada ao Chefe do Executivo Municipal, de verificar a conveniência e a oportunidade para a implementação do ato administrativo – Inconstitucionalidade, sob tal aspecto, que se declara do artigo 5º da Lei n. 16.897, de 23 de maio de 2018, do Município de São Paulo- **AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

INFORMAÇÕES PRESTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 2129887-42.2019.8.26.0000, EM CURSO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Temas:

1. Lei que prevê a implantação do denominado Parque Municipal Minhocão na área do Elevado João Goulart.
2. Discussão acerca da iniciativa legislativa parlamentar – matéria de iniciativa concorrente (TEMAS 145 e 917 do STF).
3. Previsão já existente no artigo 375 do Plano Diretor (Lei do Município de São Paulo n. 16.050/2014).

EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR, DR. SALLES ROSSI, DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2129887-42.2019.8.26.0000

MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, sendo os primeiros assistidos e a última representada por seus procuradores (Doc. 01), nos autos da demanda acima indicada, proposta pelo Exmo. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, vêm, respeitosamente, à presença de V. Exa., em atenção ao r. ofício nº 2067-O/2019, apresentar as INFORMAÇÕES solicitadas, consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a expor.

1. SÍNTESE

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendente à declaração de inconstitucionalidade da **Lei do Município de São Paulo nº 16.833/2018**, que criou o **Parque Municipal do Minhocão** e previu a desativação gradativa do Elevado João Goulart.

Para tanto, invoca o Requerente que a norma impugnada teria violado os artigos 5º, 24, § 2º, 2, 47, incisos II, XIV e XIX, “a”, 180, inciso II e 181 da Constituição do Estado de São Paulo, aplicáveis por força do artigo 144, haja vista que:

- a) a matéria objeto da norma impugnada seria de **iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo**, já que interferiria na gestão administrativa do Município, o que estaria em dissonância aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV, XIX, “a”, da Constituição do Estado de São Paulo, aplicáveis aos Municípios em razão do estatuído no artigo 144 do mesmo diploma legal;
- b) ausência de **planejamento**, o que seria imprescindível à “*validade e legitimidade constitucional da legislação relacionada ao desenvolvimento urbano*”, nos termos dos artigos 180, inciso II e 181 da Constituição Estadual.

Ao analisar o pleito de liminar, o Exmo. Desembargador Relator entendeu por deferi-la, sob o fundamento de que “*a abrupta desativação de importante via de circulação causaria grande impacto urbanístico, além do risco de irreversibilidade, caso criado o parque municipal no lugar do elevado*”.

Foram interpostos Agravos Internos por parte dos ora informantes e do Sr. Prefeito do Município de São Paulo, ainda pendentes de julgamento.

E conforme restará demonstrado, ausentes as inconstitucionalidades invocadas, sendo de rigor o decreto de improcedência da presente demanda.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA IMPUGNADA

2.1. Ausência de violação ao princípio da Separação dos Poderes (artigo 2º CF)

Ao contrário do invocado na peça exordial a **norma impugnada não disciplina**, de qualquer modo, matéria atinente à **gestão administrativa**, que seria de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Tal se depreende da simples leitura de seus dispositivos:

*“Art. 1º Fica criado o Parque Municipal Minhocão na área do Elevado João Goulart.
Art. 2º A implantação do Parque Minhocão será gradativa, com o progressivo aumento da restrição de tráfego, conforme o seguinte cronograma:
I – em até 30 dias a partir da sanção da lei: estender o fechamento par o trânsito aos sábados, domingos e feriados;*

II – em até 90 dias a partir da sanção da lei: restringir o horário de funcionamento para tráfego de veículos motorizados nos dias úteis para o horário das 7h às 20h;
III – (VETADO)

Parágrafo único. Fica o Executivo autorizado a realizar projetos pilotos para avaliação dos impactos, em períodos inferiores aos previstos no cronograma.

Art. 3º O Poder Público Municipal, na forma da legislação vigente, incentivará atividades culturais, esportivas e de lazer no Elevado João Goulart, por parte da comunidade e de entidades da sociedade civil, assim como garantir as adequadas condições de segurança no local durante os horários de fechamento ao tráfego de veículos, bem como desenvolverá ações de sustentabilidade destinadas a preservar e ampliar a área verde local.

Art. 4º Compete ao Poder Executivo apresentar Projeto de Intervenção Urbana – PIU, por decreto ou por lei específica, considerando as particularidades locais, e também:

I – a gestão democrática e participativa, nos termos da legislação em vigor, das etapas de elaboração, implantação, execução e avaliação do PIU, escutado o Conselho Municipal de Política Urbana – CMPU;

II – as seguintes hipóteses de destinação da área previstas no parágrafo único do art. 375 do Plano Diretor Estratégico do Município:

a) a transformação parcial em parque;

b) a transformação integral em parque;

c) (VETADO)

III – adoção de instrumentos urbanísticos de controle e captura da valorização imobiliária decorrente das intervenções promovidas pelo Poder Público na área de impacto desta lei.

Parágrafo único. O PIU será apresentado em até 720 (setecentos e vinte) dias contados da entrada em vigor desta lei.

Art. 5º O Parque Minhocão terá gestão democrática e participativa mediante conselho gestor, bem como controle social popular.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º As despesas decorrentes da execução da presente lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 8º (VETADO)."

Ora, como admitido pelo próprio Requerente (fl. 12) apenas a criação de órgãos, programas e serviços públicos a cargo do Poder Executivo, adicionado à respectiva conferência de atribuições e competências seria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, onde não se inclui a **criação de parques ou desativação gradativa de via de tráfego**, inclusive em **cumprimento à determinação inserta**

no parágrafo único do artigo 375 do Plano Diretor da Cidade de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014), que assim prescreve:

“Lei específica deverá ser elaborada determinando a gradual restrição ao transporte individual motorizado no Elevado Costa e Silva, definindo prazos até sua completa desativação como via de tráfego, sua demolição ou transformação, parcial ou integral, em parque.”

Na realidade, a lei suspende disciplina **meio ambiente**, bem como **ocupação e urbanização do solo**, ambas **matérias de iniciativa concorrente do Legislativo e Executivo**, em consonância à previsão já estabelecida no **Plano Diretor da Cidade de São Paulo (artigo 375, parágrafo único da Lei do Município de São Paulo nº 16.050/2014)**.

E conforme já firmou o **E. Supremo Tribunal Federal**, as iniciativas privativas do Chefe do Poder Executivo, previstas no **artigo 61, § 1º da Carta Magna**, devem ser **interpretadas de forma restritiva**, sob pena, inclusive, de **violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes (artigo 2º CF)**.

E em consonância com a disposição constitucional apontada (**artigo 61, § 1º CF**), são **matérias de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo**, as leis que:

- I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;
- II – disponham sobre:
 - a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
 - b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
 - c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
 - d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
 - e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
 - f) militares das forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Na mesma senda são as prescrições dos **artigos 24, § 2º da Constituição do Estado de São Paulo** e **37, § 2º da Lei Orgânica do Município de São Paulo**, sem olvidar que nenhuma dessas disposições preveem como atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo a criação de parques ou desativação gradativa de via pública. Pelo contrário, a **Lei Orgânica do Município de São Paulo** (www.prefeitura).

sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/educacao/cme/LOM.pdf), em seu **artigo 13, incisos I**, outorga à Câmara Municipal competência para **legislar sobre assuntos de interesse local** – disposição essa inclusive invocada como fundamento de constitucionalidade do então Projeto de Lei, pela Comissão de Constituição e Justiça, no âmbito do controle prévio de constitucionalidade da norma impugnada (Doc. 02).

E especificamente sobre a interpretação adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, cabe invocar julgamento exarado nos autos do **Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911-RJ, com Repercussão Geral, que deu ensejo à edição do Tema 917**, por meio de acórdão assim Ementado o qual, ao contrário do indicado na peça exordial, se **aplica à hipótese vertente**:

“Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido.” (Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, m.v., Plenário Virtual, 30/09/2016, com trânsito em julgado).

Nos fundamentos de tal julgado assentou-se:

“...Discute-se, portanto, a aplicação da reserva de iniciativa prevista no art. 61, § 1º, II, da Constituição à legislação que cria obrigações a órgãos do Poder Executivo, com consequente aumento de despesa.

***O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no artigo 61 da Constituição, que trata da reserva de iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo. Não se permite, assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo.** Nesse sentido, cito o julgamento da ADI 2.672, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator p/ acórdão Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ 10.11.2006; da ADI 2.072, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 2.3.2015; e da ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, DJe 215.8.2008*

(...)

Assim, somente nas hipóteses previstas no art. 61, § 1º, da Constituição, ou seja, nos projetos de lei cujas matérias sejam de iniciativa reservada ao Poder

Executivo, é que o Poder Legislativo não poderá criar despesa.

(...)

*No caso em exame, **a lei municipal que prevê a obrigatoriedade e instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias não cria ou altera estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não vislumbro nenhum vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada...***” (destaques nossos).

Exatamente em decorrência de tal julgado, nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258181-54.2015.8.26.0000**, que teve curso perante esse C. Órgão Especial, em razão de Recurso Extraordinário interposto face ao v. acórdão que havia declarado inconstitucional Lei Municipal de Sorocaba que atribuiu nomenclatura a praça pública naquela cidade (Lei Municipal nº 11.203/2015), determinou o E. Supremo Tribunal Federal o retorno dos autos a esse E. Tribunal, nos termos do despacho que segue, exarado pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes:

“DECISÃO: Verifico que o assunto versado no recurso extraordinário corresponde ao Tema 917 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 878.911, de minha relatoria, DJe 11.10.2016. Assim, determino a devolução dos autos ao tribunal de origem, para que observe o disposto no art. 1.036 do Código de Processo Civil.”

Nesse passo, a fim de se adequar o julgado ao entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal, esse C. Órgão Especial prolatou novo acórdão assim Ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.203, DE 19 DE OUTUBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. ATO NORMATIVO DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE ATRIBUI NOMENCLATURA A PRAÇA PÚBLICA NAQUELA CIDADE. INICIATIVA PARLAMENTAR. DENOMINAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS. INOCORRÊNCIA DE INDEVIDA INVASÃO DA GESTÃO ADMINISTRATIVA PELO PODER LEGISLATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, 47, II E XIV, DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA ADMITIDO PELO STF. DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA QUE SE OBSERVASSE O DISPOSTO NO ARTIGO 1.036 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVOCAÇÃO DO TEMA 917 DA SISTEMÁTICA DE REPERCUSSÃO GERAL. CASO EM ANÁLISE, COM SUBSUNÇÃO AO TEMA. ACÓRDÃO ANTERIOR ADAPTADO À JURISPRUDÊNCIA DO E.

STF NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 1.040, INCISO II, DO CPC. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição – numerus clausus -, que trata da reserva da iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo. Não se permite, assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo. Portanto, não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.

ACÓRDÃO ADEQUADO AO TEMA 917 DO STF PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.” (Adin nº 2258181-54.2015.8.26.0000, Órgão Especial TJSP, Relator Desembargador Amorim Cantuária, v.u., julgado em 18/10/2017).

E não é só. Também recentemente, esse C. Órgão Especial decretou a improcedência da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2013986-26.2019.8.26.0000**, entendendo então **constitucional norma de iniciativa parlamentar que dispôs sobre a denominação de via pública**, por meio de acórdão cuja Ementa segue a seguir:

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE DISPÕE SOBRE A DENOMINAÇÃO DE VIA PÚBLICA – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE UMA DAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS DE INICIATIVA LEGISLATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO – ATIVIDADE LEGIFERANTE QUE PERTENCE, EM REGRA, AO LEGISLATIVO – PRECEDENTES DESTES ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.” (Adin nº 2013986-26.2019.8.26., Órgão Especial TJSP, Relator Desembargador Ferraz de Arruda, v.u., julgado em 08/05/2019).

Nos fundamentos de tal julgado pugnou-se pela defesa plena da iniciativa legislativa do Poder Legislativo, interpretando-se restritivamente as matérias de iniciativa privativa do Executivo, como se depreende das seguintes passagens:

“...A função precípua da Câmara Municipal é a legislativa, de modo que estabelecer normas de administração e dispor sobre a execução de serviços públicos, de forma genérica e abstrata, constituem atividades genuínas do Poder Legislativo Municipal.

No que tange à função da Câmara Municipal, o ensino de Hely Lopes Meirelles: (...)

A norma, ao dispor sobre denominação de via pública não invade esfera de

atuação do Chefe do Executivo, estabelece medidas afetas à organização da administração pública ou cria a ela deveres.

Tais fatos, a meu ver, são suficientes para afastar a alegação de inconstitucionalidade formulada pelo Prefeito Municipal.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de Repercussão Geral (Tema 917), questão atinente à competência para iniciativa de lei municipal, no caso, que determinava a instalação de câmeras em agências bancárias (Recurso Extraordinário em Agravo nº 878.911, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes).

(...)

Como já mencionado, não trata, a lei objurgada, de matéria atinente ao funcionamento da Administração Pública, matéria que seria, nitidamente, de atribuição do Chefe do Executivo...

E especificamente sobre a criação de parque, decidiu o C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por votação unânime (Doc. 03):

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. LEI MUNICIPAL Nº 11.029/2017. CRIAÇÃO DO PARQUE REGIONAL OESTE. NORMA DE INICIATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL. APÓS VETO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INEXISTÊNCIA DE NORMA QUE CONFIRA A INICIATIVA PRIVATIVA DO PROCESSO LEGISLATIVO. INTERVENÇÃO NA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO NÃO VISLUMBRADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

*Incompatibilidade entre a norma constitucional e a norma municipal impugnada não detectada, porquanto **não se verifica o vício de iniciativa indicado.***

O STF já decidiu que: “Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.” (ARE 878911 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016). Assim, a criação de um parque, no Município, em razão de norma de iniciativa da Câmara Municipal, não fere a autonomia legislativa do Poder Executivo.

Legislar sobre matéria atinente à ocupação e urbanização do solo é competência exclusiva do Município, não havendo distinção entre a atribuição dos Poderes Municipais, razão pela qual não se cogita a competência privativa do chefe do Poder Executivo.” (Adin nº 1.0000.17.026706-6/000, Órgão Especial TJMG, Relator Desembargador Armando Freire, v.u., julgado em 25/04/2019, publicação 02/05/2019 – destaques nossos).

E mesmo que assim não fosse, cabe lembrar que em **matéria ambiental**, de igual modo, a jurisprudência pátria é pacífica quanto à exegese de que se trata de matéria de **iniciativa legislativa concorrente**.

Com efeito, decidiu esse C. Órgão Especial, em demanda em que o ora Requerente alegava que a norma então impugnada, deste Município, de **iniciativa parlamentar**, disciplinaria **gestão de praças e parques**:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 15.802/13 do Município de São Paulo – Gestão patrimonial de bens públicos, como praças e parques – Alegada violação do princípio da separação dos poderes e também do disposto nos artigos 47, II e XIV, e 144 da Carta Bandeirante. Inocorrência. **Lei que tem por objetivo maior a preservação da área de natureza já incorporada ao Parque do Ibirapuera, vedando a construção de obra viária ou qualquer outra obra que resulte em prejuízo para a vegetação ali existente. Proteção ao meio ambiente que se insere em matéria de interesse local, legitimado o Município para legislar sobre o tema. Inteligência do artigo 23, II, VI e VII da Carta Magna. Ação Improcedente.**” (Adin nº 2074285-42.2014.8.26.0000, Órgão Especial TJSP, Relator Designado Xavier de Aquino, m.v., julgado em 10/12/2014, publicação 02/05/2019 – destaques nossos).*

E mesmo ante a interposição de Recurso Extraordinário, a Primeira Turma do E. Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou provimento ao respectivo Agravo, assentando que:

*“...Com efeito, o Tribunal de origem assentou que o diploma normativo impugnado trata, essencialmente, de **política de proteção ao meio ambiente direcionada a preservação da natureza de área já incorporada ao Parque do Ibirapuera.***

*Veja-se que **em momento algum foram criados cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou determinado o aumento de sua remuneração, nem mesmo criado, extinto ou modificado órgão administrativo, ou sequer conferida nova atribuição a órgão da administração pública,** a exigir iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, contidas no art. 61, § 1º da Constituição, foi objeto de positivação na norma. Sendo assim, **não se verifica a ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade do diploma legislativo por ter emanado de proposição de origem parlamentar, nem interferência nas atividades próprias do Poder Executivo.** Nesse sentido:*

*“Agravo regimental no recurso extraordinário. **Direito ambiental.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 5.026/2010 do Município de Americana/SP, que determina a proibição de utilização, pelos estabelecimentos daquela localidade, de embalagens plásticas à base de polietileno ou de derivados de*

petróleo. Lei de iniciativa parlamentar. Ausência de vício formal de iniciativa. Inexistência de aumento de despesa. **Proteção do meio ambiente. Matéria de interesse local. Competência municipal.** Precedentes. 1. **A lei impugnada não dispõe sobre nenhuma das matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada do chefe do Poder Executivo previstas no art. 61, § 1º, da Constituição Federal.** 2. O diploma impugnado não implica aumento nas despesas do poder público municipal. Ainda que assim não fosse, é da **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive reiterada em sede de repercussão geral (ARE nº 878.911/RJ-RG), que nem toda lei que acarreta aumento de despesa para o Poder Executivo é vedada à iniciativa parlamentar.** Para que isso ocorra, é **necessário que, cumulativamente, a legislação tenha tratado de algumas das matérias constantes do art. 61, § 1º, da Constituição Federal.** 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu aos municípios a competência para legislar sobre direito ambiental quando se tratar de assunto de interesse predominantemente local (RE nº 586.224/SP-RG, Tribunal Pleno, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 8/5/15 – Tema 145). O assunto tratado na lei municipal impugnada constitui matéria de interesse do município, por estar relacionada à gestão dos resíduos sólidos produzidos na localidade, especificamente das sacolas plásticas, conforme consta da exposição de motivos ao projeto de lei que deu origem ao diploma combatido. 5. Agravo regimental não provido.” (RE 729.731-ED-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 26/10/2017)...” (Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 894.213 – São Paulo, j. 10/05/2019, Relator Ministro Luiz, Fux, Primeira Turma, m.v. – destaques nossos).

Assim, sob qualquer aspecto que se analise a Lei Municipal nº 16.833/2018 impugnada não se vislumbra o vício de iniciativa alegado na petição inicial, sendo certo que a iniciativa parlamentar para a matéria em questão encontra-se em total consonância às disposições legais e constitucionais aplicáveis, inclusive em relação aos artigos 2º e 61, § 1º da Carta Magna, bem como aos Temas de Repercussão Geral em Recursos Extraordinários nºs 145 (RE 586.224-SP) e 917 (RE 878.911-RJ) do E. Supremo Tribunal Federal. Ademais, a expressa previsão do parágrafo único do artigo 375 da Lei do Município de São Paulo nº 16.050/14 (Lei do Plano Diretor)¹ corrobora que a matéria em questão deve ser objeto de lei, e não de simples ato administrativo, como defendido na peça exordial.

1. **Parágrafo Único. Lei específica deverá ser elaborada** determinando a **gradual restrição ao transporte individual motorizado no Elevado Costa e Silva**, definindo prazos até sua completa desativação como via de tráfego, sua demolição ou transformação, parcial ou integral, em parque.

2.2. Da observância aos artigos 180, inciso II e 181 da Constituição do Estado de São Paulo – alegada ausência de planejamento técnico

Ainda, ao contrário do invocado na exordial, ausente qualquer violação às disposições insertas nos **artigos 180, inciso II e 181 da Constituição do Estado de São Paulo**, que assim prescrevem:

“Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

(...)

II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes;”

“Artigo 181 – Lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.”

Das disposições acima transcritas o Requerente pretendeu extrair a exegese de que tais prescrições exigiriam que a norma questionada fosse precedida de **“planejamento técnico”**. Ocorre que **a despeito de tais normas não estabelecerem referida determinação**, é inconteste que houve plena observância às disposições constitucionais indicadas, além da existência de planejamento técnico.

De fato, como já indicado acima, a Lei Municipal nº 16.833/2018 decorreu de norma expressa inserta no **artigo 375, parágrafo único do Plano Diretor da Cidade de São Paulo (Lei do Município de São Paulo nº 16.050/2014)**, que determina:

“Lei específica deverá ser elaborada determinando a gradual restrição ao transporte individual motorizado no Elevado Costa e Silva, definindo prazos até sua completa desativação como via de tráfego, sua demolição ou transformação, parcial ou integral, em parque.”

Desse simples esclarecimento conclui-se, de forma clara, que a edição da lei impugnada teve por fito dar efetiva observância ao **artigo 181 da Constituição do Estado de São Paulo** - invocado como violado - haja vista que *em* (total) **conformidade com as diretrizes do plano diretor**, além de pretender a plena **proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes**.

Em relação ao cumprimento do **artigo 180, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo** - ainda que fosse admitido sua aplicação em relação a normas da espécie ora impugnada, vez que o comando se dirige a normas genéricas de diretrizes e desenvolvimento urbano – é inconteste que, por ocasião da edição do plano diretor,

em que restou inserido ao artigo 375, parágrafo único, da Lei nº 16.050/2014, houve ampla **participação popular**, inclusive de entidades técnicas e comunitárias.

Tal decorreu da realização de quase **60 (sessenta) audiências públicas em toda a Cidade**, promovidas pela Câmara Municipal de São Paulo, quando em tramitação o respectivo projeto de lei que resultou na edição da lei do Plano Diretor (Lei nº 16.050/2014), com efetiva participação popular, inclusive com envio de inúmeras propostas efetivamente analisadas. Tal fato é corroborado por informações ainda hoje disponíveis na *internet*, no endereço www.saopaulo.sp.leg.br/planodiretor/index.php/prestacao-de-contas/propostas-enviadas/.

De se apontar que a despeito das diversas tentativas do Ministério Público do Estado de São Paulo, e de outros interessados, em demonstrar o contrário, não se obteve qualquer êxito em ações judiciais tendentes a questionar a inobservância de efetiva participação popular na tramitação da norma que resultou na edição do plano diretor, incluindo o seu artigo 375, parágrafo único.

Outrossim, não é demais lembrar que o então Vereador Nabil Bonduki, mestre e doutor em Arquitetura e Urbanismo pela USP, além de professor titular da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo (fau.usp.br), atuou de maneira efetivamente ativa no processo legislativo do plano diretor, sempre primando por um “novo modelo de cidade”.

E especificamente no que pertine à tramitação do projeto de lei que resultou na norma impugnada, a despeito da **ampla discussão do tema já por ocasião da inserção do parágrafo único do artigo 375 na lei do plano diretor**, certo é que, de igual modo, foi precedido de amplo debate popular.

Inicialmente cabe apontar que o **Projeto de Lei nº 10/2014**, que resultou na edição da **Lei do Município de São Paulo nº 16.833/2018, ora impugnada**, foi de iniciativa de diversos Parlamentares, incluindo o Professor da FAU/USP, Dr. Nabil Bonduki (Doc. 04). Durante sua tramitação foram realizados amplos debates sobre o tema.

Em **09/09/2014**, em audiência pública realizada no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa (Doc. 05 – notas taquigráficas), esclareceu o então Vereador Nabil Bonduki:

“Este processo, que estamos iniciando hoje, é o processo positivo que precisamos esperar de todo esse movimento que tem acontecido em torno da questão do Minhocão. Precisamos construir coletivamente uma proposta que dialogue com todos os pontos de vista presentes neste debate.

*Nesse sentido, **independentemente do PL, introduzimos, no Plano Diretor, um artigo que estabelece uma progressiva desativação do tráfego motorizado individual no Minhocão. Isso está estabelecido no Plano Diretor, lembrando que o Plano Diretor tem um horizonte temporal de 15 anos. Portanto, quando falamos em processo de desativação progressiva, significa que isso pode se dar em um prazo mais curto ou mais longo, dependendo do debate que venha a ser feito...**” (destaque nosso).*

De se indicar a ampla participação popular nos debates então realizados, inclusive com a presença de integrantes da Associação Parque Minhocão. Ainda, em 22/10/2017 nova audiência pública foi realizada também promovida pela Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa (Doc. 06 – notas taquigráficas).

Corroborada, pois, a observância dos artigos 180, inciso II e 181 da Constituição do Estado de São Paulo, observando-se que no *site* da Câmara Municipal de São Paulo há minuciosa matéria/estudos a respeito do tema (www.saopaulo.sp.leg.br/especiaiscmesp/especial-minhocao/).

Especificamente em relação à observância do **planejamento técnico precedente** – invocado na exordial, mas **não decorrente de qualquer norma inserta na Constituição do Estado de São Paulo, ou mesmo da Constituição Federal** - certo é que **a própria norma impugnada previu a implantação de um cronograma de fechamento do trânsito no local (artigo 2º, incisos I e II), o que, como é notório, já vem sendo aplicado** (www.capital.sp.gov.br/noticia/cet-altera-horario-de-fechamento-do-minhocao-a-partir-desta-terca-feira-08) **sem qualquer relato de impacto no trânsito.**

Ademais, a norma impugnada previu a realização de projetos pilotos para avaliação dos impactos, em períodos inferiores aos previstos no cronograma (artigo 2º, parágrafo único), bem como apresentação de **Projeto de Intervenção Urbana – PIU, por decreto ou por lei específica**, por parte do Poder Executivo Municipal, inclusive com a possibilidade de **transformação parcial ou integral da área em questão em parque**, nos moldes previstos no parágrafo único do artigo 375 do Plano Diretor Estratégico (artigo 4º).

E conforme se infere do *site* da Prefeitura do Município de São Paulo (<https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/piu-parque-minhocao/> - Doc. 07) o processo de participação popular e estudos técnicos tendentes ao Projeto de Intervenção Urbana Minhocão, em consonância ao **Decreto nº 56.901/2016**, encontravam-se em pleno vigor – **ao menos até a concessão da liminar ora impugnada** – sendo certo que a última audiência pública se deu em 11 de junho p.p.. E das informações constantes em mencionada página da *internet* consta que:

*“O processo participativo do Projeto de Intervenção Urbana – PIU Minhocão está dividido em três etapas: **apresentação do diagnóstico e do programa; etapas do desenvolvimento do projeto e consolidação do projeto final.** Todo o processo participativo tem previsão de ocorrer ao longo dos próximos seis meses. A participação da sociedade civil está garantida Decreto nº 56.901/2016, e será feita desde a etapa de subsídios ao desenvolvimento do projeto até sua consolidação final. As propostas serão debatidas por meio de encontros presenciais, como audiências públicas, consultas públicas e reuniões temáticas com a população.”*
(Doc. 07)

Também acessível pela *internet* (<https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/piu-parque-minhocao/> - Doc. 07) consta amplo relatório contendo os resultados do Grupo de Trabalho Intersecretarial instituído pelo Decreto 58.601/2019, com o objeto de adotar medidas prévias necessárias à implantação gradativa do Parque Minhocão e fazer recomendações técnicas para elaboração e execução do projeto do parque (https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/wr-content/iploads/2019/05/PMSP_GTI-PQ-MINHOCAO_RELATORIO-V7.pdf - Doc. 08), além do acesso à Consulta Pública.

Interessante apontar que, apesar da presente demanda ter sido proposta pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, consta da página da *internet* mencionada que ***“O grupo recomendou diversas ações, com prioridade para o início imediato das discussões públicas do PIU Minhocão, implantação de obras de segurança, acessibilidade e conforto – recomendadas pelo Ministério Público – e aprofundamento dos estudos de impacto de mobilidade urbana e de proposição de medidas de mitigação do trânsito e incomodidade ambiental.”***

Demonstrado, portanto, que a própria norma impugnada previu o prévio planejamento para fins de efetiva implantação do Parque Municipal do Minhocão, e desativação gradativa do Elevado João Goulart, do que se infere, também sob esse aspecto, a total ausência de vício de prévio planejamento.

2.3. Dos efeitos da norma impugnada

Com o fito de afastar os argumentos apontados na inicial cabe reiterar que a **previsão da desativação do Elevado João Goulart já estava normatizada desde a edição do Plano Diretor de São Paulo, por meio do artigo 375, parágrafo único, da Lei do Município de São Paulo nº 16.050, de 31 de julho de 2014, ou seja, há 05 (cinco) anos.** Ademais, a própria **norma impugnada foi editada em 7 de fevereiro de 2018** – portanto, **um ano e quatro meses antes da propositura da presente demanda** – inclusive com o fechamento do trânsito nos termos dos incisos I e II do artigo 2º da norma impugnada (www.capital.sp.gov.br/noticia/cet-altera-horario-de-fechamento-do-minhocao-a-partir-desta-terca-feira-08), sem qualquer relato ou demonstração de impacto.

E ainda que assim não fosse, como amplamente demonstrado no item acima (2.2), **da edição da Lei Municipal nº 16.833/2018 não decorre, de forma automática, a desativação do Elevado João Goulart, com a instalação do Parque Municipal do Minhocão**, sendo imprescindível a prática de atos por parte do Poder Executivo (artigos 2º, parágrafo único e 4º), inclusive para fins de se **definir se transformação será parcial ou integral** (artigo 4º, inciso II).

E nos termos já apontados, o parque ainda não se encontra em vias de ser criado, na medida em que o *site* da Prefeitura do Município de São Paulo dá conta da

tramitação do processo de participação popular e estudos técnicos tendentes ao Projeto de Intervenção Urbana (PIU) Minhocão, em consonância ao Decreto nº 56.901/2016, sendo certo que a última audiência pública se deu em 11 de junho p.p. (<https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/piu-parque-minhocao/> - Doc. 07).

Também acessível pela *internet* (<https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/piu-parque-minhocao/> - Doc. 07) consta amplo relatório contendo os resultados do Grupo de Trabalho Intersecretarial instituído pelo Decreto 58.601/2019, com o objetivo de adotar medidas prévias necessárias à implantação gradativa do Parque Minhocão, procedendo a recomendações técnicas para elaboração e execução do projeto do parque (https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/wr-content/uploads/2019/05/PMSP_GTI-PQ-MINHOCAO_RELATORIO-V7.pdf – Doc. 08), além do acesso à Consulta Pública.

Nessa senda, é indubitável que eventual decreto de inconstitucionalidade da norma atacada traria grande prejuízo para a Cidade de São Paulo, ao **impedir a outorga de efetividade ao quanto previsto no parágrafo único do artigo 375 do Plano Diretor da Cidade da monta de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014)**, devidamente precedido de estudos técnicos e ampla discussão junto aos munícipes (Docs. 05 e 06), além de paralisar os estudos em curso no âmbito da Prefeitura do Município de São Paulo (<https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/piu-parque-minhocao/> - Doc. 07).

Em adição, há que se manter incólume a norma impugnada, sob pena de patente violação ao **princípio da Separação dos Poderes (artigo 2º CF)**, vez que se impediria a Administração Pública de atuar em consonância às políticas públicas previamente estabelecidas em normas regularmente votadas.

3. DO PEDIDO

Face ao exposto, aguarda o decreto de total improcedência da demanda, vez que ausente quaisquer dos vícios invocados na peça exordial, haja vista se tratar de matéria objeto de lei (artigo 375, parágrafo único, da Lei do Município de São Paulo nº 16.050/2014 – Plano Diretor da Cidade), também de iniciativa do Poder Legislativo (artigos 2º e 61, § 1º CF, artigo 24, § 2º Constituição do Estado de São Paulo e artigo 37, § 2º da Lei Orgânica do Município de São Paulo), em consonância aos **Temas de Repercussão Geral em Recursos Extraordinários nºs 145 (RE 586.224-SP) e 917 (RE 878.911-RJ) do E. Supremo Tribunal Federal**, conforme item 2.1, acima.

Ainda, a despeito da ausência de determinação constante dos artigos 180, inciso II e 181 da Constituição do Estado de São Paulo, relativamente à exigência do planejamento prévio, demonstrada a existência do planejamento reclamado,

inclusive aquele que se encontrava em curso no âmbito do Poder Executivo por ocasião da concessão da medida liminar (Docs. 07 e 08), nos termos do **item 2.2, acima**.

São essas as informações, em atendimento ao r. ofício, **solicitando expressa análise das disposições legais/constitucionais invocadas, inclusive para fins de prequestionamento**.

Termos em que,
Pedem deferimento.

São Paulo, 05 de agosto de 2019.

Eduardo Tuma
PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO,
inclusive como Representante da MESA DA CÂMARA
MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Andréa Rascovski Ickowicz
Procuradora Legislativa - OAB/SP n. 130.317 – RF 11.075

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe
OAB/SP nº 106.017 - RF 11.043

Atual andamento da ação:

1. Em junho de 2019 o Desembargador Relator concedeu liminar para fins de suspender a Lei do Município de São Paulo n. 16.833/2018.
2. Em razão da interposição de Agravo Interno interposto pelo Sr. Prefeito do Município de São Paulo, em outubro de 2019, por maioria de votos, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso, revogando a liminar inicialmente deferida.
3. Em novembro de 2020 o julgamento do mérito da demanda ainda pende de apreciação.

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2017452-91.2020.8.26.0000

Tema: Direito Ambiental

EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR, DR. SOARES LEVADA, DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Processo nº 2017452-91.2020.8.26.0000

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, Vereador Eduardo Tuma, por si e representando a CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO E SUA MESA, assistido pelos Procuradores Legislativos ao final assinados (doc. anexo), nos autos da demanda acima indicada, proposta pelo SINDICATO DA INDÚSTRIA DE MATERIAL PLÁSTICO, TRANSFORMAÇÃO E RECICLAGEM DE MATERIAL PLÁSTICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDIPLAST, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar INFORMAÇÕES em atenção ao Ofício nº 479-O/2020-csrs, e postular a REVOGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA concedida por V.Exa., pelas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

1. SÍNTESE

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo SINDICATO DA INDÚSTRIA DE MATERIAL PLÁSTICO, TRANSFORMAÇÃO E RECICLAGEM DE MATERIAL PLÁSTICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDIPLAST, tendo por objeto a Lei do Município de São Paulo nº 17.261/2020, que dispõe sobre a proibição de fornecimento de produtos de plástico de uso único nos locais que especifica.

O Requerente argui, em síntese:

- a) a inconstitucionalidade material do art. 1º da Lei Paulistana nº 17.261/2020 (o qual estabelece a referida proibição) por **ausência de estudo de impacto ambiental prévio**, em contrariedade ao art. 192, § 2º, da Constituição Estadual de São Paulo, e ao art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, o qual sustenta ser necessário em razão do suposto impacto que a proibição

- dos descartáveis representaria aos mananciais do Município, decorrente do consumo de água para lavagem de materiais reutilizáveis;
- b) a inconstitucionalidade material dos artigos 5º e 6º da Lei impugnada por suposta **afronta ao princípio da legalidade, dada a ausência de regulamentação das penalidades legais e a criação de despesas para o Poder Executivo**, em violação ao artigo 111 da Constituição Estadual de São Paulo e aos artigos 25 e 37, § 2º, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, bem como ao artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT;
 - c) a inconstitucionalidade formal do art. 1º da Lei nº 17.261/2020 do Município de São Paulo por afronta aos artigos 1º e 191 da Constituição do Estado de São Paulo e ao artigo 24, VI e VIII, da Constituição Federal, ante a suposta **incompetência do Município para legislar sobre matéria do meio ambiente de interesse nacional**;
 - d) a inconstitucionalidade formal do art. 1º da referida Lei face a suposta **incompetência do Município para legislar sobre matéria de consumo**, de competência exclusiva da União e dos Estados, segundo argumenta, nos termos dos artigos 24, V, da Constituição Federal, 1º da Constituição Paulista e 1º da Lei Orgânica do Município de São Paulo, não restando aos Municípios qualquer margem para edição de legislação supletiva;
 - e) a inconstitucionalidade formal dos artigos 1º e 2º da Lei Municipal nº 17.261/2020 em razão da suposta **incompetência do Município para legislar sobre direito econômico, livre iniciativa e livre concorrência**, com base no mesmo argumento citado acima, no sentido de que os artigos 24, V, da Constituição Federal, e *1º da Constituição Estadual de São Paulo teriam atribuído tal competência legislativa exclusivamente à União e aos Estados*;
 - f) a inconstitucionalidade formal e material do art. 1º da Lei Municipal nº 17.261/2020 por suposta **afronta ao princípio federativo e ao princípio da separação de poderes, tendo em vista que a Lei Federal nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, teria disciplinado a matéria ora debatida de forma exaustiva**, não estabelecendo, porém, qualquer restrição à distribuição de produtos plásticos de uso único, tornando incabível, segundo argumenta, que legislação municipal o faça, sob pena de usurpação de competência federal;
 - g) a inconstitucionalidade material do art. 1º da Lei combatida, por suposta afronta à política estadual integrada na proteção ao meio ambiente, não esclarecendo exatamente, entretanto, em que consistiria tal violação.

Pleiteia o Autor a designação de audiência pública, a concessão de medida liminar para se determinar a suspensão da validade da Lei nº 17.261/2020 do Município de São Paulo e, ao final, a declaração da inconstitucionalidade da Lei.

O então Relator, n. Desembargador Álvaro Passos, indeferiu o pleito liminar de suspensão da validade da Lei em questão (fls. 153/155) ante a ausência de *periculum in mora*, uma vez que a Lei questionada somente entrará em vigor no ano de 2021. Consignou, ademais, que o requerimento de designação de audiência pública será apreciado após o devido processamento.

O Requerente, então, apresentou pedido de antecipação de tutela, às fls. 178/190, insistindo na urgência da concessão de medida liminar, dessa vez em razão da pandemia do coronavírus, sob o argumento, em síntese, de que os utensílios plásticos descartáveis vetados pela Lei impugnada evitam a proliferação de doenças contagiosas, tais como a COVID-19, sendo inclusive essenciais para o combate ao alastramento do vírus.

Referido pleito foi deferido pelo novo Relator do processo, d. Desembargador Soares Levada, às fls. 201/204, pelos seguintes fundamentos:

“5. O indeferimento da liminar por parte de meu ilustre antecessor, Desembargador ÁLVARO PASSOS, teve o robusto argumento de meses ainda de “vacatio legis”, pelo que descaracterizado estava o “periculum in mora” a justificar a antecipação tutelar, para sustar os efeitos da Lei Municipal nº 17.261/2020.

6. É inegável a mudança de cenário, porém, com a eclosão do COVID-19, sendo mesmo o caso de consideração de fato superveniente, nos termos do “caput” do artigo 493 do CPC: “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.”

7. Com efeito, o quadro de isolamento social impôs o fechamento de restaurantes, bares e do comércio em geral, remanescendo somente (alguns) serviços essenciais. Quem pede comida por delivery - e são milhares e milhares de pessoas na cidade de São Paulo - a recebe em embalagens descartáveis, com talheres e copos igualmente de uso único. Impensável que essa entrega seja feita com uso de reutilizáveis, seja pelo custo, seja pela higienização muito mais duvidosa ou até precária.

8. A questão é dramática, porém, se pensada em termos de hospitais, UBS, prontos atendimentos de saúde e congêneres. Como imaginar que pacientes sejam servidos por meio de copos, pratos ou talheres que necessitam ser meticulosamente lavados, quando se está diante de um quadro de pandemia causada por um vírus de contágio facilíssimo e ainda muito mal compreendido? De letalidade bastante razoável em relação a idosos e que pode muito bem ser agravada pelo uso de talheres mal lavados ou mal higienizados?

9. A estes pontos some-se, no que pertine à alegada inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 17.261/2020, ser verossímil a inexistência de interesse predominantemente local, a justificar a competência Municipal para legislar sobre o meio ambiente no tocante aos utensílios de plástico (questão nacional e mesmo internacional, sem predominância local a legitimar o ente federativo municipal, em

princípio, a dele tratar autonomamente). Também não há notícia de Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório, em situação na qual haverá, sim, dispêndio muito maior na cidade de água na substituição dos utensílios antes usados uma única vez e então descartados.

10. Seja como for, nas circunstâncias indigitadas, e frisando-se que se trata de análise preliminar para fins de concessão de antecipação tutelar provisória, concede-se a tutela de urgência (considerado o fato superveniente da eclosão do COVID-19, nos termos do artigo 493, “caput”, do CPC) para o fim de suspender os efeitos da Lei Municipal nº 17.261/2020, até final decisão do feito.”

É a síntese do processo até o momento.

Conforme se demonstrará a seguir, a pretensão do Requerente deduzida em sua peça exordial não merece ser acolhida. Vejamos.

2. Preliminarmente

2.1. Da ilegitimidade processual ativa por ausência de juntada do Registro Sindical

O Autor deixou de juntar aos autos seu registro sindical, requisito necessário à aquisição da personalidade sindical, **cuja demonstração é imprescindível** à legitimação processual, **segundo farta jurisprudência da E. Suprema Corte**, em consonância com os artigos 537 da CLT e 8º, I e II, da Constituição Federal (princípio da unicidade sindical), além da Súmula 677 do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SINDICATO. LEGITIMIDADE. REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

Como já demonstrado na decisão agravada, este Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a legitimidade dos sindicatos para representar determinada categoria depende de registro regular no Ministério do Trabalho.”

(STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no RE 1.234.238/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/03/2020)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. REGISTRO JUNTO AO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. NECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO

EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

Demais disso, consoante afirmado na decisão agravada, o Tribunal a quo não divergiu do entendimento firmado por esta Corte, no sentido de que a legitimidade dos sindicatos para representação de determinada categoria depende do devido registro no Ministério do Trabalho, em obediência ao princípio constitucional da unicidade sindical.”

(STF, 1ª Turma, Ag. Reg. no RE 740.434/MA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/02/2019)

No mesmo sentido: ARE n. 834.700-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 21.8.2015; ARE n. 1.106.944-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 1º.7.2019; **RE n. 740.434-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma**, DJe 5.4.2019.

Também nesse sentido a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

“RECURSO VOLUNTÁRIO DO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS UNIDADES DE EDUCAÇÃO INFANTIL DA REDE DIRETA E AUTÁRQUICA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SEDIN – (...) - Ausência de comprovação de registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Exegese do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil - Ilegitimidade ativa “ad causam” reconhecida corretamente em primeiro grau, à falta de registro do Sindicato no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). (...) Incidência da Súmula 677 do C. STF - Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e dos Tribunais Superiores - Sentença que julgou extinto o pedido, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, mantida - Recurso voluntário do Sindicato dos Trabalhadores nas Unidades de Educação Infantil da Rede Direta e Autárquica do Município de São Paulo SEDIN, improvido.”

(TJSP, Apelação Cível 1007671-10.2014.8.26.0053, Relator: Marcelo L Theodósio, Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público, j. 01/03/2016)

“Apelação. Mandado de Segurança Coletivo. Sindicato. Ausência de registro sindical. Ilegitimidade ativa. Extinção do processo sem resolução de mérito. Inviabilidade de se considerar o autor como associação. Precedentes do C. STF e deste E. Tribunal. Sentença mantida. Recurso desprovido.”

(TJSP, Apelação Cível nº 1030581-55.2019.8.26.0053, Relator: Fernão Borba Franco, Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público, j. 19/12/2019)

Assim, a ausência de registro sindical impede o reconhecimento do Autor como entidade sindical e obsta que atue em juízo em nome de seus filiados, sendo, portanto, parte ilegítima a compor o polo ativo, conforme o artigo 90, V, da Constituição Estadual de São Paulo e, por simetria, o artigo 103, IX, da Constituição Federal.

Desse modo, de rigor a extinção, de plano, da presente demanda, por ilegitimidade ativa *ad causam*, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

2.2. Da ilegitimidade ativa – Espacialidade e Pertinência Temática

Dispõe o art. 90, *caput* e inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo:

*Artigo 90 - São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, **no âmbito de seu interesse:***

I - o Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa;

II - o Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - o Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil;

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso;

VI - os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara.

A expressão contida ao final da redação do *caput*, “**no âmbito de seu interesse**”, à toda evidência, não diz respeito ao requisito da pertinência temática (o qual é previsto no inciso V), mas sim ao **âmbito de atuação territorial: torna patente a necessidade de correspondência entre o âmbito de atuação da entidade – estadual ou municipal – e o âmbito de incidência da norma impugnada – estadual ou municipal. Trata-se do requisito da espacialidade.**

Nesse sentido, tem-se que o Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa (art. 90, I, CESP) são legitimados à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei estadual.

Já o Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal (art. 90, II, CESP) podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei de seu próprio Município.

De acordo com o princípio da espacialidade, estampado no *caput* do art. 90 da Constituição do Estado de São Paulo, não é possível que o Prefeito ajuíze ADI em face de lei estadual, assim como também é incabível que o Governador ingresse com Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei municipal.

Ora, as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal (art. 90, V, CESP), também estão inseridas nesse mesmo rol, **a elas também devendo aplicar-se o requisito da espacialidade previsto no *caput* do artigo, portanto.**

Assim, parece indene de dúvidas que entidades sindicais ou de classe de atuação municipal não são legitimadas à propositura de ADI em face de lei estadual, por não atenderem ao requisito da espacialidade, tal como consolidado pelo Supremo

Tribunal Federal, *mutatis mutandis*, com relação à ausência de legitimidade para provocação do controle concentrado de constitucionalidade federal por entidades sindicais que não possuam caráter nacional:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional. Precedente: ADIN-386.”

(STF, ADI 108/DF, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 13/04/1992)

De outro giro, com relação às entidades sindicais ou de classe de atuação estadual, são elas legitimadas única e tão somente à propositura de ADI em face de lei estadual.

Por congregarem entidades de atuação municipal espalhadas por diversos municípios do Estado, carece-lhes a representatividade adequada e, em última análise, o interesse de agir para suscitar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal, dado que grande parte de seus filiados, via de regra, atua em outros municípios e, portanto, sequer é atingida pela lei municipal de um deles.

E não cabe sustentar-se que a atuação da entidade autora em base territorial que extrapola o âmbito local de incidência da norma municipal seria irrelevante. Ora, assim como o Governador e a Mesa da Assembleia Legislativa não podem propor ADI em face de lei de Município inserido no território do Estado, também não é cabível que entidade sindical de atuação estadual ingresse com ADI em face de lei municipal. A situação é idêntica, não havendo qualquer motivo razoável para excepcionar-se esse último caso da regra da espacialidade prevista no *caput* do artigo 90 da Constituição Estadual.

In casu, a maioria esmagadora das empresas filiadas ao Sindicato requerente, conforme consta da relação de associadas disponível em seu sítio eletrônico¹, é sediada em outros municípios do Estado de São Paulo. Dentre as 218 (duzentas e dezoito) empresas associadas ao Sindicato Autor, somente 53 delas são sediadas no Município de São Paulo. E nenhuma destas fabrica os produtos regulados pela Lei impugnada na presente ação (utensílios plásticos descartáveis).

1. <http://www.sindiplast.org.br/associadas/>

Com efeito, conforme relação completa listada em nota de rodapé², os produtos fabricados pelas associadas ao Autor sediadas neste Município são bastante diversos, dentre os quais constam tubos, mangueiras, espumas, placas de EVA, frascos, autopeças, fios e cabelos sintéticos, brinquedos, mochilas, chupetas, mamadeiras, bobinas, ventiladores, potes e tampas, botões, filmes plásticos, pisos em PVC etc. Nenhuma das associadas sediadas no Município de São Paulo, porém, fabrica os produtos regulados pela Lei ora debatida, repise-se, estando **ausente, portanto, até mesmo o requisito da pertinência temática, exigido pelo inciso V do artigo 90 da Constituição Paulista.**

Patente, assim, a ausência de legitimidade ativa, bem como a ausência do interesse de agir, razão pela qual impõe-se a extinção do feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, c/c art. 17, do Código de Processo Civil.

2.3. Da impossibilidade de se proceder ao controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal tendo como parâmetro disposições que não estejam previstas na Constituição do Estado de São Paulo

O Autor da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade invoca como fundamento de seu pleito a **pretensa violação aos artigos 20, VI, 24, I, V, VI e VIII, e § § 1º a 4º, 30, I e II, 170, 174 e 225º, § 1º, IV e V, todos da Constituição Federal, artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, artigos**

2. Confira-se a relação completa das associadas ao Sindicato autor sediadas no Município de São Paulo e produtos por elas fabricados: Al-ca (tubos e escovas), Alel (peças técnicas para os setores automobilístico, eletroeletrônico, moveleiro e construção civil), Algoes (filme PVC encolhível), Alpes (filme PVC encolhível e filme PE encolhível), Altoplast (sacos, sacolas e bobinas plásticas), Amcor Flexibles Brasil (laminados metalizados e filmes plásticos), Azulplast (perfis, mangueiras e tubos corrugados), BCF (portas em pvc), Caramuru (sistemas de exaustão e ventilação), Cardenas botões (botões), Cimapla (embalagens), Cine Plast (telas de projeção e acessórios cônicos em geral para o setor de cenotecnia), Cobriel (embalagens plásticas), Controles visuais (painéis, porta avisos, letreiro e organizadores multifuncionais), Cromex (masterbatches p/ segmentos químico, cosmético, higiene e limpeza, moveleiro, brinquedos, agrícola, construção civil e embalagens), Dermiwil (artigos escolares), Dutoplast (dutos, canaletas de PVC, abraçadutos, fixadores, minicaletas articuladas, eletrodutos e acessórios), Electro Plastic (embalagens flexíveis, lonas e sacolas), Embalagem Transparente (sacos e bobinas), Papel (bases e isoladores de plásticos para indústria automobilística e de eletroeletrônicos), Forteplast (sacos e bobinas), Globo embalagens (sacos, sacolas e bobinas), Indaco (tarugos, correias, peças técnicas, tecidos, espumas, fitas e folhas antiaderentes), Indústria Perez (fios e cabelos sintéticos), Injeplast (embalagens, tampas flip-flop, tampas, bisnaga, rosca inviolável), Interject (potes e tampas, tampas flip-flop, lacres injetados e termorretráteis, dispensador de copo), ITW (autopeças), Logoplaste (frascos, garrafas, tampas, pré-formas), Mauser (embalagens plásticas), Menoplast (sacos, bobinas e filmes), Metalma (tampas, potes, paletes, bandejas, separadores, autopeças, peças para linha branca), Monte Líbano (brinquedos, artigos de limpeza), Mueller (autopeças), Nobelplast (sacolas e mochilas), Novares (*beauty cover asm chevrolet, door assy glove, inlet water, cap assy, oil filter*, filtro de ar, coletor de adm k4m eletrônico), Petropoly (sacos, bobinas, lâminas, microperfurados, laminados), Pituca (chupetas, bicos de mamadeira, mamadeiras), Plast Leo (laminados), Plastirrico (frascos), Plásticos Bahi (tampas, batoques, caixas e potes), Plásticos NN (placas de EVA, coifas e espumas), Polierg (tubos, dutos e conexões), Poly Vac (frascos, potes e tampas), Pplas (autopeças, serviços de injeção para terceiros, desenvolvimento e confecção de moldes), Primo Industrial (autopeças), Reister (botões de pressão), Sabinia (serviços de injeção de plásticos para terceiros), Tarkett (pisos em PVC), Tupperware – Dart do Brasil (potes, jarras, copos, pegador), Vitopel (filmes), VV Pack Embalagens (sacos e filmes laminados), Zaraplast (sacaria de rafia, big bag de rafia, embalagens, filmes e folhas).

1º, 2º, X, 13, I e II, 25 e 37, § 2º, I, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, à Lei Federal nº 12.305/2010 (Política Nacional dos Resíduos Sólidos) e à Lei nº 13.478/2002 do Município de São Paulo.

Desta feita, cumpre atentar para as restrições relativas à cognição judicial no controle concentrado de constitucionalidade estadual, o qual se limita à verificação da compatibilidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais com a Constituição Estadual, inclusive quando reproduza, imite ou remeta a preceito da Magna Carta (ou se trate de norma de observância obrigatória), nos termos do artigo 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Sobre esse tema leciona o Mestre Dr. Dirley da Cunha Júnior³:

“Por fim, ainda se percebe que, em relação às leis ou atos normativos municipais contestados em face da Constituição Federal, não há controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, embora possa haver por via de arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, quando a lei ou ato normativo municipal for contestado em face de norma da Constituição Estadual repetida da Constituição Federal por força de reprodução obrigatória, cumpre ao Tribunal de Justiça do Estado o julgamento da ADI, com recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Mas é importante esclarecer que o Tribunal de Justiça só pode realizar a fiscalização abstrata em tela, tendo como paradigma de confronto, exclusivamente, a norma da Constituição do Estado (a norma repetida), jamais a norma da própria Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Vale dizer, não poderá a Corte Estadual declarar a inconstitucionalidade tomando como parâmetro de controle exclusivamente a Constituição Federal.

Por essa razão, o Plenário do STF, no RE 650898, julgado em 01/02/2017, firmou a seguinte tese jurídica: ‘Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.’”

De se esclarecer que em tal precedente (RE 650.898), firmou o Exmo. Ministro Relator, Dr. Marco Aurélio, a necessidade da **Constituição do Estado** respectivo prever, pela **técnica da transposição ou remissão**, disposição da Constituição Federal. De fato, aduziu o Exmo. Ministro:

“O que define a viabilidade do processo objetivo estadual é o parâmetro evocado na inicial. Deduzida causa de pedir que envolva ofensa à Constituição do

3. Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática, Ed. Jus Podivm, 10ª ed., 2019, pg. 228.

Estado – no caso, aos artigos 8º e 11 da Carta do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecida, inclusive, no acórdão recorrido –, mostra-se adequada a representação perante o Tribunal de Justiça, sendo irrelevante que a norma tida por violada revele reprodução de normas constitucionais federais, por transposição ou por remissão.

Notem que o fato de a norma estadual tomar emprestado preceito da Constituição Federal não tem o condão de esvaziar a força normativa do dispositivo da Carta estadual, que possui todos os atributos inerentes às normas jurídicas em geral.”

No caso então julgado apontou-se que o **artigo 11 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul** era expresso ao prever que “*A remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal, em cada legislatura para a subsequente, em data anterior à realização das eleições para os respectivos cargos, observado o que dispõe a Constituição Federal.*”.

Todavia, ao contrário do que restou firmado no RE 650.898, na hipótese em apreço as disposições da Constituição Federal que o Requerente invoca como violadas (**artigos 20, VI, 24, I, V, VI e VIII, e §§ 1º a 4º, 30, I e II, 170, 174 e 225º, § 1º, IV e V, todos da Constituição Federal, e artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT**), **não foram inseridas na Constituição do Estado de São Paulo**, seja pela técnica da **transposição ou remissão**.

Com efeito, preveem as disposições a Constituição do Estado de São Paulo invocadas como violadas na petição inicial:

***Artigo 1º** - O Estado de São Paulo, integrante da República Federativa do Brasil, exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal.*

***Artigo 5º** - São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

***§1º** - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.*

***§2º** - O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.*

***Artigo 111** - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*

***Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

***Artigo 180** - No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:*

***I** - o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;*

***II** - a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo,*

encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

III - *a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;*

Artigo 191 - *O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.*

Artigo 192 - *A execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

§2º - *A licença ambiental, renovável na forma da lei, para a execução e a exploração mencionadas no “caput” deste artigo, quando potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, será sempre precedida, conforme critérios que a legislação especificar, da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório a que se dará prévia publicidade, garantida a realização de audiências públicas.*

Artigo 193 - *O Estado, mediante lei, criará um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, com o fim de:*

XI - *controlar e fiscalizar a produção, armazenamento, transporte, comercialização, utilização e destino final de substâncias, bem como o uso de técnicas, métodos e instalações que comportem risco efetivo ou potencial para a qualidade de vida e meio ambiente, incluindo o de trabalho;*

XX - *controlar e fiscalizar obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos que, direta ou indiretamente, possam causar degradação do meio ambiente, adotando medidas preventivas ou corretivas e aplicando as sanções administrativas pertinentes;*

Ora, é patente que nenhuma das disposições acima transcritas trata de competência legislativa da União, Estados e Municípios – matéria essa que é abordada em toda a peça exordial para fins de demonstração de eventual inconstitucionalidade da Lei Municipal impugnada.

A divisão de competência legislativa entre os entes Federados é totalmente regulada no âmbito da Constituição Federal (**artigos 24, I, V, VI e VIII, e §§ 1º a 4º, 30, I e II**), sem qualquer técnica de remissão ou transposição para a Constituição do Estado de São Paulo, o que se dá também em relação às demais disposições da Constituição Federal invocadas.

Demonstrado, portanto, que a hipótese em apreço não se inclui no precedente inserto no RE 650.898/RS, haja vista que as disposições da Constituição do

Estado de São Paulo invocadas na exordial não se caracterizam como reprodução de normas constitucionais federais, por transposição ou por remissão, hábeis a autorizar o controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do artigo 125, § 2º da Carta Magna.

Tanto assim que, **posteriormente ao julgamento do precedente indicado (RE 650.898/RS), em 30/09/2019**, ao analisar Recurso Extraordinário interposto pelos ora Informantes (RE 632.766/SP), o Exmo. Ministro ROBERTO BARROSO, **deu parcial provimento ao recurso para julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade que havia sido julgada procedente no âmbito desse C. Órgão Especial, in verbis:**

“...Por outro lado, observa-se que, no caso, o Tribunal de origem fez uso do art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo para alcançar o art. 24, IX, da CF/1988 e afastar a norma impugnada. Ocorre que o art. 144 apenas estabelece que os municípios têm autonomia legislativa e ficam compelidos a atender os princípios estabelecidos pela Constituição Federal e pela Constituição Estadual. Percebe-se que referido artigo da Constituição Estadual traz informação geral de princípios estruturantes, não sendo regra de repetição do art. 24 da CF.

*O STF, no julgamento do RE 650.898-RS (Tema 484), em repercussão geral, firmou o entendimento no sentido de que Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis locais utilizando como **parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados (Tema 484).***

Desse entendimento divergiu o Tribunal de origem.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou parcial provimento ao recurso para julgar improcedente a presente ação.”

(RE 632.766/SP, Relator Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, j. 30/09/2019 – Doc. 4).

Tal *decisum* transitou em julgado em 21/11/2019 (www.portal.stf.jus.br).

E sobre a impossibilidade de se adotar como parâmetro dispositivos constantes de leis infraconstitucionais, a jurisprudência também é pacífica:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 9.449, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2016, QUE MODIFICOU A DENOMINAÇÃO DO CARGO DE “ADVOGADO SENIOR” PARA “PROCURADOR” E INSTITUIU NOVA TABELA DE VENCIMENTOS E SALÁRIOS – AFRONTA AO TEXTO CONSTITUCIONAL QUE DEPENDE DA ANÁLISE PRELIMINAR DE DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS, MAIS ESPECIFICAMENTE DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, É DESCABIDA A ANÁLISE DE EVENTUAL CONFLITO

ENTRE A LEI MUNICIPAL IMPUGNADA E OUTRAS NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS – AUSÊNCIA DE PARÂMETRO CONSTITUCIONAL ESTADUAL – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACIFICADO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – EXTINÇÃO DA AÇÃO.”

(TJSP, Adin nº 2000821-77.2017.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador FERRAZ DE ARRUDA, v.u., j. 19/04/2017 – destaques nossos).

No mesmo sentido: ADIs nºs 2173432-70.2016.8.26.0000, 2000821-77.2017.8.26.0000, 2246806-22.2016.8.26.0000, dentre outros.

Portanto, inadmissível também o pretendido contraste da Lei Municipal nº 17.261/2020 com a Lei Orgânica do Município de São Paulo e com as demais leis infraconstitucionais suscitadas, dentre elas a Lei Federal nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Conforme já dito, o parâmetro exclusivo do controle de constitucionalidade estadual de lei municipal é a Constituição Estadual.

Requer, pois, seja a apreciação da presente Ação restrita à argumentada incompatibilidade entre a Lei combatida e os dispositivos supra transcritos da Constituição do Estado de São Paulo, sob pena de violação aos artigos 102, I, “a”, e 125, § 2º, ambos da Constituição Federal, e ao artigo 74, VI, da Constituição Estadual de São Paulo.

3. Mérito – Da constitucionalidade da Lei Municipal nº 17.261/2020

3.1. Interesse Local: Aspectos Fáticos

A Lei nº 17.261/2020 do Município de São Paulo **tem por escopo a redução da quantidade de lixo plástico gerado no Município de São Paulo**, mediante a vedação do fornecimento de utensílios plásticos de uso único (varas para balões, agitadores de bebidas, copos, pratos e talheres descartáveis) por alguns estabelecimentos comerciais específicos (hotéis, restaurantes, bares, padarias, espaços para festas infantis, clubes noturnos e salões de dança) para seus clientes.

Contrariamente ao aduzido na exordial, a poluição gerada pelo plástico não afeta apenas os mares e oceanos. Pelo contrário: apenas 2% da produção total de plásticos chega aos oceanos, segundo estimativa da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN)⁴.

4. <https://g1.globo.com/natureza/noticia/uso-desenfreado-de-plastico-ameaca-oceanos-e-saude-humana.ghml>

Ainda que também se trate de questão bastante grave, a poluição de mares e oceanos pelo plástico é apenas o reflexo global de grave problema que tem início nas cidades.

A cidade de São Paulo, por exemplo, produz 20 mil toneladas de lixo a cada dia, segundo o Presidente da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB, Edson Tomaz de Lima Filho, em entrevista dada ao jornal Folha de São Paulo⁵. *“São 12.000 [toneladas] de resíduos domiciliares e 8.000 da varrição. Daria para cobrir toda a extensão da avenida Paulista a uma altura de 53 metros”*. Ainda de acordo com a matéria jornalística publicada pela Folha em 23 de abril de 2019 - “Aterros no limite e baixa coleta de recicláveis desafiam limpeza de São Paulo” (Doc. 11) -, são 14 mil empregados e 600 caminhões envolvidos nos serviços de varrição das ruas e coleta de lixo, com orçamento anual de 143 milhões de reais.

Todo o lixo coletado na cidade é destinado aos dois aterros sanitários do Município (um deles localizado na Zona Leste e o outro na Zona Sul). Para o transporte até os aterros são necessárias pelo menos 2.282 (duas mil duzentas e oitenta e duas) viagens de caminhões trucados todos os dias⁶.

A destinação adequada do lixo é incumbência atribuída às prefeituras municipais pela Lei Federal nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos), em seu artigo 10, e é um dos maiores desafios enfrentados pelas grandes cidades. A CETESB aponta como principal problema dos municípios na gestão do lixo o esgotamento das áreas de deposição de lixos urbanos e a falta de novas áreas livres para aterros⁷. Os aterros sanitários do Município de São Paulo já estão próximos de seu limite, devendo atingir a capacidade máxima em seis ou setes anos⁸.

O lixo plástico destinado aos aterros contribui enormemente para a crise desse sistema, tendo em vista o longo tempo necessário à sua decomposição. O papel, por exemplo, leva de 3 a 6 meses para decompor-se. Outros materiais, como madeira, resíduos orgânicos e o plástico biodegradável decompõem-se em cerca de 6 meses⁹. Já o plástico comum, derivado do petróleo, demora mais de 400 anos para desintegrar-se na natureza¹⁰.

5. <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/aterros-no-limite-e-baixa-coleta-de-reciclaveis-desafiam-limpeza-de-sao-paulo.shtml>

6. <https://www.saneamentobasico.com.br/grande-sp-27-mil-toneladas-lixo-dia/>

7. <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,aterros-sanitarios-inadequados-crescem-52-em-sao-paulo,10000050509>

8. <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/01/cidade-de-sao-paulo-proibe-distribuição-de-talheres-copos-e-pratos-de>

9. <http://www.inp.org.br/pt/informe-se/PlasticoBio.asp>

10. <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/02/10/plastico-criado-na-ufpr-reduz-para-5-meses-tempo-de-degradacao-de-embalagem.htm>

10. <https://mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/consumo-consciente-de-embalagem/impacto-das-embalagens-no-meio-ambiente>

E ao menos 15% de todo o lixo que chega diariamente aos aterros sanitários do Município é composto de material plástico, segundo dados da Prefeitura de São Paulo¹¹.

Os plásticos descartáveis são peculiarmente nefastos. Correspondem a 40% de todo o plástico já produzido¹² e, independentemente de todos os esforços envidados pelo poder público na implementação da coleta seletiva, o índice de reciclagem do material é muito baixo, por razões de ordem econômica. Confira-se, nesse sentido, o excerto a seguir, extraído do sítio eletrônico do Consórcio Intermunicipal de Saneamento Básico da Região do Circuito das Águas¹³:

“O grande problema, no caso do copo descartável, é que a sua praticidade causa uma enorme quantidade de resíduos que não raro são descartados de modo incorreto. Além disso, a reciclagem de copos de plástico descartáveis é pouco viável economicamente, já que eles são leves e em geral descartados sujos, o que faz com que sua higienização para a reciclagem encareça o processo (além de gastar muita água).

Sendo o principal ícone da indústria de descartáveis, o copinho está presente em muitos estabelecimentos comerciais e eventos, que vão de festas infantis e encontros familiares a baladas e eventos de grande porte. Com isso, o copo descartável se tornou um dos principais poluentes do meio ambiente no contexto atual.

Economicamente, a reciclagem é, na prática, pouco viável. Primeiro porque os compostos químicos usados como matéria-prima para a produção de copos, como o poliestireno, são extremamente baratos. Segundo, pelo baixo preço pago às cooperativas pelo quilo de material reciclável, que vale em média R\$ 0,20. Um copo plástico de 200 ml pesa aproximadamente 2 gramas, sendo assim necessário juntar 500 copos para a reciclagem de um quilo desse material, o que representa uma quantidade muito alta. Além disso, se não compactado, esse material pode ocupar uma grande área, trazendo grandes despesas em seu armazenamento. Soma-se ainda o fato de que a maioria dos copos são descartados sujos ou melados, afinal são jogados fora logo após seu uso. Cabe lembrar que esses materiais contaminados não podem ser reciclados, pois podem trazer riscos para o processo de reciclagem e para a saúde.

Assim, o ideal é reduzir ao máximo o consumo de copos descartáveis. Eles são feitos a partir de uma fonte não renovável e, possuem outras opções mais favoráveis ao meio ambiente. Sempre que possível, prefira copos ou xícaras que possam ser reutilizadas (vidros, porcelanas, etc). Garrafas reutilizáveis, como as de alumínio

11. https://www.cetesb.sp.gov.br/noticentro/2007/10/pref_saopaulo.pdf

12. <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/2018/07/24/entenda-o-impacto-do-plastico-nos-oceanos-e-no-meio-ambiente/>

13. <http://www.cisbra.eco.br/content/copo-pl%C3%A1stico-%E2%80%93-fa%C3%A7a-sua-escolha>

ou aço inox, também são boas alternativas. Outra opção são os copos biodegradáveis, ou ecopos. O produto é composto por materiais naturais e que causam menos impacto ambiental, como o amido de milho ou batata e ácido polilácteo, derivado da fermentação do açúcar. De acordo com os fabricantes, o produto desaparece da natureza dentro do período de três meses.”

Também nesse sentido¹⁴:

“O maior problema é a dificuldade de dar um destino correto aos materiais (...) devido ao baixo preço de mercado. Enquanto a tonelada de alumínio custa R\$ 2,5 mil e o de garrafas PETS, R\$ 1,2 mil, o mesmo peso de descartáveis sai por cerca de R\$ 350.”

E ainda¹⁵:

“Com a crise hídrica, temos verificado diversos questionamentos se não seria melhor usar descartáveis; entretanto, isso é muito perigoso e imediatista, pois, em vez de resolver o problema estamos criando outro, como a geração excessiva de resíduos. No caso do copo descartável, apesar de ser potencialmente reciclável, nem sempre há mercado para a reciclagem, pela baixa densidade e qualidade, explica Ana Maria de Meira, educadora do Programa USP Recicla, da Esalq, em Piracicaba.

*Ana Maria também lembra que, em grande parte dos casos, o destino dos materiais recicláveis são lixões ou aterros sanitários (...), acumulando-se por centenas de anos, **contribuindo para a redução da vida útil dos aterros e poluindo solo e água** - mesmo no Brasil, que tem mais de 400 empresas recicladoras espalhados no seu território.”*

Diante desse contexto, torna-se manifesto o peculiar interesse do Município na edição da lei ora questionada, visando a redução do lixo plástico aqui gerado mediante a restrição da distribuição de utensílios descartáveis por restaurantes e estabelecimentos congêneres.

Entretanto, os problemas locais decorrentes do lixo plástico vão muito adiante. Além das 20 mil toneladas de lixo que chegam diariamente aos aterros sanitários do Município de São Paulo, há que se considerar também todo o lixo que não é descartado corretamente pela população, fazendo com que esses resíduos cheguem aos sistemas de drenagem de água pluvial da cidade (bueiros e bocas de lobo) e, então,

14. https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/08/19/interna_cidadesdf,700825/substituicao-de-itens-descartaveis-no-df.shtml

15. http://www.esalq.usp.br/acom/clipping/arquivos/11-02_o_barato_sai_carolharDireto.pdf

aos rios e represas do Município, pondo em risco até mesmo o abastecimento de água da cidade. A esse respeito, confira-se o seguinte excerto (Doc. 12)¹⁶:

“O IMPACTO DO LIXO NA CIDADE DE SÃO PAULO

Por que o ser humano gera tanto lixo? Anualmente, são produzidos cerca de 2 bilhões de toneladas em todo o planeta. E esse número só cresce. No Brasil, não é diferente. Diariamente, acumulam-se mais de 130 mil toneladas de resíduos.

Aproximadamente, 10% desses materiais gerados no país ficam no município de São Paulo.

(...)

BOCAS DE LOBO E POÇOS DE VISITA

A população desconhece, mas as causas de muitos problemas da capital, como alagamentos, por exemplo, começam na esquina de casa. O lixo jogado nas ruas entope as bocas de lobo, popularmente conhecidas como bueiros, aquelas grades próximas à guia da calçada.

Funcionários da Prefeitura de São Paulo fazem a desobstrução diariamente para tentar amenizar o problema. São encontrados plásticos, garrafas, embalagens de leite, sacolas plásticas e materiais diversos. Na região da Sé, por exemplo, são retirados em torno de 400 toneladas de lixo por dia das bocas de lobo e poços de visita.

“Nós temos a limpeza de 3,5 mil bocas de lobo por mês”, enfatiza o prefeito Regional da Sé, Eduardo Odloak.

O lixo também é presente nos chamados poços de visita, aquelas tampas metálicas redondas que abrigam as redes de águas pluviais. “Só neste ano, já realizamos 20 mil limpezas. O nosso sistema de drenagem começa na boca de lobo, passa pelos poços de visita, entra nas galerias de águas pluviais e vai para os rios. Então, a limpeza do rio começa nas ruas”, ressalta o responsável pela região.

(...)

RIOS DE SÃO PAULO

O impacto do lixo também é sentido pelos principais rios da capital paulista. A quantidade de resíduos nos rios Pinheiros e Tietê são alarmantes. De acordo com a EMAE (Empresa Metropolitana de Águas e Energia), somente no ano passado foram retiradas quase 4 mil toneladas de lixo na área da Usina Elevatória de Traição, no rio Pinheiros. Isso corresponde a cerca de 420 caminhões lotados de lixo.

*Nos 66 km do rio Tietê, o DAEE (Departamento de Águas e Energia Elétrica) - órgão gestor dos recursos hídricos do Estado de São Paulo - retira em média 800 toneladas de lixo. “Retiramos lixo urbano e lixo industrial, o que representa 4% do material removido”, explica o engenheiro do DAEE, Silvio Giudice. **Parte do***

16. <https://www.reciclasampa.com.br/artigo/o-impacto-do-lixo>

material retirado do rio, como garrafas e sacolas plásticas, é reciclado e o restante enviado aos aterros sanitários.

(...)

LIXO NA REPRESA GUARAPIRANGA

Em um dos principais reservatórios de São Paulo, o Guarapiranga, o lixo também é um desafio constante. “Tem muito lixo na represa Guarapiranga. Temos até que parar a captação de água para a retirada dos resíduos para garantir o abastecimento da população”, aponta o gerente de recursos hídricos da Sabesp (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo), Osmar Rivelino.

(...)

Desde 2011, a Sabesp utiliza ecobarreiras, cuja finalidade é impedir a passagem dos resíduos jogados nos córregos e que desaguam na represa. São 11 entradas de córregos, portanto o mesmo número de ecobarreiras.

Eles também utilizam duas embarcações que ganharam o apelido de “transformers”. Os barcos retiram os resíduos com garras, uma espécie de retroescavadeira que alcança o lixo que está a seis metros de profundidade. Com o equipamento também é possível limpar as margens da represa.

Por terra, a Sabesp conta com o apoio de agentes ambientais, que recolhem o lixo manualmente nas margens da barragem. O trabalho de limpeza é árduo. Tanto os barcos, como os agentes realizam a tarefa diariamente.

“São retirados 10 metros cúbicos de lixo”, diz Osmar. “O metro cúbico é como se fosse uma caixa de 1 mil litros de água”.

Todas essas ações são para que o lixo não chegue às grades que recebem a água da represa para captação e abastecimento da população. Mesmo assim, os rejeitos podem passar e chegar no gradeamento.

Em casos extremos, os resíduos podem chegar a 12 metros de profundidade. Nesse caso são acionados os mergulhadores da Sabesp, que retiram os materiais da grade. “A operação é arriscada, pois eles fazem o trabalho à noite. Sem falar na profundidade”, explica.

Quando as grades entopem, a Sabesp precisa fazer uma parada de 3 a 4 horas para retirar o lixo. Isso compromete o abastecimento de 4 milhões de pessoas em São Paulo, Itapetecica da Serra, Embú, Cotia e Taboão da Serra.”

Como é cediço, enchentes e alagamentos são outro grave problema que acomete a cidade de São Paulo e, conforme citado no excerto acima, o lixo plástico descartado inadequadamente pela população configura uma de suas causas principais. Ainda nesse sentido, confira-se também¹⁷:

17. <http://movimentolixocidadao.com.br/lixo-um-grande-responsavel-por-enchentes-e-alagamentos/>

“Lixo, um grande responsável por enchentes e alagamentos

O acúmulo de lixo em bueiros e bocas de lobo impede que a água escoe, causando danos incalculáveis para a cidade

(...)

Uma das principais causas de alagamentos na capital paulista é o excesso de lixo nas ruas. O lixo que se joga na rua entope as bocas de lobo, mais conhecidas como bueiros, aquelas grades perto da guia da calçada. A água da chuva não tem espaço para transitar e as tubulações ficam entupidadas de resíduos, transbordam e causam alagamentos.

O que comprova grande quantidade de lixo que ainda se joga na rua é a frequência com que funcionários da Prefeitura fazem a desobstrução. O processo é diário. Por exemplo, a região da Sé possui 45 mil bocas de lobo das quais são retiradas em torno de 82 toneladas de lixo, mensalmente. Nos bueiros deveriam ser encontrados apenas materiais naturais, como folhas, raízes e terra, mas o mais comum é encontrar plásticos, sacolas, garrafas, embalagens de leite e outros materiais.”

Ademais, os utensílios plásticos de uso único, objeto da Lei impugnada na presente Ação, também correspondem a importante foco (quicá o principal¹⁸) de proliferação do mosquito *Aedes Aegypti*, transmissor de doenças endêmicas da cidade de São Paulo – dengue, febre amarela, zika e chikungunya.

No ano de 2019, por exemplo, foram registrados 16963 casos de dengue no Município¹⁹. A saúde da população local, portanto, é diretamente afetada pela distribuição irrestrita dos utensílios plásticos de uso único. Vale mencionar, ainda, a sobrecarga acarretada por tais epidemias ao sistema de saúde municipal.

Os efeitos deletérios à saúde causados pelo plástico de uso único, entretanto, vão ainda muito além. Em contato com bebidas e alimentos, são liberadas diversas toxinas, como bisfenol A (BPA), ftalatos e estireno:

“O bisfenol A, também chamado de BPA, é uma substância química orgânica que constitui a unidade básica de polímeros e revestimentos de alto desempenho, principalmente plásticos policarbonatos e resinas epóxi.

As aplicações a base de Bisfenol A, pelas propriedades conferidas ao material por essa substância, são muitas, entre elas estão (...) muitos itens plásticos, como (...) talheres descartáveis, entre outros. (...)

Segundo informações divulgadas no site da Sociedade Brasileira de Endocrinologia

18. <https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2016/11/pbh-aponta-materiais-descart%C3%A1veis-como-principais-focos-do-aedes>

<http://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/dicas/33dengue.html>

<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/03/lixo-vira-criadouro-de-aedes-em-frente-polo-para-tratar-dengue-em-ribeirao-preto.html>

19. https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/index.php?p=245603

e *Metabologia do Estado de São Paulo (SBEM-SP)*, ‘vale a pena ressaltar que alguns dos efeitos deletérios do **bisfenol A**, como alteração dos hormônios da tireoide, liberação de insulina pelo pâncreas, proliferação das células de gordura, com doses nanomolares, ou seja, doses extremamente pequenas, as quais são inferiores à suposta dose segura de ingestão diária.’

Com a proibição [do uso na produção de mamadeiras], surgiram substitutos ao **BPA**; entretanto, esses substitutos podem ser tão ou mais prejudiciais que o **BPA**. (...)

Os efeitos do BPA no organismo podem causar aborto, anomalias e tumores do trato reprodutivo, câncer de mama e de próstata, déficit de atenção, de memória visual e motor, diabetes, diminuição da qualidade e quantidade de esperma em adultos, endometriose, fibromas uterinos, gestação ectópica (fora da cavidade uterina), hiperatividade, infertilidade, modificações do desenvolvimento de órgãos sexuais internos, obesidade, precocidade sexual, doenças cardíacas e síndrome dos ovários policísticos.

Um estudo publicado pela agência Fapesp mostrou que mesmo em doses baixas o **bisfenol A** pode desregular hormônios tireoidianos²⁰”.

“Podemos ingerir **ftalatos** por conta da presença dessas substâncias em embalagens para alimentos e copos plásticos. Como os **ftalatos** saem do plástico, eles entram em contato com o alimento que será ingerido por nós. Atenção especial deve ser dada para alimentos gordurosos que vêm acondicionados em embalagens plásticas. Segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), os **ftalatos** são moléculas parecidas com as de gordura, e podem facilmente ligar-se a elas nos alimentos.

(...)

Os **ftalatos** estão associados à ocorrência de problemas reprodutivos em animais silvestres e testados em laboratórios. A presença de **ftalatos** no organismo desses animais provocou a redução da fertilidade, aborto, defeitos congênitos, câncer de fígado e rins. Em humanos os efeitos foram: surgimento de câncer de mama, desregulação hormonal e diminuição da fertilidade masculina (redução do número de espermatozoides).²¹”

“A Organização Mundial da Saúde (OMS) levantou alerta de que o poliestireno, existente nos copos e canudos, ao serem submetidos ao calor, liberam o estireno, monômero tóxico apontado como cancerígeno.²²”

“Os copos plásticos possuem em sua composição uma substância chamada Estireno e conforme pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Química da Universidade Federal da Bahia (UFBA), em contato com o café quente, o copo pode liberar uma quantidade de Estireno acima do que é considerado seguro pelo Ministério da Saúde. Um dos riscos que isso pode acarretar é o Câncer.²³”

20. <https://www.ecycle.com.br/613-bpa-bisfenol-a>

21. <https://www.ecycle.com.br/2183-ftalatos.html>

22. https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/08/19/interna_cidadesdf,700825/substituicao-de-itens-descartaveis-no-df.shtml

23. <https://oprofessorweb.wordpress.com/2015/08/21/o-perigo-dos-copos-descartaveis/>

Além da contaminação direta de alimentos e bebidas que entram em contato com utensílios plásticos descartáveis, esses materiais também são responsáveis pela contaminação do solo e da água que abastece a população paulistana:

“A poluição do plástico afeta a qualidade do ar, do solo e sistemas de fornecimento de água. Os impactos diretos estão relacionados a (...) ingestão de micro e nanoplasticos (invisível aos olhos) e contaminação do solo com resíduos. A queima ou incineração do plástico pode liberar na atmosfera gases tóxicos, alógenos e dióxido de nitrogênio e dióxido de enxofre, extremamente prejudiciais à saúde humana. O descarte ao ar livre também polui aquíferos, corpos d’água e reservatórios, provocando aumento de problemas respiratórios, doenças cardíacas e danos ao sistema nervoso de pessoas expostas. Na poluição do solo, um dos vilões é o microplástico (...) essas partículas acabam sendo lançadas no ambiente, ampliando a contaminação. (...)

Apesar de ainda haver poucos estudos sobre o impacto da ingestão de plástico por seres humanos e outras espécies de animais, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, em 2018, que entender os efeitos do microplástico na água potável é um passo importante para dimensionar o impacto da poluição de plásticos em humanos²⁴”.

“Fontes de microplásticos

Os microplásticos são partículas de plástico com um tamanho na faixa de micrômetros ou nanômetros (0.0001 a 0.0000001 centímetro). Abrasão e decomposição de resíduos plásticos no mar são fontes de microplásticos. Outra é a abrasão de plásticos em terra²⁵”.

Com relação aos microplásticos, uma revisão sistemática de 26 estudos já publicados sobre o assunto indicou que cada pessoa ingere até 121 mil partículas de microplástico anualmente, sendo que dessas, entre 4 mil e 90 mil são advindas unicamente da água ingerida²⁶, evidenciando que a contaminação por microplásticos

24. <https://www.wwf.org.br/?70222/Brasil-e-o-4-pais-do-mundo-que-mais-gera-lixo-plastico>

25. <https://g1.globo.com/natureza/noticia/uso-desenfreado-de-plastico-ameaca-oceanos-e-saude-humana.ghtml>

26. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48518601>

não afeta somente os oceanos, mas também os mananciais de água que são utilizados para o abastecimento da população²⁷.

A biota local também é enormemente afetada pela poluição dos rios:

“Há 40 anos, poluição nos rios paulistanos já era alvo de debate. Problema persiste.

(...)

*Há 40 anos, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) lançou seu primeiro vídeo de divulgação para o grande público sobre os problemas causados pela poluição de rios, como Pinheiros e Tietê, **que possuem trechos extensos dentro da capital paulista** e as consequências que ela traz à saúde e ao meio ambiente.*

(...)

Outro prejuízo é a vida aquática nos rios. Por conta da sujeira, a água prolifera bactérias anaeróbicas, ou seja, que não precisam de oxigênio para sobreviver, e isso causa a morte de peixes e outros animais que vivem ali.

Em 1992, mais de 1 milhão de pessoas participaram de um abaixo assinado que exigia providências governamentais para a despoluição do rio Tietê. Foi o maior abaixo assinado da história do Brasil até hoje.

Passados mais de 20, algumas obras e avanços foram realizados para retomar a vida aquática no rio, mas ainda há muito que ser feito. Para ajudar no progresso da limpeza, uma campanha foi montada, com a realização de empresas privadas e apoio de órgãos como a Sabesp, o Governo do Estado de São Paulo e a SOS Mata Atlântica. Trata-se do Tietê Vivo, que tem o objetivo de engajar os cidadãos e moradores da capital paulista e de suas redondezas a defenderem a qualidade das

27. Sobre os potenciais riscos do microplástico à saúde humana:

“Procurado pela BBC News Brasil, o médico toxicologista Anthony Wong, do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo (HC-USP), demonstra preocupação com elevado número de micropartículas que o estudo recente demonstra que estamos ingerindo.

‘Pode haver consequências mecânicas e patológicas’, diz ele.

Do primeiro aspecto, o médico lembra que substâncias plásticas podem eventualmente se aglutinar dentro do organismo e, com o tempo, “se tornarem uma obstrução para o esvaziamento estomacal”. “Isso realmente ocorre e já foi verificado em peixes e outros animais marinhos. São obstruções mecânicas que podem ocorrer no estômago, no intestino delgado e na válvula ileocecal”, afirma.

Wong também explica que há um risco para a mucosa do estômago. “Ela é feita de vilosidades. Essas substâncias plásticas podem entrar e então provocar inflamação ou mesmo obstrução, impedindo a absorção dos alimentos”, completa.

Um outro risco, pontua o médico, é que os microplásticos sofram degradação pelas enzimas digestivas. “E, assim, liberem no organismo substâncias tóxicas presentes nos plásticos”, explica.

Os diferentes tipos de plástico, conforme lembra o especialista, trazem componentes que podem ser nocivos. “Evidentemente que alguns causam doenças, outros causam tumores”, afirma Wong. “As partículas são pequenas, mas o acúmulo ao longo do tempo pode causar problemas.”

(...)

No estudo divulgado pelo médico Philipp Schwabl em 2018, foram encontrados nas fezes humanas nove tipos diferentes de partículas plásticas: PP, PET, PU, PVC, PA, PC, POM, PE e PS.”

<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48518601>

águas e recuperação da bacia hidrográfica do rio.²⁸

“Novo Rio Pinheiros

O programa Novo Rio Pinheiros tem o objetivo de revitalizar este símbolo da cidade de São Paulo por meio da união dos órgãos públicos e da sociedade. A meta é (...) melhorar a qualidade de suas águas e integrá-lo à cidade. (...) espera-se a melhora do odor, abrigo de vida aquática e, com isto, trazer a população de volta às suas margens. Também será possível captar investimentos privados, como a concessão do transporte hidroviário para melhoria da malha de transporte urbano.

(...)

Ao final das intervenções da Sabesp, cerca de 3,3 milhões de pessoas que moram na abrangência da bacia do Pinheiros serão beneficiadas pelas obras, em uma área de 271 km² que inclui bairros nos municípios de São Paulo, Embu das Artes e Taboão da Serra.

(...)

Na primeira etapa, até o 2º semestre de 2020, deverão ser retirados 500 mil m³ de detritos no processo de desassoreamento e 700 mil m³ no desaterro, em um total de 1,2 milhão de metros cúbicos, equivalente a 480 piscinas olímpicas.

(...)

A região entre as pontes do Jaguaré e Ari Torres deve ser priorizada.

(...)

Todos os dias milhares de toneladas de lixo chegam às águas dos nossos rios. Só nos dois primeiros meses deste ano [2020], foram retiradas 2,5 mil toneladas, especialmente plásticos, do rio Pinheiros.²⁹

Diante de todo o cenário ora exposto, revela-se insofismável o peculiar interesse do Município de São Paulo na edição de diploma normativo com vistas à diminuição do lixo plástico aqui gerado pelos utensílios descartáveis, de uso tão efêmero e consequências tão danosas ao meio ambiente e à saúde dos munícipes.

3.2. Competência do Município para Legislar sobre a Matéria Ora em Análise

De prôêmio, cabe registrar que a edição da Lei Paulistana n° 17.261/2020 se deu em consonância com o **Compromisso Global da Nova Economia do**

28. <https://www.ecycle.com.br/component/content/article/35/1124-ha-40-anos-poluicao-no-rios-paulistanos-ja-era-alvo-de-debate-problema-persiste.html>

29. <http://novoriopinheiros.sp.gov.br/>

Plástico, promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU) e firmado pelo Município de São Paulo em 8 de março de 2019³⁰.

Trata-se, outrossim, de tendência mundial:

“Em todo o mundo, esforços estão sendo feitos para reduzir a quantidade de lixo plástico que acaba em aterros sanitários ou em nossos oceanos. Em março de 2019, a União Europeia aprovou uma lei para proibir até 2021 muitos itens de plástico descartável, como os talheres de plástico, pratos descartáveis, canudos e bastonetes de balões.

‘O plástico que não pode ser reciclado deve deixar de ser fabricado’, defende Waki-bia. ‘Não faz sentido realmente fabricar produtos cujo valor é medido em minutos e que persistem por uma eternidade sem se degradar. Estamos matando o planeta com a nossa ganância de obter lucro sem cuidado’.

Em março de 2019, a Assembleia das Nações Unidas para o Meio Ambiente aprovou uma resolução chamada Enfrentando a poluição por produtos plásticos descartáveis. A medida encoraja governos e o setor privado a promover um design, produção, uso e gestão que sejam mais eficientes em recursos, considerando o plástico em todo o seu ciclo de vida.

O texto também chama Estados-membros a ‘tomar ações abrangentes quanto aos produtos descartáveis de plástico, a fim de lidar com o lixo, quando for apropriado, por meio de legislação, implementação de acordos internacionais, fornecimento da infraestrutura adequada de gestão de resíduos, melhoria das práticas de gestão de resíduos e apoio à minimização dos resíduos’.^{31”}

No Brasil, em âmbito federal, a matéria é objeto do Projeto de Lei do Senado nº 92, de 2018³².

Conforme já mencionado, a Lei ora impugnada visa a redução da quantidade de lixo plástico gerado no Município de São Paulo. Para tanto, veda o fornecimento de utensílios plásticos de uso único (varas para balões, agitadores de bebidas, copos, pratos e talheres descartáveis) por alguns estabelecimentos comerciais específicos (hotéis, restaurantes, bares, padarias, espaços para festas infantis, clubes noturnos e salões de dança) para seus clientes. **Nada dispõe acerca de produção ou consumo. Não veda a produção nem a comercialização de tais utensílios, tampouco a sua utilização por escolas, presídios, hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde,** contrariamente ao que pretende fazer crer o autor.

30. <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-firma-compromisso-global-para-diminuicao-do-plastico-no-municipio>

<https://nacoesunidas.org/mais-de-250-organizacoes-assinam-compromisso-global-contrapoluicao-por-plasticos/>

<https://exame.abril.com.br/brasil/depois-dos-canudos-sao-paulo-quer-proibir-plasticos-de-uso-unico/>

31. <https://nacoesunidas.org/onu-meio-ambiente-alerta-para-poluicao-causada-pela-queima-de-lixo-plastico/>

32. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132457>

Trata-se, destarte, de diploma legal voltado à **proteção ambiental**, no âmbito do **interesse local**, versando sobre a **gestão de resíduos sólidos**, conforme visto no tópico anterior. A competência legislativa municipal para tratar da matéria ora em análise, portanto, deflui de maneira insofismável, **tal como reconhecido, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal em caso análogo ao dos presentes autos**.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte excerto de decisão proferida no julgamento de Recurso Extraordinário interposto em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em face da Lei nº 5.026/2010 do Município de Americana, que **proibiu o fornecimento de sacolas plásticas pelos estabelecimentos comerciais locais**:

“(…)

Ademais, insta reconhecer a competência do Município para legislar a respeito da matéria tratada na Lei nº 5.026/10, do Município de Americana. Embora conste do art. 24, inc. VI, da Constituição Federal, ser de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre proteção ao meio ambiente, é dado aos municípios suplementar a legislação federal ou estadual, no que couber (art. 30, inc. II, da CF). Tal previsão constitucional visa ajustar as legislações federais e estaduais às peculiaridades locais.

Outrossim, para o exercício desta competência suplementar pelo município, exige-se o predomínio do interesse local (art. 30, inc. I, da CF), requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012).

*Com efeito, **o assunto tratado na lei municipal impugnada constitui matéria de interesse do Município, por estar relacionada à gestão dos resíduos sólidos produzidos na localidade, especificamente das sacolas plásticas**, conforme consta da exposição de motivos ao Projeto de Lei nº 125/2009 (fls. 313/316), que deu origem ao diploma combatido.*

Ressalte-se, ademais, a competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na proteção do meio ambiente ecológico (art. 23, inc. VI e VII, da Constituição Federal).

A respeito da competência do Município de Americana para tratar da matéria veiculada na Lei nº 5.026/10, trago recente julgado, proferido por este Tribunal em julgamento submetido ao rito da repercussão geral, no qual foi reconhecida também aos Municípios a competência para legislar sobre direito ambiental quando se tratar de assunto de interesse predominantemente local.

(…)”

(RE 729731/SP: - STF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/11/2015 – Doc. 6)

Igualmente:

*“Assim, muito embora seja concorrente e comum a competência para a preservação do meio ambiente, seria simplesmente inconstitucional que o efeito da legislação geral, quer a da União, quer a do Estado-membro, pudesse impor níveis de tolerância à poluição compatíveis com a saúde da população local. **É fato notório que um dos principais impactos ambientais nas cidades é causado pelos resíduos sólidos. Porque é um problema essencialmente ligado ao meio ambiente local**, apenas se a legislação federal ou estadual viesse a dispor, de forma clara e cogente – indicando as razões pelas quais é o ente federal o mais bem preparado para fazê-lo –, que os Municípios sobre ela não podem legislar, seria possível afastar a **competência municipal para impor restrições ao uso de sacolas plásticas.**”*

(STF, RE 730.721, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02/10/2015 – Doc. 7)

Nessa mesma linha, este C. Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça de São Paulo também se manifestou acerca da constitucionalidade de legislação municipal que vedou a distribuição de sacolas plásticas:

*“COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – Lei Municipal – **Diploma local que proíbe a distribuição gratuita ou a venda de sacolas plásticas a consumidores em todos os estabelecimentos comerciais – Admissibilidade – Legislação que não institui norma sobre o meio ambiente, apenas dispôs sobre prática destinada a preservá-lo, sem extrapolar os limites do interesse local, dando cabal atendimento à competência normativa conferida pela Constituição – Existência, ademais, de normas constitucionais e específicas que impõem ao ente municipal, a incumbência de proteção e preservação ambiental.**”*

(TJSP, ADI 0121480-62.2011.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 01/10/2014 – Doc. 5)

Cite-se, ainda:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 16.062, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, QUE DISPÕE SOBRE O DESCARTE DE EMBALAGENS RECICLÁVEIS EM TODOS OS PONTOS COMERCIAIS DO MUNICÍPIO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES FÁTICAS QUE NÃO COMPORTAM ACOLHIDA – NORMA QUE TRATA DE INTERESSE PREDOMINANTEMENTE LOCAL, VISANDO PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE – ASSEGURADA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ENTE MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA AMBIENTAL, NOS MOLDES DOS ARTIGOS 23, INCISO VI, E 30, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS – LEI, ADEMAIS, QUE NÃO AFRONTA AS POLÍTICAS NACIONAL E

ESTADUAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, MAS A ELAS SE AGREGA – INEQUÍVOCA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE, IMPONDO AOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS COM VENDAS A VAREJO A MANUTENÇÃO DE URNA, AO LADO DE PELO MENOS UM CAIXA, PARA DESCARTE DE EMBALAGENS RECICLÁVEIS PELOS CONSUMIDORES QUE ASSIM DESEJAREM PROCEDER – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – PEDIDO INICIAL JULGADO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR.”

(TJSP, ADI nº 2192091-98.2014.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 12/08/2015)

Com efeito, a Constituição Federal vigente alçou a proteção ao meio ambiente dentre as garantias e direitos fundamentais (artigo 5º, inciso LXXIII), classificando-o, inclusive, como condição essencial à sadia qualidade de vida da coletividade (art. 225, “caput”). Nestes termos, estabelece ser de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer das suas formas (art. 23, VI), e, ainda, preceitua caber às unidades políticas controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (art. 225, inciso V).

Como consequência do interesse comum na preservação do meio ambiente, em todas as suas formas, todas as entidades políticas têm competência para legislar concorrentemente sobre meio ambiente, nos termos do artigo 24, incisos VI e VII, c/c o artigo 30, incisos I e II, todos da Constituição Federal, cabendo ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber, dentro dos limites do predominante interesse local.

Outrossim, a própria Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 191 determinou aos Estados e Municípios, com a participação da coletividade “a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico”.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo (Doc. 1), por sua vez, determina:

Art. 180 - O Município, em cooperação com o Estado e a União, promoverá a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente.

Art. 182 - O Município coibirá qualquer tipo de atividade que implique em degradação ambiental e quaisquer outros prejuízos globais à vida, à qualidade de vida, ao meio ambiente:

I - controlando e fiscalizando a instalação, proteção, estocagem, transporte, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco efetivo ou potencial à qualidade de vida e ao meio ambiente;

O Supremo Tribunal Federal, ademais, já estabeleceu, em sede de repercussão geral, que a disciplina do meio ambiente integra o conceito de interesse local referido no art. 30, I, da Constituição Federal:

*EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LIMITES DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. LEI MUNICIPAL Nº 1.952, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995, DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. RECONHECIDA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 23, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, Nº 14, 192, § 1º E 193, XX E XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E ARTIGOS 23, VI E VII, 24, VI E 30, I E II DA CRFB. 1. O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB)”.
(RE 586.224, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJ de 8/5/2015)*

E exatamente no exercício dessa competência legislativa foi editada a norma ora impugnada, vez que a Lei Municipal nº 17.261/2020, ao tratar acerca de proteção ao meio ambiente, não contrariou qualquer normativo federal ou estadual, mas tão somente estabeleceu regramento segundo as necessidades locais e, neste mister, apenas instituiu regras mais protetivas ao meio ambiente.

Nessa esteira, cabe citar outro precedente de nossa Corte Suprema, também proferido em matéria análoga: a Lei Municipal de São Paulo nº 13.113/2001, que proibiu na construção civil a utilização de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos de amianto, foi objeto da ADPF nº 109, sendo certo que ao indeferir o pedido liminar ali deduzido, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski bem destacou em seu voto:

“(…) Em matéria de proteção à saúde e de defesa do meio ambiente, a competência legislativa é concorrente, a teor do art. 24, VI e XII, da Constituição. De outro lado, também, a defesa da saúde, conforme estabelece o art. 196 da Carta Magna é competência do Estado genericamente compreendido. Portanto, não é apenas da União, mas também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não me impressiona, à primeira vista, o argumento que a legislação impugnada deve subordinar-se, na espécie, à Lei federal 9.055/1995, uma vez que, não vigora no direito brasileiro o princípio de que o direito federal rompe com o direito estadual (Bundesrecht bricht Landesrecht) consagrado no art. 31 da Constituição alemã.

Por fim, como bem ressaltai, em voto oral, quando do julgamento da ADI

3.937-MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 'tenho defendido, não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na Corte Estadual a qual pertenci, como também tive oportunidade de manifestar esse entendimento nesta Suprema Corte, no sentido de que, em matéria de proteção do meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos municípios'.

Isso posto, exercendo um juízo de mera delibação, e sem prejuízo de melhor exame do tema no momento processual oportuno, indefiro o pedido de medida liminar."

E, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, nos autos das ADIs n° 3406 e n° 3470, fixou entendimento acerca da possibilidade de, em matéria de legislação ambiental, adotar-se uma postura **mais cautelosa** àquela observada em âmbito federal, maximizando a proteção do meio ambiente, em atendimento ao princípio da precaução e prevenção. Nesse sentido:

"EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N° 3.579/2001 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO ASBESTO/AMIANTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ART. 24, V, VI E XII, E §§ 1º A 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONVENÇÕES N°S 139 E 162 DA OIT. CONVENÇÃO DE BASILEIA SOBRE O CONTROLE DE MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE RESÍDUOS PERIGOSOS E SEU DEPÓSITO. REGIMES PROTETIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INOBSERVÂNCIA. ART. 2º DA LEI N° 9.055/1995. PROTEÇÃO INSUFICIENTE. ARTS. 6º, 7º, XXII, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI FLUMINENSE N° 3.579/2001. IMPROCEDÊNCIA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N° 9.055/1995. EFEITO VINCULANTE E ERGA OMNES.

(...)

2. Alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da União. Competência legislativa concorrente (art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da CF). A Lei n° 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a progressiva substituição da produção e do uso do asbesto/amianto no âmbito do Estado, veicula normas incidentes sobre produção e consumo, proteção do meio ambiente, controle da poluição e proteção e defesa da saúde, matérias a respeito das quais, a teor do art. 24, V, VI e XII, da CF, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente.

3. (...) *Ao assegurar nível mínimo de proteção a ser necessariamente observado em todos os Estados da Federação, a Lei nº 9.055/1995, na condição de norma geral, não se impõe como obstáculo à maximização dessa proteção pelos Estados, ausente eficácia preemptiva da sua atuação legislativa, no exercício da competência concorrente. A Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro não excede dos limites da competência concorrente suplementar dos Estados, consentânea a proibição progressiva nela encartada com a diretriz norteadora da Lei nº 9.055/1995 (norma geral), inócua afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 2º, 3º e 4º, da CF.* (STF, ADI 3470/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 29/11/2017 – Doc. 9)

Cabe aqui um adendo: diante de tais excertos, percebe-se claramente que os precedentes jurisprudenciais citados na exordial, às fls. 45/48, também a respeito do tema da proibição do amianto, e datados de 2003, estão completamente superados.

Pois bem. Ainda com relação à admissibilidade, em matéria de proteção do meio ambiente e de defesa da saúde pública, de que a legislação municipal seja mais restritiva do que aquela da União e do próprio Estado, referido entendimento foi reiterado recentemente, pelo Min. Alexandre de Moraes, Relator da ADPF 567, ao revogar medida cautelar anteriormente concedida, restaurando a eficácia da Lei Paulistana nº 16.897/2018, que proibiu o uso de fogos de artifício de efeito ruidoso no Município de São Paulo:

“A proteção do meio ambiente e a proteção da saúde integram, ainda, a competência material comum dos entes federativos (CF, art. 23, II e VI). A saúde mereceu especial disciplina pelo Constituinte nos arts. 196 e ss., tendo sido consagrada como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 197). A proteção ao meio ambiente, por sua vez, foi positivada no art. 225 do texto constitucional, que estabeleceu que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A proteção à saúde e ao meio ambiente são temas que concernem à atuação de todos os entes da federação, portanto. Segundo a jurisprudência desta COLETA CORTE, em linha de princípio, admite-se que os Estados e Municípios editem normas mais protetivas, com fundamento em suas peculiaridades regionais e na preponderância de seu interesse, conforme o caso. Nesse sentido, o precedente firmado na ADI 3.937-MC (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 10/10/2008), que tratou de lei estadual paulista que proibiu a produção e circulação do amianto, confrontada com legislação federal que admite o emprego

dessa substância; e o julgamento do RE 194.704 (Rel. para acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 17/11/2017), em que validada lei do Município de Belo Horizonte/MG que estabelecera padrões mais restritos de emissão de gases poluentes.

Com essas considerações, em juízo de cognição sumária, a lei municipal, ao proibir o uso de fogos de artifício de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo, parece ter pretendido promover padrão mais elevado de proteção à saúde e ao meio ambiente, sendo editada dentro de limites razoáveis do regular exercício de competência legislativa pelo Município de São Paulo; devendo, nesse momento, ser privilegiado a presunção de constitucionalidade das leis.”

(ADPF 567 MC / SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27/06/2019 – Doc. 8)

Repise-se que em momento algum a lei municipal guerreada vedou a produção e a comercialização de utensílios plásticos de uso único, mas tão somente limitou sua distribuição por restaurantes, espaços de festas e estabelecimentos congêneres, no exercício de escolhas legítimas do legislador paulistano adequadamente amparadas nos interesses da proteção do meio ambiente e controle da poluição e da proteção e defesa da saúde no âmbito do Município de São Paulo, atendidos, assim, os critérios do exaurimento dentro dos limites territoriais e da preponderância do interesse local.

Eis o teor do artigo 1º do diploma legal em análise:

Art. 1º Fica proibido o fornecimento de copos, pratos, talheres, agitadores para bebidas e varas para balões de plásticos descartáveis aos clientes de hotéis, restaurantes, bares e padarias, entre outros estabelecimentos comerciais.

§ 1º As disposições desta Lei aplicam-se igualmente aos espaços para festas infantis, clubes noturnos, salões de dança, eventos culturais e esportivos de qualquer espécie.

§ 2º Nos espaços para festas infantis deverão ser oferecidas alternativas seguras, como pratos de papel e copos de plástico reutilizáveis.

Tal limitação, contudo, não configura a usurpação de competência sustentada pelo Requerente, tampouco a contrariedade a regramento preexistente sobre o tema.

Pelo contrário. A norma em questão encontra-se em perfeita consonância com a Lei Federal nº 12.305/2010, que estatui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Nos termos dos artigos 7º, II, e 9º da Lei nº 12.305/2010, são objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, em ordem preferencial: **“não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos”**. Ou seja, **a não geração de lixo é o objetivo prioritário**.

Ora, a Lei municipal questionada, ao vedar a distribuição de utensílios plásticos de uso único a consumidores nos estabelecimentos comerciais do Município de

São Paulo que especifica, observou a prioridade absoluta estabelecida na legislação federal de normas gerais sobre a matéria, qual seja, a **não geração**.

A Política Estadual de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.300/2006, do Estado de São Paulo), por sua vez, prevê dentre seus princípios, a promoção de padrões sustentáveis de produção e consumo e a prevenção da poluição mediante práticas que promovam a redução ou eliminação de resíduos na fonte geradora (art. 2º, IV e V). Nos termos do art. 5º, II, “prevenção da poluição ou redução na fonte” corresponde à utilização de processos, práticas, materiais, produtos ou energia que evitem ou minimizem a geração de resíduos na fonte e reduzam os riscos para a saúde humana e para o meio ambiente. A Lei Paulista nº 12.300/2006 estatui, ademais, dentre os objetivos da Política Estadual de Resíduos Sólidos (art. 3º), o uso sustentável, racional e eficiente dos recursos naturais (inc. I), a preservação e a melhoria da qualidade do meio ambiente, da saúde pública e a recuperação das áreas degradadas por resíduos sólidos (inc. II) e a redução da quantidade e da nocividade dos resíduos sólidos, evitando-se os problemas ambientais e de saúde pública por eles gerados (inc. III).

Percebe-se, assim, a plena consonância da Lei nº 17.261/2020 do Município de São Paulo também com a Política Estadual de Resíduos Sólidos.

Evidente, portanto, que, ao ampliar o patamar de proteção ambiental já estabelecido em leis editadas pela União e pelo Estado de São Paulo sobre a gestão de resíduos sólidos, o legislador municipal não adentrou área reservada à disciplina dos demais entes federativos, já que o art. 30, II, da Lei Maior outorga aos municípios competência legislativa para “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”, conforme visto.

A circunstância de não ter a legislação estadual versado sobre a distribuição de utensílios plásticos de uso único, tampouco havendo, acrescente-se, tratamento específico dessa questão na Lei Federal nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, reafirma a competência do ente municipal para dispor sobre o tema, na busca de solução para problemática ambiental que afeta, direta e significativamente, a vida da população local.

O respeito à máxima eficácia dos direitos fundamentais impede conclusão no sentido de que as normas federais e/ou estaduais impõem limites máximos à proteção do meio ambiente, impeditivos de que os municípios possam buscar, em âmbito local, soluções mais adequadas, e revestidas de maior rigor protetivo, ao enfrentamento de problemas ambientais que impactam diretamente a coletividade municipal, conforme excertos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal transcritos anteriormente.

Ainda nesse sentido, emblemático também o seguinte precedente:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PARTILHA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO (CRFB, ART. 24, IX). LEI ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE FIXA NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS EM SALA DE AULA.

QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE NORMAS GERAIS. COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (CRFB, ART. 1º, V). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOUVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA AO DETALHAR A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.394/94 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)

(...)

3. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988.

(...)"

(STF, ADI 4060/SC, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/02/2015)

De outro giro, não impressiona a argumentação do Autor no sentido de que a Lei ora impugnada seria inconstitucional por invadir competência exclusiva da União para legislar sobre matéria de consumo, direito econômico, livre iniciativa e livre concorrência.

Frise-se que o próprio texto constitucional estabelece que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deverá reger-se pelos ditames de justiça social, respeitando o princípio da defesa do meio ambiente, contido no inciso VI, do artigo 170. Ou seja, a Constituição Federal estabeleceu como um dos nortes do desenvolvimento econômico a proteção ao meio ambiente, na busca de atingir-se o desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, restou consignado pela Corte Excelsa, também no julgamento da ADPF 109:

"A quaestio iuris consiste em saber se os Municípios podem, por meio de legislação específica, instituir regras que, não obstante em uma primeira mirada aparentemente versar sobre produção e consumo, estejam, em realidade, vocacionadas à

consecução das promessas constitucionais de manutenção da higidez ambiental e à tutela do direito fundamental a saúde, suplementado a legislação federal e estadual com base na existência de interesse local passível de regulamentação (art. 30, II e I, CRFB, respectivamente), tal qual a escolha política de desenvolvimento econômico do município.

(...)

É preciso consignar, entretanto, que a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica constitucional, deve também observar os princípios da defesa do consumidor e do meio ambiente, bens que, também por previsão constitucional, devem ser protegidos pela União, Estados e Municípios.

Ainda nessa esteira:

“A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.”

(ADI nº 3540 MC/DF, rel. Ministro Celso de Mello, j. em 01.9.2005).

Também nesse sentido já se manifestou este c. Tribunal de Justiça em caso análogo ao dos autos, na já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0121480-62.2011.8.26.0000, versando sobre a proibição de distribuição de sacolas plásticas no Município de São Paulo:

“Por outro lado, nem é caso de dizer que a aludida lei afigura-se inconstitucional por contrariar o princípio da liberdade econômica, eis que a Constituição federal (artigo 170 § único) e a Constituição estadual (artigos 180 a 183) anunciam que tal liberdade não é absoluta.”

O Município tem papel fundamental na busca de um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento socioeconômico e a utilização dos recursos naturais, objetivando

que futuras gerações tenham a oportunidade de desfrutar dos mesmos recursos hoje disponíveis, conforme ditame do art. 225 da Constituição Federal.

Nesse passo, a competência municipal para legislar sobre meio ambiente revela-se de extrema importância, visto que o Município é o ente mais próximo aos interesses e peculiaridades da população, estando mais apto a colocar em prática a proteção ambiental tão reclamada no texto constitucional. Nesse sentido leciona Celso Antonio Pacheco Fiorillo³³:

“Interessante verificarmos que o texto constitucional, ao atribuir ao Município competência para legislar sobre assuntos locais, está-se referindo aos interesses que atendem de modo imediato às necessidades locais, ainda que tenham repercussão sobre as necessidades gerais do Estado ou do País. Com isso, questões como o fornecimento domiciliar de água potável, o serviço de coleta de lixo, o trânsito de veículos e outros temas típicos do meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho no âmbito do Município, embora de interesse local, não deixam de afetar o Estado e mesmo o país...

Assim temos que a Carta Constitucional trouxe importante relevo para o Município, particularmente em face do direito ambiental brasileiro, na medida em que é a partir dele que a pessoa humana poderá usar os denominados bens ambientais, visando plena integração social, com base na moderna concepção de cidadania”.

Não por outra razão, a própria Constituição Federal, em seu artigo 225, estabelece ser **dever** do Poder Público e, portanto, do Município, a preservação do meio ambiente.

Patente, portanto, a inexistência da aludida usurpação de competência, bem como de qualquer contrariedade a regramento preexistente sobre o tema, **a afastar, destarte, a pretensa violação ao Pacto Federativo.**

A Lei impugnada na presente Ação advém de inquestionável competência legislativa do Município sobre o tema e, ademais, converge para os ditames já estabelecidos na legislação federal e estadual aplicável.

Patenteada, pois, a constitucionalidade formal e material da Lei nº 17.261/2020 do Município de São Paulo, vez que em consonância com os artigos 23, inciso VI, 24, inciso VI, 30, incisos I e II, 170, VI, 196, e 225 da Constituição Federal, artigo 191 da Constituição do Estado de São Paulo, artigos 180 e seguintes da Lei Orgânica do Município de São Paulo, Lei Federal nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e Lei Estadual nº 12.300/2006 (Política Estadual de Resíduos Sólidos), e seus respectivos decretos regulamentadores, normas as quais desde já requer sejam prequestionadas.

33. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Saraiva, 8ª edição, 2007, p. 83.

3.3. Desnecessidade de Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA)

O Autor sustenta que o art. 1º da Lei Paulistana nº 17.261/2020, o qual estabelece a proibição do fornecimento, por restaurantes, espaços de festas e estabelecimentos comerciais congêneres, de produtos descartáveis produzidos em plástico, padece de inconstitucionalidade por ausência de estudo de impacto ambiental prévio, em contrariedade ao art. 192, § 2º, da Constituição Estadual de São Paulo e ao art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal.

Argumenta, com grande esforço criativo, que a referida proibição caracteriza-se como política pública capaz de desencadear significativa degradação ambiental, vez que implicará no aumento do uso de produtos reutilizáveis pela população, em substituição aos descartáveis, e no conseqüente aumento do consumo de água para lavagem desses utensílios.

Aponta, assim, a existência de situação dicotômica: com o intuito de se resguardar os mares e oceanos da poluição gerada pelo uso de utensílios plásticos de uso único, causar-se-ia dano aos mananciais, com o aumento do consumo de água. Logo a seguir, acrescenta que o investimento em coleta seletiva seria a solução mais adequada, inclusive para se evitar o agravamento da crise hídrica.

Olvida o Autor, porém, que **a reciclagem do plástico pressupõe a lavagem prévia**, não havendo como se sustentar minimamente sua tese.

Além disso, há que se considerar também a quantidade de **água utilizada na produção dos utensílios plásticos** descartáveis e também na sua distribuição até o consumidor final. Trata-se do conceito de **“pegada hídrica” (“water footprint”)**.

“Recentemente, o conceito da pegada hídrica foi introduzido como um indicador importante de consumo de água para a humanidade. A pegada hídrica é definida como o volume total de água utilizado durante a produção de bens e serviços, bem como o consumo direto de água pelos seres humanos. A água não é consumida só diretamente mas também indiretamente, nos processos de produção. Portanto, o cálculo da pegada hídrica permite quantificar o total de água consumida ao longo da cadeia de fornecimento global³⁴”. (Doc. 13)

Conforme amplamente divulgado pela mídia durante os períodos de estiagem e racionamento de água no Município de São Paulo, a **produção de itens descartáveis consome mais água que a lavagem de utensílios reutilizáveis**. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto de matéria jornalística divulgada no portal G1³⁵ (Doc. 14):

34. www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-43662013000100014&script=sci_arttext

35. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/02/producao-de-copo-de-plastico-gasta-mais-agua-do-que-lavar-copo-de-vidro.html>

“Produção de copo de plástico gasta mais água do que lavar copo de vidro
Parte da água é reutilizada, mas 500 ml são perdidos. Para lavar copo na torneira se utiliza 400 ml; na máquina, 100 ml.

A atitude de optar por copos de plástico no lugar dos de vidro, que tem se tornado comum em bares e restaurantes de São Paulo, não constitui uma contribuição verdadeira para se contornar a crise hídrica, como mostrou o SPTV nesta quarta-feira (11). Devido aos cortes no abastecimento, moradores também aderiram à prática.

Mas para se se fazer um copinho o plástico precisa ser derretido, colocado em uma forma e resfriado. Esse processo exige bastante água. A maior parte dela é reutilizada. Mas, pelo menos, meio litro vai embora.

A produção de copo descartável chega a consumir 500 ml de água, enquanto a lavagem feita na pia utiliza 400 ml, como estimou a Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia (IFSP) Itapetininga. A lavagem na máquina é ainda mais econômica e gasta apenas 100 ml por copo, isto é, apenas 20% do que é gasto para se produzir um copinho plástico.

(...)

Para quem está passando pela falta de água para lavar louça, a compra pode ser a solução do momento. A longo prazo, pode contribuir para prejudicar ainda mais o abastecimento.”

Também nesse sentido (Doc. 15)³⁶:

“Copo descartável: vilão ou herói?

Um dos produtos que ganharam destaque após episódios de falta d’água foi o copo descartável.

Restaurantes e bares, principalmente da cidade de São Paulo, decidiram suspender o uso de recipientes de vidro pelos copos feitos de plástico.

Para quem é atingido pela falta de água para lavar louça, a compra pode ser a solução do momento. A longo prazo, pode contribuir para prejudicar ainda mais o abastecimento.

O motivo? A fabricação de apenas um copo descartável chega a consumir 500 ml de água, enquanto a lavagem feita na pia utiliza 400 ml, de acordo com o Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia (IFSP) de Itapetininga (SP).

A lavagem na máquina é ainda mais econômica e gasta apenas 100 ml por copo, isto é, apenas 20% do que é gasto para se produzir um copinho plástico.”

Nessa esteira, vale lembrar, ainda, que a água proveniente de rejeito industrial (utilizada na produção dos utensílios plásticos descartáveis) é notoriamente mais

36. <http://g1.globo.com/economia/crise-da-agua/noticia/2015/04/lavar-lixo-reciclavel-e-usar-copo-plastico-gastam-mais-agua-entenda.html>

tóxica e poluente que a água dos efluentes domésticos (usada na lavagem de utensílios reutilizáveis).

Cabe reiterar, também, que, nos termos dos artigos 7º, II, e 9º da Lei nº 12.305/2010, são objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, em ordem preferencial: “**não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos**”. Ou seja, a não geração de lixo é o objetivo prioritário. Portanto, **o uso de produtos reutilizáveis será sempre preferível à reciclagem de produtos descartáveis.**

Ademais, conforme já explanado em tópico anterior, a reciclagem de utensílios plásticos descartáveis não é viável economicamente:

“Reciclar o plástico descartável não é a melhor solução, aponta o relatório ‘Solucionar a Poluição Plástica: Transparência e Responsabilização’, divulgado pelo Fundo Mundial para a Natureza (WWF), em março. Produzir plástico virgem é mais barato que reciclar. Na Europa, o custo para reciclar uma tonelada de plástico gira em torno de R\$ 4 mil, material vendido por R\$ 2.340. O Brasil é o quarto maior produtor de lixo plástico do mundo, com 11,3 milhões de toneladas ao ano. Coletamos [na coleta seletiva] 91% desse lixo, porém só 1,28% são reciclados.”³⁷

Contrariamente ao que pretende fazer crer o Autor, a proibição dos utensílios plásticos de uso único é medida salutar, que resguarda o meio ambiente e a saúde humana, conforme também já explanado anteriormente.

O Requerente ainda apresenta outros argumentos para fundamentar a tese de inconstitucionalidade decorrente da não realização de Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), um tanto confusos e desconexos, referentes ao custo e à dificuldade prática de substituição dos produtos de plástico descartável em eventos culturais e por instituições, tais como presídios e hospitais (instituições estas as quais não são abrangidas pela vedação da Lei, conforme já dito). Indica também a necessidade de realização de audiências públicas para que todos esses aspectos possam ser debatidos com a população.

Registre-se, por oportuno, que **foram realizadas duas audiências públicas na Câmara Municipal de São Paulo durante o trâmite do PL 0099/2019**, que deu origem à Lei impugnada na presente ação, conforme íntegra do Projeto de Lei e notas taquigráficas que seguem anexas (Documentos 2 e 3). A primeira delas ocorreu em 18/09/2019 e a segunda, em 02/10/2019, tendo contado com a participação da Associação Brasileira da Indústria do Plástico – Abiplast, e da Plastivida.

De outra senda, tem-se que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, nos termos do art. 192, § 2º, da Constituição Paulista, constitui **requisito para a expedição de licença ambiental para a execução de empreendimentos potencialmente**

37. <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/opiniaio/plastico-x-reciclagem-1.2077429>

causadores de significativa degradação ambiental. Portanto, referidos argumentos suscitados na exordial não possuem absolutamente nenhuma relação com a norma contida no dispositivo constitucional!

Tais argumentos dizem respeito, única e tão somente, à conveniência da proibição estabelecida pela lei, conveniência esta cujo exame refoge do âmbito de atuação judicial, conforme já decidiu este c. Órgão Especial, ao analisar a constitucionalidade da Lei nº 15.364/2011 do Município de São Paulo, que dispõe sobre a proibição da distribuição gratuita ou venda de sacolas plásticas a consumidores em estabelecimentos comerciais (Doc. 5). Confira-se:

“EMENTA - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 15.374/2011, do Município de São Paulo, que proíbe o fornecimento de sacolas plásticas pelo comércio fora das situações nela indicadas. (...) Exame da conveniência da proibição que foge do âmbito da atuação judicial. Alegação de ofensa à competência privativa da União e Estados para dispor sobre meio ambiente. Diploma que, no entanto, não instituiu norma jurídica sobre meio ambiente, apenas dispôs sobre prática destinada a preservá-lo, nos limites do interesse local e exatamente como lhe cabia em atenção à disciplina constitucional previamente traçada e a Política de Meio Ambiente. Ação improcedente.

(...)

*Portanto, mostra-se incognoscível alegação de contrariedade a dispositivos infraconstitucionais, assim como **descabida indagação sobre a conveniência e oportunidade na edição da lei daquele teor.***

Isto é, o exame da conveniência da proibição trazida pela lei foge do âmbito da atuação judicial.”

(TJSP, ADI nº 0121480-62.2011.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 01/10/2014 – Doc. 5)

Aliás, nesse mesmo julgamento, este e. Tribunal também consignou a desnecessidade de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) em situação análoga (proibição de fornecimento de sacolas plásticas – Doc. 5):

“A assertiva de que a referida lei havia de ser precedida de estudo de impacto ambiental não tem sentido, já que como se vê no artigo 192 da Constituição do Estado tal se mostra de rigor apenas para o licenciamento “de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais”, o que não é o caso.”

3.4. Ausência de violação ao princípio da legalidade

Não se sustenta minimamente a tese autoral no sentido da inconstitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei guereada, por violação ao princípio da legalidade, em razão da criação de despesas para o Poder Executivo mediante Lei de iniciativa parlamentar, e, ainda, diante da ausência de regulamentação, vez que não há previsão de quais serão os órgãos responsáveis pela fiscalização do cumprimento da Lei, nem da forma como se darão tais procedimentos fiscalizatórios.

Assim dispõem os citados dispositivos:

Art. 5º A infração às disposições desta Lei acarretará as seguintes penalidades:
I - na primeira autuação, advertência e intimação para cessar a irregularidade;
II - na segunda autuação, multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com nova intimação para cessar a irregularidade;
III - na terceira autuação, multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com nova intimação para cessar a irregularidade;
IV - na quarta e na quinta autuações, multa no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com nova intimação para cessar a irregularidade;
V - na sexta autuação, multa no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e fechamento administrativo;
VI - se desrespeitado o fechamento administrativo, será requerida a instauração de inquérito policial, com base no art. 330 do Código Penal, e realizado novo fechamento ou embargo de obra, com auxílio policial, se necessário, e, a critério da fiscalização, poderão ser utilizados meios físicos que criem obstáculos ao acesso, tais como emparedamento, defensas de concreto, tubos de concreto, dentre outros.
§ 1º Em qualquer caso, será garantida a ampla defesa aos acusados da infração, antes da imposição definitiva da multa.
§ 2º A multa de que trata este artigo será atualizada anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, do ano anterior, sendo adotado o índice oficial que o suceder, no caso da extinção deste índice.
§ 3º Subsidiariamente, será aplicado o Código Sanitário do Município de São Paulo, instituído pela Lei Municipal nº 13.725, de 9 de janeiro de 2004.
Art. 6º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Fica evidente, a partir da simples leitura da norma, a gradação e a proporcionalidade das penalidades estatuídas, as quais inclusive privilegiam o caráter educativo da Lei, com a previsão da pena de advertência na primeira autuação.

Manifesto, ademais, caber ao Executivo a fiscalização do cumprimento da Lei pelos municípios, cabendo-lhe, também, editar o decreto regulamentador da norma, caso se faça necessário.

A Lei nº 17.261/2020 é suficientemente clara e completa e, ao mesmo tempo, não ingressa em minúcias que pudessem eventualmente resultar em vício de iniciativa parlamentar, por tratar da estrutura ou da atribuição dos órgãos do Poder Executivo.

Não há que se falar, ademais, em criação de despesas para o Poder Executivo decorrentes única e tão somente de sua atribuição fiscalizatória. Nesse sentido é a jurisprudência deste c. Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.337, de 01 de dezembro de 2014 e, por arrastamento, da Lei nº 7.057, de 05 de junho de 2008, do Município de Jundiá, de iniciativa parlamentar, que “regula o comércio de materiais metálicos recicláveis e revoga a Lei 7.057/08, correlata” – Alegação de afronta ao princípio da separação de Poderes – Inexistência – Iniciativa legislativa comum - Ausente violação da reserva da Administração ou de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – Ausente também invasão de competência privativa da União ou dos Estados - Competência concorrente do Município para legislar sobre a atividade de polícia administrativa para fiscalizar a destinação e comercialização dos materiais recicláveis – Interesse local sobre a matéria - Artigos 30, incisos I e II Constituição Federal – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.”

(TJSP, ADInº 2225106-19.2018.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 28/08/2019) *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal. Implantação do selo ‘amigo do idoso’ destinado a entidades que atendem idosos nas modalidades asilar e não asilar, e empresas parceiras, com ações em benefício da pessoa idosa.*

1. Inexistente vício de iniciativa legislativa. Rol constitucional exaustivo. Art. 24, §2º, CE, aplicável por simetria ao Município. Precedentes do Órgão Especial e STF. Tese nº 917 de Repercussão Geral. Não configurado ato concreto de administração, tampouco ato de planejamento e gerenciamento de serviços públicos municipais. Usurpação de atribuições do Poder Executivo não verificada. A concretização de lei que disponha sobre programa voltado à conscientização e estímulo à proteção do idoso é atividade inerente à atuação da administração. Lícito ao Poder Legislativo Municipal impor ao Executivo o exercício de suas funções. Novos direitos e obrigações que devem ser introduzidos ao ordenamento justa e legitimamente por lei. Suposta ausência da fonte dos recursos financeiros importaria, no máximo, na inexistência do programa no mesmo exercício orçamentário em que promulgada a norma questionada.

(TJSP, ADI nº 2253854-95.2017.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 16.05.2018)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento pacificado em sede de repercussão geral (Tema 917) no sentido da não violação da competência do Poder Executivo por lei de iniciativa parlamentar que não trate de sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos, **ainda que crie despesa para a Administração Pública**. Confira-se:

“Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte.”

(STF, Ag RE 878.911-RJ, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/09/2016).

Cabe citar também os seguintes precedentes, versando novamente sobre a **proibição de distribuição de sacolas plásticas, matéria análoga à dos presentes autos**:

“(...) a Lei Municipal nº 5.026/2010 cuida de estabelecer, no âmbito do Município de Americana, no Estado de São Paulo, a proibição de utilização, pelos estabelecimentos daquela localidade, de embalagens plásticas à base de polietileno ou de derivados de petróleo (art. 1º). Nesse sentido, elenca os materiais que poderão ser utilizados para acondicionamento das mercadorias (art. 2º). Além disso, determina que, em caso de infração ao disposto na lei, sejam aplicadas sanções pecuniárias e, em caso de dupla reincidência, cassação de alvará de funcionamento (art. 5º). Por fim, autoriza o Poder Executivo a realizar campanhas educativas e a regulamentar a lei, “inclusive para definir o órgão responsável pela fiscalização e autuação” (art. 6º).

Sendo assim, o diploma normativo impugnado trata, essencialmente, de política de proteção ao meio ambiente direcionada aos estabelecimentos da localidade que utilizem embalagens. A determinação contida no art. 6º, relativamente à participação do Poder Executivo em tal política, restringe-se à tarefa de, a seu critério, aplicar sanções em caso de descumprimento das obrigações impostas por aquela lei municipal.

Note-se que não foram criados cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou determinado o aumento de sua remuneração, nem mesmo criado, extinto ou modificado órgão administrativo, ou sequer conferida nova atribuição a órgão da administração pública, a exigir iniciativa legislativa

do chefe do Poder Executivo. Em síntese, nenhuma das matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada do chefe do Poder Executivo contidas no art. 61, § 1º, da Constituição foi objeto de positivação na norma.

Portanto, não se verifica a ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade do diploma legislativo por ter emanado de proposição de origem parlamentar, **nem interferência nas atividades próprias do Poder Executivo.**

Registro, outrossim, que a questão relativa à análise da inconstitucionalidade formal foi examinada, na decisão recorrida, à luz do art. 61, § 1º, da Constituição Federal de 1988 e com esteio na pacífica jurisprudência da Corte acerca do tema.

Quanto ao argumento de que a lei em questão, embora de iniciativa parlamentar, teria criado despesa para o Poder Executivo, incorrendo em vício de iniciativa, é da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que nem toda lei que acarrete aumento de despesa para o Poder Executivo é vedada à iniciativa parlamentar. Para que isso ocorra, é necessário que, cumulativamente, a legislação tenha tratado de alguma das matérias constantes do art. 61, § 1º, da Constituição Federal, o que não ocorreu no caso em análise.” (STF, RE 729731 ED-AgR / SP. 2ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06/10/2017 – Doc. 7)

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Direito ambiental. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.977/2009 do Município de Rio Claro/SP que **proíbe a utilização, pelos estabelecimentos daquela localidade, de embalagens plásticas à base de polietileno ou de derivados de petróleo. Lei de iniciativa parlamentar. Ausência de vício formal de iniciativa. Inexistência de aumento de despesa. Proteção do meio ambiente. Matéria de interesse local. Competência municipal. Precedentes.**

1. A lei impugnada não dispõe sobre nenhuma das matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada do chefe do Poder Executivo previstas no art. 61, § 1º, da Constituição Federal.

2. **O diploma impugnado não implica aumento nas despesas do poder público municipal. Ainda que assim não fosse, é da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive reiterada em sede de repercussão geral (ARE nº 878.911/RJ-RG), que nem toda lei que acarrete aumento de despesa para o Poder Executivo é vedada à iniciativa parlamentar.** Para que isso ocorra, é necessário que, cumulativamente, a legislação tenha tratado de alguma das matérias constantes do art. 61, § 1º, da Constituição Federal.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu aos municípios a competência para legislar sobre direito ambiental quando se tratar de assunto de interesse predominantemente local (RE nº 586.224/SP-RG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 8/5/15 – Tema 145).

4. O assunto tratado na lei municipal impugnada constitui matéria de interesse do município, por estar relacionada à gestão dos resíduos sólidos produzidos na localidade, especificamente das sacolas plásticas, conforme consta da exposição

de motivos ao projeto de lei que deu origem ao diploma combatido.

5. Agravo regimental não provido.”

(RE 729726 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/10/2017, DJe de 26/10/2017 – Doc. 10)

4. Da necessidade de revogação da tutela antecipada concedida

Após a denegação pelo então Relator, d. Desembargador Álvaro Passos, do pleito liminar formulado na exordial, dada a ausência do requisito de urgência, uma vez que a Lei nº 17.261/2020 somente entrará em vigor no próximo ano, o Autor apresentou nova petição (fls. 178/190), na qual pugnou pela antecipação de tutela, insistindo na urgência da medida, dessa vez em razão da pandemia do coronavírus, sob o argumento, em síntese, de que os utensílios plásticos descartáveis vetados pela Lei impugnada evitam a proliferação de doenças contagiosas, tais como a COVID-19, sendo inclusive essenciais para o combate ao alastramento do vírus.

Referido pleito foi deferido pelo novo Relator do processo, d. Desembargador Soares Levada, às fls. 201/204, que, em sede de análise preliminar para fins de concessão de antecipação tutelar provisória, entendeu verossímeis as alegações autorais, no sentido da inexistência de interesse predominantemente local, a justificar a competência municipal para legislar sobre o meio ambiente no tocante aos utensílios de plástico, indicando tratar-se de questão nacional e mesmo internacional, sem predominância local a legitimar o ente federativo municipal, em princípio, a dele tratar autonomamente.

Acolheu, outrossim, a alegação de inexistência de Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório, em situação que implicará maior dispêndio de água na cidade de São Paulo, para lavagem dos utensílios reutilizáveis que passarão a ser usados no lugar dos descartáveis.

Apontou, ademais, a grande demanda pelos descartáveis nos serviços de entrega domiciliar dos restaurantes, diante do novo cenário social imposto pela pandemia, acrescentando, então, que *“a questão é dramática, porém, se pensada em termos de hospitais, UBS, prontos atendimentos de saúde e congêneres. Como imaginar que pacientes sejam servidos por meio de copos, pratos ou talheres que necessitam ser meticulosamente lavados, quando se está diante de um quadro de pandemia causada por um vírus de contágio fácil e ainda muito mal compreendido? De letalidade bastante razoável em relação a idosos e que pode muito bem ser agravada pelo uso de talheres mal lavados ou mal higienizados?”*.

Pois bem. A caracterização do peculiar interesse local foi fartamente demonstrada nas presentes Informações, assim como a desnecessidade de elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental no presente caso.

Por outro lado, conforme também aduzido anteriormente, a Lei nº 17.261/2020 do Município de São Paulo **não vedou a produção nem a comercialização de utensílios plásticos de uso único. A restrição à distribuição destes, estabelecida pelo art. 1º do diploma legal, não abrange hospitais, UBSS, prontos atendimentos de saúde e congêneres. Confira-se:**

Art. 1º Fica proibido o fornecimento de copos, pratos, talheres, agitadores para bebidas e varas para balões de plásticos descartáveis aos clientes de hotéis, restaurantes, bares e padarias, entre outros estabelecimentos comerciais. § 1º As disposições desta Lei aplicam-se igualmente aos espaços para festas infantis, clubes noturnos, salões de dança, eventos culturais e esportivos de qualquer espécie.

Fica evidente, portanto, a insubsistência do argumento Autoral no sentido da importância da suspensão dos efeitos da Lei combatida para a prevenção da disseminação da pandemia.

Por outro lado, cumpre registrar-se que os utensílios plásticos de uso único podem tornar-se focos de disseminação do vírus após o descarte, dado que tais produtos são bastante contaminados por gotículas salivares durante o seu uso ordinário. Registre-se, ademais, que o vírus sobrevive por até 3 dias em contato com o plástico³⁸ (já sobre papelão dura no máximo 24h). Ficam, assim, expostos ao risco de contágio todos os milhares de agentes de limpeza e reciclagem do Município (garis, lixeiros, catadores e trabalhadores das usinas de reciclagem, que fazem a separação manual dos resíduos oriundos da coleta seletiva), além de pessoas que eventualmente tenham contato com tais utensílios descartados inadequadamente pelas ruas.

“Depois dos médicos e enfermeiros, os coletores de lixo são os profissionais mais ameaçados pela pandemia de coronavírus.”³⁹”

Por fim, com relação aos serviços de entrega de refeições em domicílio, mesmo após a entrada em vigor da Lei Municipal nº 17.261/2020 restar-lhes-ão disponíveis

38. <https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/coronavirus-sobrevive-por-ate-3-dias-em-superficies-de-plastico/98252>

<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/03/17/coronavirus-sobrevive-por-3-dias-em-caixas-de-papelao-plastico-ou-macaneta.htm>

39. Fonte: <https://noticias.uol.com.br/colunas/balao-do-kotscho/2020/03/22/vidas-ameaçadas-o-exercito-invisivel-dos-lixeiros-e-motoboys.htm>

Confira-se também:

<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/03/22/em-video-lixeiros-falam-de-coronavirus.htm>

https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/03/27/internas_economia,1132949/trabalhadores-enfrentam-coronavirus-garantir-isolamento-brasileiros.shtml

<https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/coronavirus/2020/04/01/NWS,135665,70,1668,NOTICIAS,2190-CORONAVIRUS-DESAFIA-SUSTENTABILIDADE-COM-MAIOR-ACUMULO-LIXO-CASEIRO-HOSPITALAR.aspx>

diversas outras opções de embalagens, copos e talheres descartáveis, menos danosos ao meio ambiente e à saúde humana. Apontem-se, por exemplo, materiais amplamente difundidos e que já eram utilizados mesmo antes do advento do plástico descartável, tais como embalagens de alumínio e talheres de madeira ou bambu. Ao lado destes, cabe citar também as embalagens e copos de papel, alternativa esta, inclusive, adotada no âmbito desta Edilidade:

“O objetivo é reduzir os impactos ambientais causados pelo consumo de quase três milhões de copos por ano.

A iniciativa foi anunciada pelo presidente do Legislativo paulistano, vereador Eduardo Tuma (PSDB), na reunião do Colégio de Líderes, na última terça-feira [12/02/2019]. ‘Assim, com atitudes, menores e maiores, reduzimos o impacto negativo à saúde do paulistano e ao meio ambiente da cidade’, afirmou Tuma⁴⁰”.

A vantagem da substituição é manifesta. Do ponto de vista da saúde humana, tem-se que tais materiais não liberam as mesmas toxinas que o plástico, nem são fontes de microplásticos (confira-se, nesse sentido, o item 3.1 destas Informações). Com relação ao meio ambiente, reitere-se que, enquanto o plástico leva mais de 400 anos para desintegrar-se na natureza (transformando-se em microplásticos, também nefastos), copos, embalagens e talheres descartáveis produzidos em papel ou madeira decompõem-se em cerca de 90 dias⁴¹.

O alumínio, por sua vez, possui índice muito superior de aproveitamento na reciclagem do que o plástico de uso único, devido ao alto valor de mercado da sucata de alumínio, associado ao elevado gasto de energia necessário para produção de alumínio primário. Trata-se de material que pode ser reciclado infinitamente, sem perder suas características, além de consumir apenas 5% da energia elétrica utilizada na produção do alumínio primário, a partir do processo de transformação da bauxita⁴².

“O campeão absoluto da reciclagem no Brasil é o alumínio com 91,5% da matéria prima utilizada na indústria vindo de alumínio reciclado. Os dados de 2008 são do relatório de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável (IDS) do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)⁴³”.

40. Fonte: <http://www.saopaulo.sp.leg.br/blog/camara-de-sao-paulo-abandona-o-uso-de-copos-plasticos/>
Confira-se, ainda: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2019/02/camara-municipal-de-sp-vai-abolir-uso-de-copos-plasticos.shtml>

41. <https://educador.brasilecola.uol.com.br/estrategias-ensino/acompanhando-decomposicao-materiais.htm>

<http://www.ebc.com.br/infantil/ja-sou-grande/2014/05/quanto-tempo-cada-material-leva-para-se-decompor>

<https://www.eecoo.com.br/produto/garfo-descartavel-madeira-16cm/>

42. <https://ciclovivo.com.br/planeta/desenvolvimento/latinha-descartada-60-dias-prateleiras/>

43. <https://www.uol.com.br/tilt/ultimas-noticias/redacao/2010/09/01/aluminio-e-material-mais-reciclado-no-brasil-segundo-dados-do-ibge.htm>

Já o plástico descartável, conforme visto anteriormente, é pouquíssimo aproveitado na reciclagem, também por razões de ordem econômica. É muito mais barato produzir nova matéria prima, a partir do petróleo, do que reciclar. Ademais, o processo de reciclagem consome enormes quantidades de água e energia⁴⁴.

Lembre-se, ainda, que a Lei Paulistana nº 17.261/2020 ressalva, em seu artigo 2º, a possibilidade de fornecimento de descartáveis feitos a partir de material biodegradável ou compostável, já disponíveis no mercado. *“Curiosamente, algumas formas de bioplásticos têm um aspeto e uma sensação muito semelhante ao produto à base de petróleo e, apesar de visualmente indistinguíveis, este tipo de plástico degrada-se sem deixar quaisquer resíduos nocivos⁴⁵”*. São produzidos a partir das mais variadas fontes renováveis⁴⁶, comumente importando aproveitamento de resíduos agroindustriais⁴⁷, e degradam-se em até 6 meses⁴⁸.

O Autor critica o custo desses materiais, que por ora ainda é superior ao dos descartáveis plásticos convencionais. Porém, assim o é unicamente porque o custo ambiental do plástico de uso único não é incluído no seu valor final, em contrariedade ao princípio do poluidor-pagador, consubstanciado no artigo 4º, VII, da Lei 6.938/81.

“Os governos procuram respostas demais na reciclagem, mas deveriam ir até a raiz do problema: embalagens e produtos plásticos desnecessários não devem sequer ser produzidos”, diz Thilo Maack, biólogo marinho que trabalha para o Greenpeace na Alemanha. (...) Na opinião dele, uma medida-chave para controlar o crescente fluxo de lixo plástico seriam instrumentos econômicos que incluem

44. <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/opinio/plastico-x-reciclagem-1.2077429>
<http://www.cisbra.eco.br/content/copo-pl%C3%A1stico-%E2%80%93-fa%C3%A7a-sua-escolha>
https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/08/19/interna_cidadesdf,700825/substituicao-de-itens-descartaveis-no-df.shtml

http://www.esalq.usp.br/acom/clipping/arquivos/11-02_o_barato_sai_caro_olharDireto.pdf

45. <https://www.pucsp.br/sites/default/files/download/bisus2018-vol2-plasticos-biodegradaveis.pdf>

46. <http://conexaoplaneta.com.br/blog/startup-cria-pratos-descartaveis-e-biodegradaveis-com-folhas-de-arvores/>

<https://ciclovivo.com.br/planeta/desenvolvimento/embalagens-biodegradaveis-de-banana/>

<https://ciclovivo.com.br/planeta/desenvolvimento/biocanudo-canudo-biodegradavel/>

<https://ciclovivo.com.br/inovacao/negocios/empresa-brasileira-talheres-de-bambu/>

<https://thegreenestpost.com/de-adeus-aos-talheres-descartaveis-convencionais-2/>

<https://thegreenestpost.com/garrafa-comestivel-vegana-pode-substituir-modelos-descartaveis/>

<https://thegreenestpost.com/copo-comestivel-pode-substituir-descartaveis/>

<https://thegreenestpost.com/nada-de-descartaveis-indiano-cria-talheres-comestiveis-para-evitar-producao-de-lixo/>

<http://quimicadashotoko.blogspot.com/2015/09/copo-descartavel-base-de-amido-de-milho.html>

47. <https://vegmag.com.br/blogs/meio-ambiente/caixinhas-feitas-a-partir-de-bagaco-de-cana-e-sacolinhas-a-base-de-mandioca-sim-ja-existe>

<https://thegreenestpost.com/nada-de-usar-descartaveis-mexico-produz-talheres-e-canudos-biodegradaveis-com-caroco-de-abacate/>

<https://ciclovivo.com.br/inovacao/negocios/empresa-cria-solucao-biodegradavel-para-pratos-e-talheres-descartaveis/>

<https://ciclovivo.com.br/inovacao/negocios/caroco-de-abacate-vira-talher-biodegradavel-no-mexico/>

48. http://www.inp.org.br/pt/informe-se_PlasticoBio.asp

os custos ambientais no preço final. ‘Se esses custos forem inseridos no preço final de produtos plásticos desde o início, (...) alternativas mais ecológicas [como embalagens biodegradáveis] se tornariam mais baratas em comparação’, afirma o biólogo⁴⁹’.

Ademais, é razoável inferir-se que a maior demanda por tais produtos, decorrente da restrição na distribuição dos descartáveis plásticos convencionais estabelecida pela Lei guereada, implicará maior popularização, com a consequente queda no preço.

Além disso, outras ações poderão ser adotadas pelos restaurantes e estabelecimentos congêneres, visando a redução dos custos e do lixo gerado, tais como concessão de descontos a clientes que dispensarem o talher descartável, adotando novas práticas plenamente viáveis para a maioria dos cidadãos e muito mais sustentáveis, como terem seus próprios talheres reutilizáveis disponíveis consigo.

“A organização Ocean Conservancy relaciona os talheres como os objetos ‘mais letais’ para tartarugas marinhas, aves e mamíferos, além disso, a adoção de alternativas se revelou particularmente difícil, embora não seja impossível.

Uma solução lógica é levar seus próprios talheres, mas é provável que você atraia alguns olhares. Por séculos, entretanto, era falta de etiqueta não levar seus talheres.

‘Era costume andar com um pequeno estojo de transporte com sua própria faca e colher’, afirma Sarah Coffin, curadora da exposição Feeding Desire: Design and the Tools of the Table, 1500-2005 (‘Alimentando o Desejo: Design e Utensílios de Mesa de 1500 a 2005’, em tradução livre) de 2006, realizada no museu do design Cooper Hewitt em Nova York.

Transportar os próprios utensílios para alimentação não era apenas uma necessidade logística — já que nenhum talher era fornecido normalmente — mas também ajudava a evitar doenças. ‘Se você traz os próprios talheres, não precisa se preocupar com os germes dos outros em sua sopa’, explica Coffin. Os utensílios trazidos ainda eram uma espécie de símbolo de status, ‘semelhante a um relógio de bolso, de certa forma’, prossegue ela.⁵⁰”

Ressalte-se, ainda, que, segundo o Presidente da Seção Paulista da Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel), o impacto econômico da substituição dos descartáveis plásticos não será significativo (Doc. 16)⁵¹:

“Presidente da seção paulista da Associação Brasileira de Bares e Restaurantes

49. <https://g1.globo.com/natureza/noticia/uso-desenfreado-de-plastico-ameaca-oceanos-e-saude-humana.ghtml>

50. <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2019/07/por-que-transportar-seu-proprio-garfo-e-colher-ajudaria-amenizar-crise-do>

51. <https://noticias.r7.com/sao-paulo/camara-municipal-de-sp-aprova-veto-a-copo-de-plastico-em-bar-08112019>

(Abrasel), Percival Maricato elogia a proposta. “Trata-se de um esforço válido pelo meio ambiente. O impacto econômico será muito baixo. Não será significativo. Além disso, a lei prevê um prazo razoável de adaptação, até 2021. Vai permitir que bares e restaurantes terminem com seus estoques e façam as adequações necessárias”, afirma. (...) Mesmo sem a proibição, alguns estabelecimentos da cidade já aboliram o plástico.”

Cabe reiterar, ainda, que a restrição estabelecida pela Lei nº 17.261/2020 do Município resulta do exercício de escolhas legítimas do legislador paulistano, adequadamente amparadas nos interesses da proteção do meio ambiente e do controle da poluição, e da proteção e defesa da saúde, nos limites do Município de São Paulo.

Some-se ao quanto exposto o fato de, *in casu*, o *periculum in mora* ser reverso. Em razão da concessão da antecipação de tutela ainda durante o período de *vacatio legis*, criam-se incertezas no mercado acerca do cenário futuro, em prejuízo do planejamento adequado da atividade empresarial de restaurantes, espaços de festas e estabelecimentos congêneres. Ademais, a tutela concedida interfere na eficaz proteção do meio ambiente e no controle da poluição, nos limites do Município de São Paulo, em desarmonia, destarte, com a previsão inscrita no art. 225 da Constituição Federal, que, ao consagrar a proteção do meio ambiente, determina que a preocupação central da tutela jurídica é com a prevenção ou a máxima mitigação de quaisquer danos ambientais.

Assim, em face de todo o exposto, de rigor a revogação da antecipação de tutela concedida, reestabelecendo-se a expectativa de vigência e eficácia da Lei nº 17.261/2020 após o período de vacância idealizado pelo legislador municipal.

5. Pedido

Pelo exposto, requer seja julgada EXTINTA a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos dos artigos 17 e 485, IV, do Código de Processo Civil, sob pena de violação aos artigos 90, V, da Constituição Estadual de São Paulo, 8º, I e II, e 103, IX, da Constituição Federal, e 537 da CLT, bem como à Súmula 677 do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, caso assim não se entenda, requer, no mérito, seja julgada IMPROCEDENTE a presente demanda, mantendo-se incólume a Lei Municipal nº 17.261/2020, vez que em estrita consonância com o sistema jurídico, notadamente com o regramento inscrito nos os artigos 23, inciso VI, 24, inciso VI, 30, incisos I e II, 170, VI, 196, e 225 da Constituição Federal, artigo 191 da Constituição do Estado de São Paulo, artigos 180 e seguintes da Lei Orgânica do Município de São Paulo, Lei Federal nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e Lei Estadual nº 12.300/2006 (Política Estadual de Resíduos Sólidos), revogando-se, ademais, a antecipação de tutela concedida.

Requer, outrossim, sejam expressamente enfrentados os dispositivos suscitados, para fim de prequestionamento.

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. Ofício expedido por V. Exa.

São Paulo, 20 de abril de 2020.

Eduardo Tuma
Presidente

Fernanda de Pieri Mielli Franco Lima
Procuradora Legislativa – Judicial
RF 11.483 - OAB/SP n. 287.482

José Luiz Levy
Procurador Legislativo Supervisor – Judicial
RF 11.012 - OAB/SP 67.816

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe
RF 11.043 - OAB/SP n. 106.017

Desfecho da demanda: o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 26 de agosto de 2020, julgou improcedente a Ação, votação unânime, conforme Acórdão assim ementado:

“ADIn. Ambiental. Lei Municipal nº 17.261, de 13 de janeiro de 2020, que veda o fornecimento de produtos de plástico de uso único em estabelecimentos que enumera. Pedido da ABIMAQ de admissão como “amicus curiae”; inadmissibilidade, pela defesa de interesses próprios. Legitimidade ativa do autor reconhecida (CEstadual, 90, V). Registro sindical provado. No mérito, competência concorrente ao município para legislar sobre normas protetivas ao meio ambiente. CFederal, art. 30, I e II. CEstadual, art. 191. Tema 145 do E. STF, em sede de Repercussão Geral. Desnecessidade de prévio Estudo de Impacto Ambiental e seu relatório (EIA/RIMA), por ausência de potencial degradação ao meio ambiente (CEstadual, 192, § 2º). Lei Municipal, ao invés, que amplia a proteção ambiental no âmbito do município de São Paulo. Ausência de criação de encargos ou despesas ao Executivo. Ação improcedente.”

Procuradora Chefe da Câmara Municipal de São Paulo

Maria Nazaré Lins Barbosa

Procuradores

Ana Helena Pacheco Savoia

Ana Paula Sabadin dos Santos Talaveira Medina

Andrea Rascovski Ickowicz

Anna Carolina Torres Aguilar Cortez

Antonio Russo Filho

Breno Gandelman

Camila Moraes Cajaíba Garcez Marins

Carlos Benedito Vieira Micelli

Carlos Eduardo de Araujo

Christiana Samara Chebib Lienert

Cíntia Laís Corrêa Brosso

Cintia Talarico da Cruz Carrer

Conceição Faria da Silva

Danielle Piacentini Stivanin

Djenane Ferreira Cardoso

Erica Correa Bartalini de Araújo

Fernanda de Pieri Mielli Franco de Lima

Ieda Maria Ferreira Pires

José Luiz Levy

Juliana Tongu Reinhold

Juliana Trindade von Teschenhausen Eberlin

Karen Lima Vieira

Lilian Vargas Pereira Poças

Luciana de Fatima da Silva

Luiz Jose Tegami

Manoel Jose Anido Filho
Mario Sergio Maschietto
Raimundo Batista
Renato Takashi Igarashi
Ricardo Teixeira da Silva
Rogerio Justamante De Sordi
Simona Mary Pereira de Almeida

Servidores de suporte técnico e administrativo

Alessandra Labaki
Bruno Lucchetta
Carlos Roberto Andrade
Livia Salomão Nogueira
Nelson Minoru Horie
Paulo Henrique da Silva Lopes
Sandro Borges
Yoshie Kamei Tawada

Estagiários

Diego Lino Maciel Joaquim
Franciele dos Santos Sena
João Vitor Scaranti Navarro
José Carlos da Silva
Julia Medeiros Bruno Lourençato
Maina Barbosa Dias
Romulo Paulino Maia
Sandra Souza Álvares
Thallyta Juliane de Moura Dias Lopes
Vitor Augusto Martins Oliveira



CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO

Viaduto Jacareí, 100 - Bela Vista - São Paulo - SP
www.saopaulo.sp.leg.br



**CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO**