



# BO

# LE

## PGE-SP

VOLUME 45 | NÚMERO 3  
MAIO/JUNHO 2021

# TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2237-4515





BO

PGE-SP

VOLUME 45 | NÚMERO 3  
MAIO/JUNHO 2021

LE

TIM

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

# EXPEDIENTE

---

## PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

### PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Maria Lia P. Porto Corona

### PROCURADORA-GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Claudia Polto da Cunha

### PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Patricia de Oliveira Garcia Alves

### SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA-GERAL

Eugenia Cristina Cleto Marolla

### SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

#### DA ÁREA DO CONTENCIOSO-GERAL

Frederico José Fernandes de Athayde

### SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

#### DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

João Carlos Pietropaolo

### CORREGEDOR-GERAL

Adalberto Robert Alves

### OUIDORIA

Regina Maria Sartori

## CONSELHO DA PGE

Maria Lia P. Porto Corona (Presidente), Adalberto Robert Alves, Bruno Maciel dos Santos, Eugenia Cristina Cleto Marolla, Frederico José Fernandes de Athayde, João Carlos Pietropaolo, Marcio Martins Muniz Rodrigues, Augusto Rodrigues Porciuncula, Vinícius Lima de Castro, Alexandre Ferrari Vidotti, Paola de Almeida Prado, Levi de Mello, Cintia Byczkowski, Vanderlei Ferreira de Lima

## CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

### PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Bruno Maciel dos Santos

## ASSESSORIA

Joyce Sayuri Saito e Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

## COMISSÃO EDITORIAL

### PRESIDÊNCIA

Bruno Maciel dos Santos

### SECRETÁRIA-EXECUTIVA

Joyce Sayuri Saito

## MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Américo Andrade Pinho, Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Luis Cláudio Ferreira Cantanhede, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, Telma de Freitas Fontes, Thamy Kawai Marcos e Thiago Oliveira de Matos

## REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar - CEP 01405-100 - São Paulo - SP - Brasil - Tel.: (11) 3286-7005  
Homepage: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)

E-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto:divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br)

## PROJETO, PRODUÇÃO GRÁFICA E IMPRESSÃO

**Procuradora do Estado responsável:** Joyce Sayuri Saito

**Equipe:** Juliana Aguilera do Nascimento Silva e Andreucci de Oliveira B. Figueiredo

**Créditos:** Dandara Colins Carvalho Dias (posts do Instagram - Principais Notícias) e Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira (posts do Instagram - Cursos e Eventos do Centro de Estudos e ESPGE)

**Tiragem:** Boletim eletrônico

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

# SUMÁRIO

---

• Apresentação .....	8
• Cursos e Eventos .....	10
• Principais Notícias .....	20
• Procuradoria Administrativa	

PROCURADOR DO ESTADO. MANIFESTAÇÕES EM REDES SOCIAIS. INFRAÇÃO FUNCIONAL CORRESPONDENTE AO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PROCEDER NA VIDA PÚBLICA E PRIVADA DE MODO A DIGNIFICAR A FUNÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 121, III, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N° 1.270/2015. Interpretação do dispositivo legal conforme à Constituição, à luz das normas que asseguram direitos fundamentais. Artigo 5º, X, que consagra os direitos à intimidade e à vida privada. Entendimento sufragado pelo STF no sentido de que o vínculo funcional com a Administração Pública enseja redução, ainda que diminuta, na esfera de privacidade dos indivíduos. Constitucionalidade da previsão do tipo infracional correspondente ao descumprimento do dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, que tem por escopo assegurar o prestígio da Administração perante os administrados. Subsunção de conduta particular de servidor a esse tipo infracional cuja legitimidade depende da constatação da existência de reflexo relevante do ato privado sobre a dignidade da função pública. Precedentes: Pareceres PA-3 n° 47/1992, 150/1993, 50/1998, 29/2000, 189/2000 e Pareceres PA n° 185/2003 e 76/2006. Publicações em redes sociais que, em tese, podem dar azo a processo administrativo disciplinar vocacionado a apurar infração a esse dever funcional. Direito à livre manifestação do pensamento, previsto no artigo 5º, IV, da Constituição, que, apesar de gozar de certa prevalência, não se reveste de caráter absoluto, encontrando balizas em outras normas constitucionais. Direito fundamental à igualdade e vedação às condutas discriminatórias. Distinção entre as posições impopulares, inseridas no espectro do direito à livre manifestação do pensamento, e o discurso de ódio. Orientação pacífica no sentido de que o direito à livre manifestação de pensamento não confere legitimidade aos discursos de ódio. Jurisprudência do STF que, em homenagem aos artigos 1º, III e V, 3º, I e IV e 5º, XLI e XLII, da Constituição, considera crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei n° 7.716/1989, o discurso de ódio caracterizador de antissemitismo, discriminação religiosa e homotransfobia. Diante da possível caracterização de discurso de ódio em publicação veiculada por Procurador

do Estado em suas redes sociais, caberá apuração da conduta no âmbito disciplinar. Ainda que não se vislumbre a caracterização de crime de racismo em certos discursos discriminatórios, essa conduta, quando praticada por servidores públicos, poderá, em tese, configurar procedimento irregular de natureza grave. Precedentes: Pareceres PA nº 201/2007 e 55/2009. COMPETÊNCIA PARA APURAR CONDUTA IRREGULAR DOS PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. Artigos 17, VII e 141, § 2º, da Lei Complementar nº 1.270/2015, que conferem à Corregedoria competência para realizar, com exclusividade, procedimentos disciplinares em face de integrantes da carreira de Procurador do Estado. Regra geral aplicável ao Corregedor-Geral Adjunto e aos Corregedores Auxiliares, mas não ao Procurador do Estado Corregedor-Geral, que é nomeado pelo Governador do Estado para exercer mandato de dois anos. Artigos 7º, VII, 15, XXVII, e 16, § 2º, do mesmo diploma, que estabelecem regime jurídico específico para responsabilização do Corregedor-Geral, enquanto ocupante do cargo em comissão. Procedimento de destituição levado a efeito no âmbito do Conselho da Procuradoria-Geral do Estado, cuja decisão final incumbe ao Governador. Concretizada a destituição, os mesmos fatos que a ensejaram poderão fundamentar instauração de procedimento administrativo disciplinar em face do ex-Corregedor-Geral, no âmbito da Corregedoria, para aplicação das penalidades funcionais que eventualmente incidam sobre ele enquanto titular do cargo efetivo de Procurador do Estado. Precedentes: Parecer PA nº 47/2005 ..... 27

#### • **Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Educação**

SIGILO. Proteção de dados pessoais. Questionamentos formulados pela Administração a respeito da disciplina prevista na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei federal nº 13.709/2018. Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Tratamento de dados pessoais sensíveis. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Observações e recomendações ..... 106

#### • **Consultoria Jurídica da Secretaria de Logística e Transportes**

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. AUTARQUIA. Consulta formulada pelo d. Procurador de Autarquia Chefe do Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo (“DAESP”) a respeito dos efeitos produzidos pela Lei estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, sobre a personalidade jurídica da referida entidade descentralizada. Análise da consulta à luz do disposto na Constituição da República de 1988, em especial o previsto no art. 37, XIX, do texto constitucional, bem como do encetado na própria Lei estadual nº 17.293/2020. Conclusão no sentido de que, enquanto não ultimado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias – eventualmente prorrogado, até duas vezes, por igual período, pelo Poder Executivo – constante do §1º do art. 2º da Lei estadual nº 17.293/2020 ou declarada antecipadamente a extinção do DAESP pelo Poder Executivo, em sede

de Decreto estadual, remanescerá existente a personalidade jurídica da indigitada autarquia estadual. Proposta de retorno dos autos à origem com recomendações e apontamentos acerca das providências político-administrativas pertinentes à desmobilização do DAESP ..... 160

• **Doutrina**

O papel do orçamento público na concretização de políticas públicas .....181

A reforma tributária proposta pela PEC nº 45/2019 e os eventuais impactos na advocacia pública ..... 193

# APRESENTAÇÃO

Para esse volume do boletim, foram selecionados 3 pareceres jurídicos oriundos da Procuradoria Administrativa, da Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação e da Consultoria Jurídica da Secretaria de Logística e Transportes.

O primeiro traz à tona, entre outros aspectos, o atual e importante tema das redes sociais, traçando os limites do Direito à livre manifestação do pensamento que, embora princípio basilar, previsto no artigo 5º, IV, da Constituição Federal, não se reveste de caráter absoluto e, desta forma, não confere legitimidade a discursos de ódio que caracterizem antisemitismo, discriminação religiosa e/ou homotransfobia. Assim, conforme o opinativo, diante da possível caracterização de discurso de ódio em publicação veiculada por procurador do estado por meio de redes sociais, caberá apuração da conduta no âmbito disciplinar, podendo, em tese, configurar ainda procedimento irregular de natureza grave.

O parecer CJ/SE nº 50/2021, por sua vez, enfrenta matéria relativa à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), mais especificamente em relação aos dados de crianças e adolescentes. Se por um lado a proteção é necessária, ante a vulnerabilidade dos titulares, por outro, a proteção de dados, ainda que envolva menores, não pode impedir ou paralisar a atuação estatal, como no caso de execução de políticas públicas, de competências legais ou atribuições legais do serviço público, proteção da vida, tutela da saúde, entre outros. Desta forma, o opinativo concluiu que não se pode falar em autorização ampla e irrestrita para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes sem consentimento, devendo ocorrer a cuidadosa análise da hipótese fática e a apresentação das justificativas pertinentes pela Administração, com posterior submissão do caso concreto ao órgão consultivo jurídico para análise específica.

O terceiro opinativo, trata de extinção de autarquia (DAESP) pelo Poder Executivo, tendo sido emitida orientação jurídica quanto às providências necessárias à desmobilização da entidade descentralizada. Em síntese, concluiu que, enquanto não materializado o termo final do prazo suspensivo de 180 dias, o qual pode ser prorrogado por até duas vezes por igual período pelo Poder Executivo, mediante a edição de Decreto estadual, ou declarada a sua extinção antes da expiração do referido prazo, considera-se existente a entidade descentralizada, podendo, dessa forma,

receber, por exemplo, citações e assumir novos compromissos a garantir a operação dos aeroportos por ela administrados.

No mais, enriquecem o boletim dois artigos doutrinários de autoria de procuradores do estado. Um deles trata do papel do orçamento público dentro do contexto do neoconstitucionalismo e da necessidade de implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o autor discorreu sobre o essencial papel do orçamento na eleição de políticas públicas, na gestão e proteção dessas políticas, já que é instrumento racionalizador entre as disponibilidades financeiras e necessidades constitucionais.

Por fim, o último artigo analisa de forma crítica a Proposta de Emenda à Constituição n° 45/2019, que cria o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), tributo abrangente e de caráter nacional, em substituição ao imposto sobre produtos industrializados (IPI), imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins) e a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS).

Como todos os trabalhos publicados pelo Centro de Estudos, são pareceres e artigos jurídicos de excelência, selecionados pela Comissão Editorial de forma criteriosa ou indicados pelas Subprocuradorias de cada área como relevantes para publicação.

Desejo a todos uma boa leitura!

**BRUNO MACIEL DOS SANTOS**

Procurador do Estado Chefe Centro de Estudos - ESPGE

**JOYCE SAYURI SAITO**

Procuradora do Estado Assessora

**MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA**

Procuradora do Estado Assistente

# CURSOS E EVENTOS

**Ciclo de debates sobre a Nova Lei de Licitações**

## **OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COM A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: ALGO MUDOU?**



**Palestrante:  
Vera Monteiro**

**Debatedora:  
Diana Loureiro de Castro**



**04/05  
10h**

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



31 curtidas

**ce\_pge\_sp**  Na próxima terça feira em continuidade do Ciclo de Debates sobre a Nova Lei de Licitações receberemos a Profa. Vera Monteiro.

Em discussão as alterações trazidas na disciplina dos contratos. O que realmente foi alterado? Quais os impactos do novo marco legal nas contratações públicas?

O debate será conduzido pela Procuradora do Estado de SP Diana Loureiro de Castro.

Participe e se atualize!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#nllc](#)

28 de abril · [Ver tradução](#)



**ce\_pge\_sp** Na próxima semana terá início o Programa de Desenvolvimento de Lideranças da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo organizado pelo CE em parceria com a Coordenadoria de Administração.

Nessa primeira etapa os Procuradores (as) e Servidores (as) que lideram participarão de dois encontros voltados para discussão sobre Papel da Liderança e Delegação e Comunicação e Feedback.

Os encontros serão capitaneados pela Profa. Tâmara Andrade que faz parte da [@vetorbrasil](#).

Desejamos aos participantes um ótimo trabalho!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#liderancanosetorpublico](#)

Ver 1 comentário

3 de maio · [Ver tradução](#)

Logo of Centro de Estudos e Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado (CEPGE) in the top left corner.

Núcleo de Estratégias de Litigância

# Jurimetria

## Origem, conceito, objetivos e experiências da ABJ

Data: 01/06 /2021 (Terça-feira)  
Horário: 09h

Marcelo Guedes Nunes  
Palestrante



ce\_pge\_sp 📍 Na próxima semana ocorrerá a primeira Reunião Aberta do Núcleo de Litigância Estratégica do CE!

Esse ano os integrantes do Núcleo estudarão temas relativos à jurimetria, ciência de dados e medidas que podem ser implementadas na PGE/SP.

Nesse primeiro encontro, dia 01/06, receberemos o Presidente da ABJ, Marcelo Guedes Nunes, para apresentar a sua experiência com o tema.

Evento aberto aos Procuradores do Estado.

Participe!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#jurimetria](#)

25 de maio · [Ver tradução](#)

**II Ciclo de debates sobre a Nova Lei de Licitações**

# **A NLLC e o direito privado nos contratos administrativos**



**Palestrante:  
Anderson Schreiber**

(Procurador do Estado do RJ, Professor Titular de  
Direito Civil da UERJ)

Debatedor:  
Valter Farid (PGE/SP)



**10/06**

**10h**

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



[ce\\_pge\\_sp](#) Nessa semana terá início o II Ciclo de Debates sobre a NLCC!

No primeiro encontro receberemos o Procurador do Estado do RJ e Professor da UERJ, Anderson Schreiber, para tratar da interface entre a nova lei e o direito privado nos contratos administrativos!

O debate será mediado pelo Procurador do Estado de SP, Valter Farid.

Participem!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#nllc](#) [#direitoprivado](#)

Ver todos os 3 comentários

7 de junho · [Ver tradução](#)

## Aulas Abertas ESPGE



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



### Papel político do Poder Judiciário

**Prof. Carlos Blanco de Morais**  
(Univ. Lisboa)

### Jurisdição constitucional

**Prof. André Ramos Tavares**  
(Direito USP)



**11/06**

**Microsoft-TEAMS**



ce\_pge\_sp 🎓 📍 Na próxima sexta-feira os alunos da especialização em Direito do Estado receberão o Prof. Carlos Blanco de Morais para discutir o Papel Político do Poder Judiciário.

Em seguida, o Prof. André Ramos Tavares tratará das funções da Jurisdição Constitucional.

As aulas estão abertas à participação de Procuradores do Estado.

Assista e prestigie!

[#pgesp](#) [#espge](#) [#direitoconstitucional](#) [#direitodoestado](#)

8 de junho · [Ver tradução](#)

NÚCLEO DE ESTRATÉGIAS DE LITIGÂNCIA

# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E INOVAÇÃO JURÍDICA



ANA CATARINA DE ALENCAR  
Palestrante

Data: 14/06 /2021  
(segunda-feira)

Horário: 17h



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce\_pge\_sp 📍 Na próxima semana será realizada mais uma Reunião Aberta do Núcleo de Pesquisas Empíricas e Estratégicas de Litigância do Centro de Estudos.

A Profa. Ana Catarina de Alencar tratará do impacto da Inteligência Artificial na Inovação Jurídica e debaterá com os membros do Núcleo as implicações e benefícios na sistematização de dados.

O evento está aberto aos Procuradores do Estado interessados.

#pgesp #cepge #inteligenciaartificial #inovaçãojuridica

9 de junho · Ver tradução

**II Ciclo de debates sobre a Nova Lei de Licitações**  
**A NLLC e as contratações de obras e serviços de engenharia**



**Palestrante:**  
**Min. Benjamin Zymler**

(Ministro do TCU. Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília)

Debatedora:

Thamy Kawai (PGE/SP)



**17/06**

**10h**

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



**ce\_pge\_sp** Na próxima quinta feira receberemos o Ministro Benjamin Zymler dentro do II Ciclo de Debates sobre a NLLC do Centro de Estudos!

Na pauta: contratações de obras e serviços de engenharia.

O que mudou com a nova lei? Qual poderá o ser o posicionamento do TCU?

Esses e outros temas serão debatidos com a participação da Procuradora do Estado de SP Thamy Kawai.

**#pgesp #cepge #nllc #contratosdeobra #direitoadministrativo #tcu**

15 de junho · **Ver tradução**

**A CDESP e o papel do  
Comitê Gestor de Governança  
de Dados e Informações**

**Palestrantes:  
Alessandra Obara  
Camila Viana**  
Debatedora: Amanda Bezerra

**23/06  
11h**

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce\_pge\_sp Na próxima quarta feira será realizada a palestra "Central de Dados do Estado de São Paulo - CDESP e o papel do Comitê Gestor de Governança de Dados e Informações" que abordará a aplicação do Decreto n.º 64.790/2020 no Estado.

As Procuradoras do Estado Alessandra Obara e Camila Viana - que participam do Comitê de Governança - apresentarão o trabalho realizado e a sua importância e a Procuradora do Estado Amanda Bezerra atuará como debatedora.

Evento aberto aos Procuradores do Estado de Sp.

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#lcpd](#) [#segurançadedados](#)

21 de junho · [Ver tradução](#)

## II Ciclo de debates sobre a Nova Lei de Licitações

# A aplicação da NLLC aos contratos de concessão



**Palestrante:**  
**Angélica Petian**

(Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo e advogada)

Debatedor:

Guilherme Martins Pellegrini (PGE/SP)



**24/06**

**10h**

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



**ce\_pge\_sp** Na próxima semana receberemos a Professora Angélica Petian para tratar da interface entre a NLLC e os contratos de concessão.

A palestra faz parte do II Ciclo sobre a Nova Lei de Licitações do CE que tem como temas a relação do novo marco legal com determinadas áreas do direito.

O debate será conduzido pelo Procurador do Estado Guilherme Pellegrini.

[#cepge](#) [#pgesp](#) [#nllc](#) [#concessão](#)

22 de junho · [Ver tradução](#)

Núcleo de Estratégias de Litigância

**TRANSFORMAÇÃO DO  
DIREITO  
PELA TECNOLOGIA:  
PRODUTOS E CATEGORIAS  
DE SERVIÇOS DISPONÍVEIS  
E SEU PROCESSO DE  
ESCOLHA**

Daniel Marques Diretor-Executivo da  
Associação Brasileira de Lawtechs e  
Legaltechs (AB2L)  
Palestrante

Data: 29/06 /2021 (Terça-feira)  
Horário: 17h

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA GERAL DO SP



ce\_pge\_sp Na próxima semana o Centro de Estudos receberá o Professor Daniel Marques para a palestra "Transformação do Direito pela Tecnologia: produtos e categorias de serviços disponíveis e seu processo de escolha".

O evento faz parte das atividades do Núcleo de Estudos e Pesquisas Empíricas e estratégias de litigância do Centro de Estudos que neste ano debaterá jurimetria, ciência de dados e IA aplicado ao Direito.

[#cepge](#) [#pgesp](#) [#jurimetria](#)

23 de junho · Ver tradução

# PRINCIPAIS NOTÍCIAS



118 curtidas

pgespficial Hoje foi lançada a obra coletiva "A experiência dos Estados no Enfrentamento da Pandemia da Covid-19", que conta com artigo da Procuradora Geral do Estado, Lia Porto Corona, e da Procuradora do Estado Assessora, Camila Pintarelli. 🇺🇵

A solenidade virtual de lançamento foi aberta pelo Presidente do STJ, Ministro Humberto Martins e pelo Coordenador do Fórum de Governadores, o Governador do Estado do Piauí Wellington Dias, sendo prestigiada por diversas autoridades.

Trata-se de valiosa obra que ilustra os desafios e as superações enfrentadas pelos Estados, em especial nos primeiros meses da pandemia no ano de 2020.

[Ver todos os 6 comentários](#)



41 curtidas

**pgespficial** O contribuinte do Estado de São Paulo tem mais uma opção para pagamento de seus débitos inscritos em dívida ativa e protestados. A possibilidade é fruto de convênio entre a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) e o Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil – Seção São Paulo (IEPTB-SP). Ao todo, são cerca de seis milhões de débitos (dívidas), no montante de aproximadamente R\$ 80 bilhões, que podem ser pagos no Cartório de Protesto.

A partir deste maio de 2021, além do site [www.dividaativa.pge.sp.gov.br](http://www.dividaativa.pge.sp.gov.br), o contribuinte poderá também acessar o site [www.protestos.com.br](http://www.protestos.com.br) para emitir guias de recolhimento de seu débitos protestados.

# Atuação da PGE

**PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO  
OBTÉM MEDIDA  
LIMINAR APÓS  
PROPOR AÇÕES CIVIS  
PÚBLICAS PARA  
ASSEGURAR DIREITO  
À INFORMAÇÃO DE  
CONSUMIDORES  
DE PLANOS  
DE SAÚDE  
COLETIVOS**



  
PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO    @pgespficial

 Para obter informações e recursos sobre a COVID-19, acesse a COVID-19: Central de Informações. 



115 curtidas

pgespficial A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, representando a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-SP), ingressou com duas ações civis públicas para assegurar direito à informação de consumidores de planos de saúde coletivos em combate ao excesso de reajustes anuais.

**Atuação da PGE**

**TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA:  
PGE INICIA PROGRAMA QUE  
PREVÊ DESCONTOS DE JUROS  
E MULTAS DE IPVA E ICMS**

PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO  
@pgespficial



**pgespficial** O Estado de São Paulo, por meio de sua Procuradoria Geral do Estado, abriu programa de transação tributária para empresas dos setores de comércio varejista, bares e restaurantes, bem como para aquelas classificadas como microempresa e empresa de pequeno porte.

O programa possibilitará o parcelamento em até 60 meses de débitos de ICMS do ano de 2020 inscritos em dívida ativa, contando com desconto exclusivo de até 40% em juros e multas.

Os contribuintes pessoa física de IPVA também terão condições diferenciadas para pagamento e parcelamento dos débitos inscritos em dívida ativa dos anos de 2017 a 2020.



43 curtidas

**pgespoficial** O governador João Doria anunciou, nesta quarta-feira (9), o programa que prevê descontos em juros e multas de ICMS e IPVA. A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) deu início neste mês de junho à transação tributária, que viabiliza a liquidação e parcelamento de débitos inscritos na dívida ativa. Esta iniciativa faz parte das ações do Estado para a recuperação financeira em meio à pandemia e tem valor total aproximado de R\$ 4,5 bilhões. O programa beneficia 27 mil contribuintes do ICMS.

As empresas dos setores de comércio varejista, bares e restaurantes, bem como aquelas classificadas como microempresa e empresa de pequeno porte são beneficiadas. O programa possibilita parcelamento em até 60 meses de débitos de ICMS do ano de 2020 inscritos em dívida ativa, contando com desconto exclusivo de até 40% em juros e multas. Para ICMS, o programa iniciou em 1º de junho.



76 curtidas

**pgespoficial** Durante a coletiva de imprensa desta quarta-feira (11), o Programa Débito Parcelado foi lançado pelo governador João Dória e vai beneficiar mais 1,4 milhão de contribuintes de IPVA, inscritos em dívida ativa.

Para IPVA, o programa iniciará em 15 de junho e conta com até 40% de descontos e multas.

Vale ressaltar que, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) deu início neste mês de junho à transação tributária, oferecendo a liquidação e parcelamento de débitos inscritos na dívida ativa. Esta iniciativa faz parte das ações do Estado para a recuperação financeira em meio à pandemia e tem valor total aproximado de R\$ 4,5 bilhões.



1.902 visualizações

ppgespficial 🥳 Parabéns Procuradoria Geral do Estado de São Paulo! · São 74 anos de compromisso com a advocacia pública estadual!

[Ver todos os 33 comentários](#)

27 de junho · [Ver tradução](#)

## PARECER PA Nº 3/2021

PROCURADOR DO ESTADO. MANIFESTAÇÕES EM REDES SOCIAIS. INFRAÇÃO FUNCIONAL CORRESPONDENTE AO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PROCEDER NA VIDA PÚBLICA E PRIVADA DE MODO A DIGNIFICAR A FUNÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 121, III, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.270/2015. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL CONFORME À CONSTITUIÇÃO, À LUZ DAS NORMAS QUE ASSEGURAM DIREITOS FUNDAMENTAIS. ARTIGO 5º, X, QUE CONSAGRA OS DIREITOS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELO STF NO SENTIDO DE QUE O VÍNCULO FUNCIONAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENSEJA REDUÇÃO, AINDA QUE DIMINUTA, NA ESFERA DE PRIVACIDADE DOS INDIVÍDUOS. CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DO TIPO INFRACIONAL CORRESPONDENTE AO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE “PROCEDER NA VIDA PÚBLICA E PRIVADA DE FORMA QUE DIGNIFIQUE A FUNÇÃO PÚBLICA”, QUE TEM POR ESCOPO ASSEGURAR O PRESTÍGIO DA ADMINISTRAÇÃO PERANTE OS ADMINISTRADOS. SUBSUNÇÃO DE CONDUTA PARTICULAR DE SERVIDOR A ESSE TIPO INFRACIONAL CUJA LEGITIMIDADE DEPENDE DA CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE REFLEXO RELEVANTE DO ATO PRIVADO SOBRE A DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA. (...)

# PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
DA COMARCA DA CAPITAL – PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO Nº PGE-EXP-2020/25378

INTERESSADO: \*\*\* DEPUTADO ESTADUAL

PARECER: PA n.º 3/2021

## EMENTA:

PROCURADOR DO ESTADO. MANIFESTAÇÕES EM REDES SOCIAIS. INFRAÇÃO FUNCIONAL CORRESPONDENTE AO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PROCEDER NA VIDA PÚBLICA E PRIVADA DE MODO A DIGNIFICAR A FUNÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 121, III, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.270/2015. Interpretação do dispositivo legal conforme à Constituição, à luz das normas que asseguram direitos fundamentais. Artigo 5º, X, que consagra os direitos à intimidade e à vida privada. Entendimento sufragado pelo STF no sentido de que o vínculo funcional com a Administração Pública enseja redução, ainda que diminuta, na esfera de privacidade dos indivíduos. Constitucionalidade da previsão do tipo infracional correspondente ao descumprimento do dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, que tem por escopo assegurar o prestígio da Administração perante os administrados. Subsunção de conduta particular de servidor a esse tipo infracional cuja legitimidade depende da constatação da existência de reflexo relevante do ato privado sobre a dignidade da função pública. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 47/1992, 150/1993, 50/1998, 29/2000, 189/2000 e Pareceres PA nº 185/2003 e 76/2006. Publicações em redes sociais que, em tese, podem dar azo a processo administrativo disciplinar vocacionado a apurar infração a esse dever funcional. Direito à livre manifestação do pensamento, previsto no artigo 5º, IV, da Constituição, que, apesar de gozar de certa prevalência, não se reveste de caráter absoluto, encontrando balizas em outras normas constitucionais. Direito fundamental à igualdade e vedação às condutas discriminatórias. Distinção entre as posições impopulares, inseridas no espectro do direito à livre manifestação do pensamento, e o discurso de ódio. Orientação pacífica no sentido de que o direito à livre manifestação de pensamento não confere legitimidade aos discursos

de ódio. Jurisprudência do STF que, em homenagem aos artigos 1º, III e V, 3º, I e IV e 5º, XLI e XLII, da Constituição, considera crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, o discurso de ódio caracterizador de antissemitismo, discriminação religiosa e homotransfobia. Diante da possível caracterização de discurso de ódio em publicação veiculada por Procurador do Estado em suas redes sociais, caberá apuração da conduta no âmbito disciplinar. Ainda que não se vislumbre a caracterização de crime de racismo em certos discursos discriminatórios, essa conduta, quando praticada por servidores públicos, poderá, em tese, configurar procedimento irregular de natureza grave. Precedentes: Pareceres PA nº 201/2007 e 55/2009. COMPETÊNCIA PARA APURAR CONDUTA IRREGULAR DOS PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. Artigos 17, VII e 141, § 2º, da Lei Complementar nº 1.270/2015, que conferem à Corregedoria competência para realizar, com exclusividade, procedimentos disciplinares em face de integrantes da carreira de Procurador do Estado. Regra geral aplicável ao Corregedor-Geral Adjunto e aos Corregedores Auxiliares, mas não ao Procurador do Estado Corregedor-Geral, que é nomeado pelo Governador do Estado para exercer mandato de dois anos. Artigos 7º, VII, 15, XXVII, e 16, § 2º, do mesmo diploma, que estabelecem regime jurídico específico para responsabilização do Corregedor-Geral, enquanto ocupante do cargo em comissão. Procedimento de destituição levado a efeito no âmbito do Conselho da Procuradoria-Geral do Estado, cuja decisão final incumbe ao Governador. Concretizada a destituição, os mesmos fatos que a ensejaram poderão fundamentar instauração de procedimento administrativo disciplinar em face do ex-Corregedor-Geral, no âmbito da Corregedoria, para aplicação das penalidades funcionais que eventualmente incidam sobre ele enquanto titular do cargo efetivo de Procurador do Estado. Precedentes: Parecer PA nº 47/2005.

1. Os presentes autos foram inaugurados por representação em que Deputado Estadual requer à Procuradora-Geral do Estado a apuração de suposto “desvio de finalidade no âmbito da Corregedoria da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo” (fls. 02/05).

2. De acordo com o parlamentar, ao instaurar processo administrativo disciplinar que imputa a Procurador do Estado, em virtude do teor de determinadas publicações em redes sociais, infração ao dever funcional de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, bem como “ato definido como crime apenado com reclusão” (homofobia), o Órgão Superior estaria a incorrer em lesão aos direitos do servidor à vida privada e à livre manifestação do pensamento.

3. A deflagração do referido processo disciplinar não passaria de “pura perseguição ideológica”, eis que outros membros da carreira teriam o mesmo costume de utilizar as redes sociais para críticas políticas e sociais veementes, sem sofrer as mesmas consequências funcionais impingidas ao Procurador do Estado em questão.

O cotejo entre as cópias das publicações que teriam dado ensejo à instauração do processo referido e cópias de publicações efetuadas por outros Procuradores do Estado, ambas encartadas aos autos pelo parlamentar, estariam a demonstrar a veracidade de sua acusação.

4. Ao tomar conhecimento da representação, a Procuradora-Geral do Estado encaminhou os autos ao Corregedor-Geral da Procuradoria-Geral do Estado que, depois de discorrer longamente sobre o assunto, houve por bem sugerir à Chefia da Instituição fosse a Procuradoria Administrativa instada a esclarecer as seguintes indagações (fls. 192/217):

1 - No dever de o Procurador do Estado “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública” (cf. art. 121, III, da LOPGE) está açambarcada a sua conduta nas redes sociais de que faça parte (Facebook, Instagram etc.)?

2 - À vista do delineamento jurídico, estabelecido na Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, qual(is) o(s) órgão(s) competente(s) para a apuração de eventuais desvios funcionais dos integrantes da carreira de Procurador do Estado?

3 - Eventual desvio funcional praticado pelo Corregedor-Geral da PGE, Corregedor-Geral **Adjunto ou Corregedores Auxiliares deve ser apurado por qual(is) órgão(s)?**

5. Acolhida a proposta, os autos aportaram nesta Especializada (fls. 218).

**Feito o relato do essencial, passo a opinar.**

6. A consulta sob exame almeja elucidar duas questões distintas: a primeira, relativa à possibilidade de publicações efetuadas por Procuradores do Estado em redes sociais caracterizarem infração ao dever funcional de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, ante os influxos dos direitos fundamentais à privacidade e à livre manifestação do pensamento; a segunda, relativa à competência para a apuração de eventuais desvios funcionais imputados aos Procuradores do Estado, em geral, e aos membros da Corregedoria, em particular.

7. Em razão do caráter sigiloso conferido aos processos administrativos disciplinares pelo artigo 141, § 1º, “2”, da Lei Complementar nº 1.270/2015, que não nos autoriza conhecer o caso concreto a que alude a representação em foco, ambas as questões serão apreciadas em tese, tomando por parâmetro apenas os elementos trazidos aos autos pelo autor da peça inaugural.

## **I – DO ALCANCE DO TIPO INFRAACIONAL CORRESPONDENTE AO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE “PROCEDER NA VIDA PÚBLICA E PRIVADA DE FORMA QUE DIGNIFIQUE A FUNÇÃO PÚBLICA”, ANTE OS INFLUXOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. PUBLICAÇÕES EM REDES SOCIAIS.**

8. A previsão de um tipo infraacional correspondente ao descumprimento de um dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, imposta aos Procuradores do Estado, pode parecer, à primeira vista, algum resquício do período em que o Estado brasileiro não reconhecia, como hoje, o caráter basilar de direitos como privacidade e intimidade.

9. Em uma primeira aproximação, afigura-se mesmo difícil imaginar legítimo ao Estado se imiscuir na vida privada de seus servidores para sindicatá-los por estes praticados fora do ambiente de trabalho. E, se estes atos dizem respeito ao exercício da manifestação do pensamento, valor fundamental nos Estados que se pretendem democráticos, chega a ser intuitivo cogitar da inconstitucionalidade da norma que autorizaria tal disparate.

10. No instante seguinte, porém, a complexidade da vida impõe um recuo. Lembremos que os agentes públicos, desde sempre vistos como a engrenagem concreta que faz mover a máquina abstrata que é a Administração Pública, gozam de posição peculiar na sociedade. Ponderamos que certas condutas praticadas por esses agentes, ainda que em suas vidas privadas, podem mesmo levar a sociedade a duvidar da dignidade da Administração. Recordamos que mesmo os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto e podem ceder lugar a outros valores caros ao Estado Democrático de Direito. E, no que tange aos atos relatados pelo autor da presente representação, que a Constituição da República de 1988 estabeleceu, dentre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, a construção de uma sociedade tão livre quanto justa e solidária, capaz de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

11. Enfim, entendemos que apenas um estudo aprofundado das normas jurídicas, da doutrina e da jurisprudência haverá de permitir uma conclusão segura sobre um tema tão sensível.

### **I.1 – O ILÍCITO DISCIPLINAR CORRESPONDENTE À INFRAÇÃO AO ARTIGO 121, INCISO III, DA LOPGE.**

12. A Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (LOPGE), Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, estabelece, dentre os deveres que vinculam os Procuradores do Estado, o dever de “**proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública**” (artigo 121, inciso III).

13. De acordo com o artigo 135, inciso I, da LOPGE, o descumprimento desse dever caracterizaria **ilícito funcional** punível, no mínimo, com repreensão. No entanto, a depender da **gravidade do ato** pelo qual o Procurador do Estado vier a descumprir o dever de proceder na vida pública e privada de modo a dignificar a função por ele desempenhada, esse desvio poderá traduzir-se em faltas mais graves, a ensejar a incidência das penalidades de suspensão (inciso II), demissão (inciso IV) ou demissão a bem do serviço público (inciso V). Confira-se:

**Artigo 135** - As sanções previstas no artigo 134 desta lei complementar serão aplicadas:

I - a de **repreensão**, em casos de **indisciplina ou falta de cumprimento dos deveres**;

II - a de **suspensão**, que não excederá a 90 (noventa) dias, será aplicada em caso de **falta grave** ou de **reincidência**;

III - a de multa será aplicada na forma e nos casos expressamente previstos em lei ou regulamento;

IV - a de **demissão**, nos casos de:

[...]

c) **procedimento irregular de natureza grave**;

[...]

V - a de **demissão a bem do serviço público**, nos casos de:

a) lesão dolosa aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio estadual ou de bens confiados à sua guarda;

b) aceitação ilegal de cargo, emprego ou função pública;

c) exercício da advocacia contra o Estado de São Paulo e suas autarquias;

d) prática de ato com abuso de poder ou **violação de dever para com a Administração Pública**;

e) prática de ato definido como crime contra a Administração Pública, a fé pública e a Fazenda Estadual, ou previsto nas leis relativas à segurança e à defesa nacional;

f) **prática de outros atos definidos como crime apenados com reclusão ou crime**

inafiável e imprescritível, nos termos da Constituição Federal:

g) prática de ato definido em lei como crime contra o Sistema Financeiro, ou de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores;

h) prática de ato definido em lei como de improbidade;

[...].

[g.n.]

14. Com efeito, a prática de ato definido como crime apenado com reclusão em circunstâncias absolutamente alheias ao desempenho das funções do cargo de Procurador do Estado, por exemplo, além de caracterizar infração ao dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, punível com repreensão (artigo 135, inciso I), caracteriza infração punível com demissão a bem do serviço público (artigo 135, inciso V, f) .<sup>1</sup>

15. Importante atentar que a previsão do dever de proceder na vida pública e privada de modo a dignificar a função pública desempenhada, bem como do ilícito funcional correspondente a seu descumprimento, não constitui inovação levada a efeito pela LOPGE. Muito ao contrário, de uma maneira ou de outra, está presente na generalidade dos estatutos funcionais – da Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, que estabelece o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado<sup>2</sup>, à Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais<sup>3</sup>, passando pela Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, que veicula a Lei Orgânica da Magistratura Nacional<sup>4</sup>.

16. Quanto a esse ponto, ANTONIO CARLOS ALENCAR CARVALHO<sup>5</sup> observa:

Nem sempre explicitamente albergada nos estatutos funcionais de todas as carreiras do funcionalismo público nos entes federados, a **responsabilidade por atos da**

1 Naturalmente, em casos que tais, a infração funcional mais grave absorve a mais leve.

2 Artigo 241 - São deveres do funcionário: [...] XIV - proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública. [...].

3 Artigo 116 – São deveres do servidor: [...] IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; [...].

4 Artigo 35 – São deveres dos magistrados: [...] VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular [...].

5 **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. Belo Horizonte: Fórum, 2019 p. 189.

vida privada é admitida há tempos no direito comparado, como em Portugal e em outros países. No Brasil, por exemplo, a Lei Federal nº 11.440/2006 – Estatuto dos Diplomatas e pessoal de apoio (art. 27, III) – reza que, além dos deveres previstos no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, constitui dever específico do servidor do Serviço Exterior Brasileiro manter comportamento correto e decoroso na vida pública e privada. A Lei Federal nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) estatui que (art. 43, I) são deveres dos membros do Ministério Público manter ilibada conduta pública e *particular*. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional dispõe que (art. 35, VIII) são deveres do magistrado manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

[g.n.]

17. Busca-se, por meio da tipificação da conduta incompatível com a dignidade da função pública, tutelar o bem jurídico “dignidade **da função pública**”, de cuja higidez depende a confiança dos cidadãos na Administração Pública.

18. Como ensina FÁBIO MEDINA OSÓRIO<sup>6</sup>, a previsão desse ilícito disciplinar toma por pressuposto o fato de que “o prestígio da Administração Pública ante os administrados supõe a honra institucional, a boa fama, a reputação e a defesa do patrimônio moral das entidades públicas, os quais devem ser respeitados como cânones pelos agentes públicos [...]”.

19. É de se reconhecer, todavia, que, mesmo a pretexto de tutelar o prestígio da Administração Pública, não está o aplicador do Direito autorizado a macular os preceitos constitucionais que asseguram direitos fundamentais. Nesse sentido, FÁBIO MEDINA OSÓRIO<sup>7</sup> adverte:

[...] a tipicidade do Direito Administrativo Sancionador é limitada, em primeiro lugar, pelos direitos fundamentais da pessoa humana, como há de ocorrer, também, com as condutas tipificadas pelo Direito Penal.

Não se pode tipificar comportamentos, proibindo-os, com agressão aos direitos fundamentais, como ocorre com os direitos à intimidade, à honra, à defesa, fora do âmbito da razoabilidade e proporcionalidade específicas de tais processos limitadores.

Não se toleram proibições que atinjam liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão do pensamento, de ir e vir, de associação, enfim, aquelas liberdades básicas dos indivíduos, que resultam, ademais, consagradas na Constituição, sem

6 Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 74.

7 Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 258.

que haja (para a respectiva limitação) fundada e razoável justificativa.

A proteção da moralidade privada, aqui, assume conotações bastante amplas. **As pessoas têm direito a um livre desenvolvimento de suas personalidades e de suas vidas**, desde que não prejudiquem direitos de terceiros. Liberdades básicas, como a possibilidade de expressão do pensamento e de um estilo de vida, são protegidas pela Constituição brasileira [...].

[g.n.]

20. Daí que o tipo infracional correspondente ao descumprimento do dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública” há de ser interpretado conforme à Constituição, o que significa que a subsunção de um fato concreto à norma que o prevê não deverá implicar mácula aos direitos fundamentais dos servidores públicos, dentre os quais os direitos à intimidade, à vida privada e à livre expressão do pensamento (artigo 5º, incisos IV e X, da CRFB/1988). Afirmar isto, todavia, é pouco: é preciso saber quando e como se têm esses direitos fundamentais maculados.

## **I.2 – O ARTIGO 121, INCISO III, DA LOPGE, E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DESSES DIREITOS QUANDO TITULARIZADOS POR SERVIDORES PÚBLICOS. PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS.**

21. O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, ao estabelecer que “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”, consagra os direitos à intimidade e à vida privada como elementos essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade.

22. A respeito da conceituação desses direitos, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO<sup>8</sup> leciona:

Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade –, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. **O direito à**

8 MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 286.

privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

[...] sem a privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade.

[g.n.].

23. O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, optando por fazer uso da expressão “direito à privacidade num sentido mais genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o texto constitucional em exame consagrou”, ensina que “privacidade é o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito”<sup>9</sup>.

24. Diante da proteção constitucional à privacidade, portanto, é vedado ao Estado<sup>10</sup>, seja por meio de leis, seja por meio de atos administrativos, imiscuir-se naquelas questões que dizem respeito exclusivamente ao indivíduo, que não pertencem à sua vida pública.

25. Assim, é certo que o ato de subsunção de determinado comportamento de um servidor público ao ilícito funcional correspondente a conduta incompatível com a dignidade da função pública somente será legítimo na medida em que não configurar invasão à privacidade do agente.

26. Essa constatação é de máxima importância na medida em que a norma que contempla o tipo infracional em questão alude expressamente à punibilidade das condutas “indignas” praticadas “na vida pública e privada” do servidor, deixando transparecer que por meio dela pretender-se-ia sancionar atos estranhos à vida funcional.

27. Ora, ainda que não se duvide da relevância do bem jurídico tutelado pelo artigo 135, inciso I, c/c artigo 121, inciso III, da LOPGE – o prestígio da Administração Pública

9 Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 205.

10 E também a terceiros, dada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

perante os administrados –, parece razoável supor que, quando contraposto aos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, em regra haverá de ceder lugar.

28. De rigor ter em mente, entretanto, que mesmo os direitos constitucionalmente consagrados não se revestem de caráter absoluto e que o grau de proteção com que atuam pode variar, a depender do caso concreto. Exatamente acerca da impossibilidade prática de se conferir caráter absoluto ao direito à privacidade, J. J. GOMES CANOTILHO<sup>11</sup> pondera:

Bem sabemos que o *espaço privado* é, ainda, o regaço dos nossos amores e desamores, a vinha das nossas iras, o refúgio das nossas emoções, o espaço da nossa autonomia. Seria mau que ele se transformasse em arena de *política absoluta*, com os *direitos-mitos e o mito-direitos*. No entanto, a “cegueira cega”, e estaríamos verdadeiramente cegos se não víssemos que o novo *estilo civil* pode ocultar nos interstícios do privado alguns gestos cruéis e arbitrariamente desumanos.

29. Nesse sentido, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO<sup>12</sup> assevera:

A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. **É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo.** O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de “ser deixado só”.

[g.n.]

30. Na mesma trilha, o magistério de GEORGE MARMELSTEIN<sup>13</sup>:

A referida norma constitucional [artigo 5º, X, da CRFB/1988] protege todas as pessoas de modo geral, mas com diferentes níveis de intensidade. O direito de imagem de uma “celebridade”, por exemplo, não tem a mesma força do que o de uma pessoa “anônima”, já que as pessoas famosas (artistas, esportistas, modelos, etc.) sofrem naturalmente maior exposição na mídia e, portanto, estão mais sujeitas a terem as suas imagens divulgadas sem autorização. Por isso, tem-se entendido que se uma pessoa famosa estiver em local público (numa praça ou numa praia, por

11 Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

12 MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. Curso de Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 289.

13 Curso de Direitos Fundamentais. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 139.

exemplo), uma eventual fotografia pode, em regra, ser publicada livremente, mesmo sem o consentimento da celebridade, desde que a divulgação não se destine a fins lucrativos nem fira a reputação do retratado. [...].

Do mesmo modo, os **políticos** certamente estão sujeitos a maior fiscalização pública e, por isso, devem mesmo se sujeitar a uma exposição mais severa da mídia, inclusive para serem criticados com mais liberdade.

[g.n.].

31. Com lastro nessa premissa, há quase uma década o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o direito à privacidade dos servidores públicos “deve ceder parcialmente a fim de permitir a divulgação dos valores creditados a cada agente”<sup>14</sup>. Confira-se:

**SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTILO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade ad-**

14 MS 28.178, Rel. MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO, j. 04/03/2015.

ministrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos [SS nº 3.902-AgR, Rel. MIN. AYRES BRITTO, j. 09/06/2011, g.n.].

32. Dessa maneira, o Pretório Excelso deixou assentado que **o direito à privacidade dos servidores públicos apresenta contorno mais restrito, eis que certos aspectos de suas vidas privadas seriam tão imbricados ao desempenho da função pública que não ficariam a salvo da atuação estatal.** Segundo o relator do julgado, MIN. AYRES BRITTO, este seria “o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano”.

33. Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se admitido que condutas “particulares” de agentes públicos, especialmente daqueles que compõem as classes funcionais caracterizadas por “certo espectro superior de responsabilidades”, “sejam tipificadas no plano jurídico, ou no plano ético-normativo, através de ilícitos de distintas naturezas, desde o plano disciplinar, passando até mesmo pelos crimes de responsabilidade, além dos crimes comuns e tipos sancionadores de improbidade administrativa”<sup>15</sup>, sem que isso caracterize, em tese, mácula à privacidade.

34. Deveras, ANTONIO CARLOS ALENCAR CARVALHO<sup>16</sup>, por exemplo, pondera:

O regime disciplinar do funcionalismo não se preocupa, embora seja esse o parâmetro geral, somente com os atos estritamente desempenhados no exercício funcional, mas também busca preservar a imagem, decoro e credibilidade que devem merecer perante a sociedade os que titularizam cargos e funções públicas (no fundo se protege a imagem e confiança da Administração Pública, representada por seus agentes), sempre consideradas as atribuições específicas do cargo em

15 OSÓRIO, FÁBIO MEDINA. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 266.

16 *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 196/197.

que investido o servidor para o fim de se gerar responsabilidade por atos da vida privada, preservado o núcleo essencial do direito fundamental à intimidade e à vida privada como parâmetro, no mais.

[...]. Marcello Caetano sublinha:

Os deveres de conduta na vida privada ou de natureza política são deveres que poderíamos chamar corporativos, no sentido de que pesam sobre o funcionário pelo facto da sua especial vinculação à Administração Pública e, portanto, têm de ser observados quer esteja em atividade, quer não. Parte-se do princípio de que à boa ordem e à eficiência dos serviços administrativos importa que os funcionários procedam corretamente como cidadãos, na vida cívica e na vida particular, e esse dever existe para todos quanto ostentem a qualidade de funcionário, estejam ou não a ocupar algum lugar ou a desempenhar algum cargo.

[g.n.]

35. Note-se que mesmo FÁBIO MEDINA OSÓRIO<sup>17</sup>, estudioso de nítida orientação garantista, reconhece que os tipos infracionais vocacionados a assegurar o decoro dos servidores na vida privada não impingem ofensa ao direito à privacidade que, quanto a esses trabalhadores, não abarcaria a proteção de atos atentatórios à dignidade da função pública. Eis o que afirma o autor:

**Uma determinada função pública pode exigir requisitos de ilibada conduta privada, desde que as exigências guardem vinculação racional, razoável e proporcional com a dignidade das funções.**

A relação meios-fins há de ser devidamente observada, por imperativo constitucional inafastável. **Condutas privadas, praticadas em determinadas proporções, podem assumir uma magnitude tal que atinjam a essência do decoro, da ética institucional, sujeitando o infrator a sanções penais.**

[g.n.]

36. E prossegue<sup>18</sup>:

Há que se compreender a exigência de “ilibada conduta” ou “decoro pessoal” como um componente normativo razoável e proporcional, cuja violação justifique, racionalmente, uma resposta do Direito Administrativo Sancionatório. Por esse caminho, **é possível imaginar, portanto, um comportamento privado, desconectado do exer-**

17 Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, Op. cit., p. 272.

18 Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, Op. Cit., p. 273.

cício das funções públicas, representativo de grave impossibilidade de o agente exercer essas mesmas funções.... Basta que se ajuste esse comportamento ao critério da falta de razoabilidade, e que, ademais, se revele pernicioso, perverso ao desempenho de determinada função, dada a profunda e inquestionável desmoralização que lhe acarreta. Em tese, é possível que uma determinada autoridade, com seus atos privados, desmoralize completamente a função pública por ela exercida, tornando-se inviável sua permanência nesse setor.

[g.n.]

37. Alerta, todavia, que a subsunção de condutas aos tipos infracionais desse jaez deve partir de

uma interpretação rigorosamente vinculada à natureza das funções e aos valores sociais dominantes em uma sociedade pluralista, democrática e libertária. [...]. Parece-nos que algumas autoridades públicas realmente devem adotar certas cautelas na vida privada, como um ônus decorrente da importância das funções, mas não se podem alargar em demasia esses controles, sob pena de instaurar odiosa intromissão institucional na vida privada.

[g.n.]

38. A valer, há ao menos dois parâmetros a serem considerados quando se cogita da subsunção de uma conduta “privada” ao tipo infracional correspondente ao descumprimento do dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”: primeiro, é indispensável que a conduta tenha, de algum modo, implicações negativas sobre a função desempenhada pelo agente ou, de modo mais amplo, sobre a instituição em que atua ou sobre o serviço público (a “função pública” em seu sentido mais amplo); depois, é necessário que a conduta contraste com os preceitos dominantes na sociedade, e não apenas com ideias sustentadas por um grupo específico. Com relação a este último ponto, FÁBIO MEDINA OSÓRIO<sup>19</sup> tece as seguintes considerações:

As pessoas, em geral, na vida contemporânea, podem não estar de acordo a respeito de inúmeras questões éticas, morais, porque a diversidade de valores é uma das mais marcantes características da pós-modernidade. Paradoxalmente, é certo que o acordo em torno de valores básicos tem sido outra característica do final do século XX, que certamente se projetará ao longo do século XXI, com a evolução de meca-

19 Op. Cit., p. 272.

nismos internacionais de repressão de crimes contra a humanidade, o que se reflete de modo emblemático na criação do Tribunal Penal Internacional. Assim, poucos não estão de acordo, pelo menos teoricamente, a respeito da necessidade de respeito a muitos direitos fundamentais e direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Quando se tipifica como infração administrativa a violação do dever de manter “ilibada conduta particular”, trata-se de norma de Direito Administrativo que está em jogo, norma jurídica que vincula os membros do Ministério Público, do Judiciário e da Advocacia ou de qualquer outra carreira ou função pública relevante. Quando violada, tal norma pode sujeitar o infrator a determinadas sanções administrativas.

Seria curioso imaginar que os Membros do Ministério Público, da Magistratura, Advocacia, Tribunais de Contas ou da classe política não pudessem ostentar suas vidas privadas, dentro da subjetividade que os valores privados comportam, com alguns desvios morais (dentro da relatividade de sistemas morais existentes em uma sociedade pluralista). Tal cogitação seria não apenas pitoresca, mas eventualmente de uma hipocrisia impressionante.

A ideia de “decoro pessoal” pode variar enormemente, inclusive no seio de Instituições públicas. Desde logo, há que se admitir que tal noção não pode, sob hipótese alguma, confundir-se com exigências morais abstratas ou pertencentes a círculos restritos ou mais tradicionais de autoridades. Não se pode defender o chamado “pensamento único” no interior de uma sociedade ou Instituição. Tampouco se pode condicionar o exercício de um cargo público a determinados comportamentos particulares predeterminados ou pós-fixados por algumas autoridades.

[g.n.]

39. Nas palavras de ANTONIO CARLOS ALENCAR CARVALHO<sup>20</sup>, “o servidor público não precisa ser um beato, um santo a ser canonizado, um ser humano imune ao pecado e ao erro, um ser perfeito, mas apenas que sua conduta na vida privada não se demonstre gravemente incompatível com o exercício das atribuições do cargo em que investido”.

40. Pois bem. Tendo em conta critérios semelhantes aos ora enunciados, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo há muito considera legítima a imposição de penalidade disciplinar a agentes públicos que, por meio de conduta praticada na vida privada, ofendem a dignidade da função que desempenham.

---

20 Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 201.

41. Nessa linha, o Parecer PA-3 nº 150/1993<sup>21</sup> concluiu que só o fato de o servidor ter sido preso em flagrante sob acusação da prática de crime de lesões corporais autorizaria a **instauração** de processo disciplinar vocacionado a apurar eventual descumprimento do dever de proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública, previsto no artigo 241, XIV, da Lei Estadual nº 10.261/1968.

42. De modo semelhante, o Parecer PA-3 nº 95/1998<sup>22</sup> entendeu que

o servidor motorista que, por descumprimento das normas de trânsito, venha a ser apenado com a suspensão do direito de conduzir veículo, pratica, em tese, infração aos deveres de seu cargo (art. 241, incisos III, IX, XIII e XIV da Lei nº 10.261/68) [...]. E isso inclusive quando as violações da legislação de trânsito tiverem ocorrido fora do serviço, pois o exercício de cargo público supõe a observância de um comportamento digno também na vida privada (art. 241, XIV, cit.), além de obrigar ao atendimento de todos os deveres impostos pelas normas que digam respeito às suas funções (art. 241, XIII, cit.)<sup>23</sup>.

[g.n.]

43. Por sua vez, os Pareceres PA-3 nº 29/2000<sup>24</sup>, 189/2000<sup>25</sup> e PA nº 346/2004<sup>26</sup> consideraram regular a aplicação de pena demissória a policiais civis que, fora do horário de expediente e mesmo no interior de suas casas, efetuaram disparos de arma de fogo durante discussões que envolviam questões estritamente particulares. O despacho proferido pelo Procurador do Estado Chefe Substituto da Procuradoria Administrativa, DR. ANTONIO FERREIRA CUSTÓDIO, ao examinar o Parecer PA nº 185/2003<sup>27</sup>, que também teve por objeto situação em que um agente policial disparou arma de fogo durante briga ocorrida no recesso de seu lar, é elucidativo:

A circunstância do interessado não se encontrar em serviço ou no exercício de suas funções policiais não apresenta relevância na espécie. A norma disciplinar veda a práti-

21 Parecerista DRA. FÁTIMA FERNANDES DE SOUZA GARCIA.

22 Parecerista DR. CARLOS ARI SUNDFELD.

23 Tudo indica que a conclusão não seria a mesma caso o servidor em questão não exercesse a função de motorista e não estivesse utilizando carro oficial no momento da infração de trânsito.

24 Parecerista DR. EDUARDO AUGUSTO MUYLAERT ANTUNES.

25 Parecerista DRA. PATRICIA ESTER FRYSZMAN

26 Parecerista DR. MAURO DE MEDEIROS KELLER.

27 Parecerista DR. EDUARDO DE CARVALHO LAGES.

ca de ofensas físicas em qualquer circunstância, especialmente sendo policial o agente de procedimento dessa natureza. Afinal, **ao policial cabe, antes de tudo, preservar a vida e a segurança dos indivíduos e, ainda que não se encontre em serviço, não lhe é dado agir de forma diversa da que deveria proceder se trabalhando estivesse.**

44. E, do Parecer **PA nº 76/2006**<sup>28</sup>, que cuidou de apreciar hipótese em que, fora do exercício laboral, servidora forjou acusações graves e infundadas contra seus superiores, colhe-se:

Não obstante a conduta irregular da indiciada, comprovada nos autos disciplinares, tenha ocorrido fora do exercício das funções de seu cargo de Agente Fiscal de Rendas, é evidente que, considerando o teor do documento de fls. 02/03, a mesma repercutiu - e repercutiu - diretamente sobre a sua vida funcional, razão pela qual a mesma deve responder disciplinarmente, também, por procedimento irregular de natureza grave, apenado com demissão, nos termos do artigo 256, inciso II do Estatuto.

45. Curial perceber que a constatação do liame entre a conduta imputada (ou de seus efeitos) e a função pública exsurge, nos precedentes administrativos, como *conditio sine qua non* da legitimidade do enquadramento do ato privado no tipo infracional em questão. E não era para menos: é somente a partir da constatação da existência dessa relação que se pode inferir que a conduta particular não se inclui na seara de vida privada protegida pelo artigo 5º, X, da Constituição da República.

46. Por isso mesmo, o Parecer **PA-3 nº 47/1992**<sup>29</sup> concluiu que procedimento administrativo disciplinar instaurado para apurar suposta infração ao dever de proceder na vida particular de modo a dignificar a função policial, consubstanciada no fato de servidora viver relacionamento homoafetivo, não encontrava “respaldo na lei, configurando ingerência da Administração em assunto que não lhe compete, em afronta às liberdades individuais amparadas pela Constituição nos arts. 3º, II, 5º, X e XLI”.

47. Entendimento diverso realmente não se sustentaria eis que, como bem ensina ANTONIO CARLOS ALENCAR CARVALHO<sup>30</sup>:

28 Parecerista DRA. MARIA LÚCIA PEREIRA MOIÓLI

29 Parecerista DRA. FÁTIMA FERNANDES DE SOUZA GARCIA.

30 Idem, p. 195/196.

Embora não existam direitos fundamentais absolutos, não se pode, tampouco, suprimir o núcleo essencial do direito à intimidade e à vida privada, promovendo uma devassa dos segredos e dos aspectos personalíssimos, que deveriam permanecer alheios e estranhos, com o efeito de tornar o processo administrativo disciplinar um palco de apedrejamento moral do funcionário.

[...]. Os direitos fundamentais à vida privada e à intimidade inibem que fatos indiferentes (ou não diretamente conexos às competências específicas funcionais) ao posto titularizado, embasem punições disciplinares, na medida em que haveria aniquilação com isso, por via indireta, dos penhores constitucionais, de modo que a tipificação de faltas funcionais deve limitar-se, restritivamente e não de forma ampliativa, ao quanto essencial é preservar a dignidade do cargo, sem, todavia, transformá-lo em alvo da curiosidade ou do julgamento públicos, em assuntos que desbordam da sua atividade funcional e que a ninguém mais interessam, senão a seu círculo de convivência familiar ou social mais reservado.

[g.n.]

48. Tem-se, destarte, que a doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os precedentes emanados pela Procuradoria-Geral do Estado conduzem à conclusão de que, mesmo ante os influxos dos direitos à intimidade e à vida privada, consagrados no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, condutas privadas de Procuradores do Estado podem, em tese, caracterizar ilícito funcional correspondente à inobservância ao dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, insculpido no artigo 121, inciso III, da LOPGE. Nos casos concretos, a punição do servidor por incurso em tal infração fica condicionada à demonstração da existência de reflexo relevante do ato privado sobre a dignidade da função pública.

### **I.3 – MANIFESTAÇÕES EM REDES SOCIAIS. ATOS QUE EM PRINCÍPIO NÃO PERTENCEM À DIMENSÃO ÍNTIMA OU PRIVADA DA VIDA DO SERVIDOR, MAS À SUA VIDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE, EM TESE, DA SUBSUNÇÃO DO ATO DE PUBLICAR CERTAS MANIFESTAÇÕES EM REDES SOCIAIS À FALTA DISCIPLINAR DE CONDUTA INCOMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA.**

49. O fato de determinada conduta ter-se aperfeiçoado no ambiente das redes sociais, por intermédio do perfil pessoal do servidor público, ainda que não identificado como tal, não é capaz de, por si só, desautorizar sua subsunção à infração disciplinar capitulada no artigo 135, inciso I, c/c artigo 121, inciso III, da LOPGE.

50. Se, como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>31</sup>, o direito à privacidade diz respeito ao “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu **exclusivo controle**, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições”, decerto não há nada menos privado que as manifestações realizadas nas redes.

51. Deveras, as redes digitais, mais do que nunca, têm funcionado como verdadeiro espaço de convívio público, um arremedo da ágora grega no qual as manifestações de cada participante ganham repercussão incrivelmente superior às palavras ditas no mundo concreto. Ninguém há de duvidar que, uma vez publicadas, as postagens em redes sociais podem, em minutos, atingir repercussão planetária.

52. Nesse passo, MARIANA GIORGETTI VALENTE<sup>32</sup> lembra que “apesar de sua **infraestrutura privada, a natureza das comunicações nessas redes é pública, na medida em que o público as usa para interação entre si, seja em interações sobre política, seja sobre cultura, cotidiano, humor; [...]**”.

53. Exatamente por isso é que as manifestações nas redes sociais não estão em princípio protegidas pelos direitos à intimidade e à vida privada e que, quando efetuadas por servidores públicos, poderão caracterizar infração funcional correspondente ao descumprimento do dever de manter conduta compatível com a dignidade da função pública.

54. Partindo desse pressuposto, com o intuito de evitar que as publicações de magistrados em redes sociais vulnerem a dignidade da instituição a que pertencem, a Corregedoria-Geral de Justiça editou o **Provimento nº 71, de 13 de junho de 2018**, que haverá de incidir **ainda que o usuário não se identifique como magistrado no perfil pessoal**<sup>33</sup>. Eis alguns dos dispositivos do ato normativo:

31 **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 205.

32 A liberdade de expressão na internet: da utopia à era das plataformas. In: FARIA, JOSÉ EDUARDO (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020, p. 33.

33 Dentre os fundamentos do ato normativo, consta: “CONSIDERANDO a necessidade de os membros do Judiciário brasileiro adotarem cautelas antes de publicar, comentar ou compartilhar conteúdo em perfis pessoais nas redes sociais, tendo em vista as seguintes implicações: a) diversamente da conversação direta, as comunicações nas redes sociais, na falta de sinais vocais e visuais, podem ser mal interpretadas e divulgadas incorretamente; b) **não é claro o liame entre a esfera pública e a privada, bem como entre a pessoal e a profissional, de modo que, mesmo que o usuário não se identifique como**

Artigo 3º - É dever do magistrado ter decoro e manter ilibada conduta pública e particular que assegure a confiança do cidadão, de modo que a manifestação de posicionamento, inclusive em redes sociais, não deve comprometer a imagem do Poder Judiciário nem violar direitos ou garantias fundamentais do cidadão (da CF/88, art. 37, *caput*, e Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, art. 35, VIII).

Artigo 4º - O magistrado deve agir com reserva, cautela e discrição ao publicar seus pontos de vista nos perfis pessoais nas redes sociais, evitando a violação de deveres funcionais e a exposição negativa do Poder Judiciário.

Artigo 5º - O magistrado deve evitar, nos perfis pessoais nas redes sociais, pronunciamentos oficiais sobre casos em que atuou, sem prejuízo do compartilhamento ou da divulgação, por meio dos referidos perfis, de publicações constantes de sites institucionais ou referentes a notícias já divulgadas oficialmente pelo Poder Judiciário.

Artigo 6º - O magistrado deve evitar, em redes sociais, publicações que possam ser interpretadas como discriminatórias de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela CF/88.

[g.n.]

55. Mais tarde, com semelhante intento, o Conselho Nacional de Justiça fez publicar a **Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019**<sup>34</sup>, em que traça as seguintes balizas:

Artigo - 3º A atuação dos magistrados nas redes sociais deve observar as seguintes recomendações:

I - Relativas à presença nas redes sociais:

- a) adotar postura seletiva e criteriosa para o ingresso em redes sociais, bem como para a identificação em cada uma delas;
- b) observar que a moderação, o decoro e a conduta respeitosa devem orientar todas as formas de atuação nas redes sociais;
- c) atentar que a utilização de pseudônimos não isenta a observância dos limites éticos de conduta e não exclui a incidência das normas vigentes; e

---

magistrado no perfil pessoal, seus comentários podem ser facilmente vinculados à instituição a que pertence por ser ele autoridade pública” [g.n.].

34 De modo parelho, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação de caráter geral CN-CNMP nº 01, de 03 de novembro de 2016.

d) abster-se de utilizar a marca ou a logomarca da instituição como forma de identificação pessoal nas redes sociais.

II – Relativas ao teor das manifestações, independentemente da utilização do nome real ou de pseudônimo:

a) evitar expressar opiniões ou compartilhar informações que possam prejudicar o conceito da sociedade em relação à independência, à imparcialidade, à integridade e à idoneidade do magistrado ou que possam afetar a confiança do público no Poder Judiciário;

b) evitar manifestações que busquem autopromoção ou superexposição;

**c) evitar manifestações cujo conteúdo, por impróprio ou inadequado, possa repercutir negativamente ou atente contra a moralidade administrativa, observada sempre a prudência da linguagem;**

d) procurar apoio institucional caso seja vítima de ofensas ou abusos (*cyberbullying, trolls e haters*), em razão do exercício do cargo;

e) evitar expressar opiniões ou aconselhamento em temas jurídicos concretos ou abstratos que, mesmo eventualmente, possam ser de sua atribuição ou competência jurisdicional, ressalvadas manifestações em obras técnicas ou no exercício do magistério; e

f) abster-se de compartilhar conteúdo ou a ele manifestar apoio sem convicção pessoal sobre a veracidade da informação, evitando a propagação de notícias falsas (*fake news*).

III – Relativas à privacidade e à segurança:

a) atentar para o fato de que o uso das redes sociais, sem as devidas precauções, e a exposição de informações e dados relacionados à vida profissional e privada podem representar risco à segurança pessoal e à privacidade do magistrado e de seus familiares;

b) conhecer as políticas, as regras e as configurações de segurança e privacidade das redes sociais que utiliza, revisando-as periodicamente; e

c) evitar seguir pessoas e entidades nas redes sociais sem a devida cautela quanto à sua segurança.

Parágrafo único. É estimulado o uso educativo e instrutivo das redes sociais por magistrados, para fins de divulgar publicações científicas, conteúdos de artigos de doutrina, conhecimentos teóricos, estudos técnicos, iniciativas sociais para a promoção da cidadania, dos direitos humanos fundamentais e de iniciativas de acesso à justiça.

Artigo 4º - **Constituem condutas vedadas aos magistrados nas redes sociais:**

I – manifestar opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, res-

salvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério (art. 36, inciso III, da Loman; arts. 4º e 12, inciso II, do Código de Ética da Magistratura Nacional);

II – emitir opinião que demonstre atuação em atividade político-partidária ou manifestar-se em apoio ou crítica públicos a candidato, lideranças políticas ou partidos políticos (art. 95, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal; art. 7º do Código de Ética da Magistratura Nacional);

III – emitir ou compartilhar opinião que caracterize discurso discriminatório ou de ódio, especialmente os que revelem racismo, LGBT-fobia, misoginia, antisemitismo, intolerância religiosa ou ideológica, entre outras manifestações de preconceitos concernentes a orientação sexual, condição física, de idade, de gênero, de origem, social ou cultural (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal; art. 20 da Lei nº 7.716/89);

IV – patrocinar postagens com a finalidade de autopromoção ou com intuito comercial (art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal; art. 36, inciso I, primeira parte, da Loman; art. 13 do Código de Ética da Magistratura Nacional);

V – receber patrocínio para manifestar opinião, divulgar ou promover serviços ou produtos comerciais (art. 95, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal; art. 17 do Código de Ética da Magistratura Nacional); e

VI – associar a sua imagem pessoal ou profissional à de marca de empresas ou de produtos comerciais (art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal; art. 36, inciso I, primeira parte, da Loman; art. 13 do Código de Ética da Magistratura Nacional).

§ 1º - Para os fins do inciso II deste artigo, a vedação de atividade político-partidária não abrange manifestações, públicas ou privadas, sobre projetos e programas de governo, processos legislativos ou outras questões de interesse público, de interesse do Poder Judiciário ou da carreira da magistratura, desde que respeitada a dignidade do Poder Judiciário.

§ 2º - A divulgação de obras técnicas de autoria ou com participação do magistrado, bem como de cursos em que ele atue como professor, não se insere nas vedações previstas nos incisos IV, V e VI, desde que não caracterizada a exploração direta de atividade econômica lucrativa.

[g.n.]

56. É sintomática a circunstância de a higidez desses atos não ter sido questionada, até onde se tem notícia, no tocante a eventual ofensa ao direito dos magistrados à privacidade. De fato, não se pode cogitar de invasão à intimidade ou à vida privada quando se trata de disciplinar comportamento ostensivo que pode dar azo

a desprestígio da instituição a que pertencem os servidores ou ao serviço público como um todo.

57. E, se é possível regradar as condutas dos servidores nas redes sociais a fim de que não impliquem vulneração ao prestígio da Administração Pública, com maior razão será possível sancionar as condutas dos servidores públicos que, no âmbito digital, atentem contra esse valor.

**I.4 - O ARTIGO 121, INCISO III, DA LOPGE, E O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. POSIÇÃO DE PREVALÊNCIA OCUPADA POR ESSE DIREITO QUE NÃO LHE CONFERE CARÁTER ABSOLUTO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E ADMINISTRATIVOS. DISTINÇÃO ENTRE POSIÇÕES IMPOPULARES E DISCURSO DE ÓDIO. O DIREITO À IGUALDADE E O COMPROMISSO CONSTITUCIONAL COM A LUTA CONTRA TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE RACISMO - ANTISSEMITISMO, RACISMO RELIGIOSO E HOMOTRANSFOBIA.**

58. A Constituição da República de 1988 consagra o direito à livre manifestação de pensamento em diversos dispositivos:

Artigo 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: [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...];

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...];

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...].

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...] § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

[g.n.]

59. E nem poderia ser diferente, eis que a liberdade de expressão constitui elemento essencial a dois dos pilares do Estado brasileiro: a democracia e a dignidade da pessoa humana.

60. Ora, a **democracia** pressupõe que o povo seja livre para comunicar suas ideias, debatê-las, formar sua opinião e, enfim, participar das decisões políticas<sup>35</sup>. Como ensina DANIEL SARMENTO<sup>36</sup>:

A liberdade de expressão é peça essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático. Ela permite que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de ideias, em que todos os grupos e cidadãos devem poder participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares.

[g.n.]

61. De seu turno, o **livre desenvolvimento da personalidade**, sem o qual não há que se falar em dignidade da pessoa humana, depende de que seja assegurado aos indivíduos o direito à livre expressão do pensamento. No dizer de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “o ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição para a própria higidez psicossocial da pessoa”<sup>37</sup>.

62. O MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO, em voto proferido no julgamento da ADI nº 4.815, de que trataremos adiante, aduz que o direito à liberdade de expressão teria ao menos cinco fundamentos filosóficos e teóricos, *in verbis*:

O **primeiro** diz respeito à função essencial que a liberdade de expressão desempenha para a **democracia**. De fato, o amplo fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis para a tomada de decisões pela coletividade e para o autogoverno democrático. A **segunda** justificação é a própria **dignidade humana**. A possibilidade de os indivíduos exprimirem de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, assim como de terem acesso às ideias, preferências e visões de mundo

35 Nas palavras de WALBER MOURA AGRA, “o corolário básico do regime democrático é a possibilidade de os cidadãos se expressarem de acordo com o seu pensamento e as suas convicções” [Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 224].

36 Livres e Iguais. Estudos do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 237.

37 In: MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. Curso de Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 268.

dos demais é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial dos indivíduos, consistindo, assim, em uma emanção da sua dignidade. 15. Uma **terceira** função atribuída à livre discussão e contra-posição de ideias é o **processo coletivo de busca da verdade**. De acordo com essa concepção, toda intervenção no sentido de silenciar uma opinião, ainda que ruim ou incorreta, seria perniciosa, pois é na colisão com opiniões erradas que é possível reconhecer a “verdade” ou as melhores posições. O **quarto** fundamento da proteção privilegiada da **liberdade de expressão está atrelada à sua função instrumental para o exercício e o pleno gozo dos demais direitos fundamentais**. A **quinta** e última justificação teórica se refere à **preservação da cultura e história da sociedade**. As liberdades comunicativas constituem claramente uma condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação<sup>38</sup>.

[g.n.].

63. À vista desses relevantes fundamentos, doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, consentem quanto à posição preferencial assumida pela liberdade de expressão nos Estados Democráticos de Direito.

64. Nesse contexto, ao julgar a ADPF nº 130<sup>39</sup>, o Supremo Tribunal Federal não

---

38 Creio que os três últimos fundamentos apresentados pelo i. Ministro, apesar de deveras relevantes, constituem dimensões dos dois primeiros – a busca da verdade e a preservação da cultura interessam diretamente ao processo democrático, enquanto a função instrumental da liberdade de expressão diz respeito à dignidade da pessoa humana. Por isso, os apontamentos de ANDERSON SCHREIBER sobre o tema parecem suficientes: “a liberdade de expressão é garantia constitucional que encontra duplo fundamento: (a) seu caráter imprescindível para o livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, configurando aspecto essencial da dignidade humana tutelada no artigo 1º, III, da Constituição; (b) seu papel insubstituível na composição de um Estado Democrático de Direito, em que a ampla circulação e o livre debate de ideias e opiniões assumem caráter indispensável à formação da vontade coletiva” [In: Constituição Federal Comentada / Alexandre de Moraes ... [et al.]; 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 165].

39 Eis um breve excerto da ementa do julgado: “O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. [...]. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei 5.250/1967 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar

titubeou e reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, a Lei de Imprensa, que continha preceitos vocacionados a impor limites de duvidosa razoabilidade à livre expressão do pensamento.

65. Com efeito, é unânime entre os juristas que o direito à liberdade de expressão possui alcance tal que “não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias”<sup>40</sup>. Atento a esse ponto, DANIEL SARMENTO<sup>41</sup> observa:

**O exercício da liberdade de expressão não é inofensivo. Muitas vezes as palavras e as ideias ferem e isto faz parte do jogo. [...]. Na verdade, a formação de um debate livre, robusto e aberto de ideias na sociedade é um dos objetivos fundamentais da liberdade de expressão, e neste debate alguns fatalmente saem arranhados. Este é um preço que vale a pena pagar para viver numa democracia.**

[g.n.]

66. Tributário dessas ideias, quando instado a examinar a constitucionalidade dos atos conhecidos como “marcha da maconha”, o Supremo Tribunal Federal considerou legítimas tais manifestações, asseverando que as críticas à lei penal vigente também estão protegidas pelo artigo 5º, inciso IV, da Lei Maior. Dos acórdãos que apreciaram a questão é possível extrair:

**Cabível o pedido de "interpretação conforme à Constituição" de preceito legal patorador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à CF. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. **Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (...). Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão****

---

a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País” [Rel. MIN. AYRES BRITTO, j. 30/04/2009].

40 Trata-se de excerto da ementa da decisão proferida pelo STF ao apreciar a ADI n.º 4.451, da qual se cuidará mais adiante.

41 Livres e Iguais. Estudos do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 246.

do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. (...) Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 "interpretação conforme à Constituição" e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. [ADI nº 4.274, Rel. MIN. AYRES BRITTO, j. 23/11/2011, g.n.].

"**Marcha da Maconha**". Manifestação legítima, por cidadãos da República, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). (...) Vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento. (...) A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas. O direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias. Abolição penal (*abolitio criminis*) de determinadas condutas puníveis. Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso. **Discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis. O sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social. Caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF, art. 5º, IV, V e X; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, § 5º). A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais.** O princípio majoritário, que desempenha importante papel no processo decisório, não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional. A função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. Inadmissibilidade da "proibição estatal do dissenso". Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de "livre mercado de ideias". O sentido da existência do *free marketplace of ideas* como elemento fundamental e inerente ao re-

gime democrático (AC 2.695 MC/RS, rel. min. Celso de Mello). A importância do conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes. A livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cuja natureza não se revela compatível com a repressão ao dissenso e que estimula a construção de espaços de liberdade em obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da República. As plurissignificações do art. 287 do CP: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição. Legitimidade da utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição nos casos em que o ato estatal tenha conteúdo polissêmico. [ADPF nº 187, Rel. MIN. CELSO DE MELLO, j. 15/06/2011, g.n.].

67. Na mesma toada, o Pretório Excelso julgou procedente a ADI nº 4.815<sup>42</sup>, conferindo interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, para,

em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

68. Naquela oportunidade, o MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO registrou:

**[...] a liberdade de expressão não deve proteger somente ideias positivas, socialmente aceitas, inofensivas e neutras, mas também aquelas negativas, ofensivas, incômodas e chocantes. Essa é uma exigência do pluralismo e da tolerância, essencial em uma sociedade democrática.** Ainda que alguns tipos de discurso sejam mais protegidos que outros (o discurso político é mais tutelado que a publicidade comercial, por exemplo), há uma presunção de que todas as formas de expressão são, em princípio, amparadas pela liberdade de expressão. Portanto, a liberdade de criação artística e intelectual conferida aos biógrafos não se restringe aos casos em que pretendam divulgar informações elogiosas. Ao contrário, a proteção tende a ser necessária justamente quando a obra possa constituir embaraço para a pessoa retratada ou sua família. Uma publicação verdadeira e lícita não pode depender da boa vontade e elevação de espírito dos biografados.

[g.n.]

42 Rel. MIN. CÁRMEN LÚCIA, j. 10/06/2015.

69. À luz dessas mesmas razões, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que vedavam às emissoras de rádio e televisão veicular críticas a candidatos durante o processo eleitoral. A ementa do *decisum* foi redigida nos seguintes termos:

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PRÉVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA.

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral.

4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes.

5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei nº 9.504/1997, bem como, por arrasamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. [ADI nº 4.451, Rel. MIN. ALEXANDRE DE MORAES, j. 21/06/2018, g.n.].

70. Do voto condutor do julgado, MIN. ALEXANDRE DE MORAES, é possível pinçar importante alerta no sentido de que as críticas dirigidas a agentes públicos e

candidatos, por constituírem importantes instrumentos para o desenvolvimento do processo democrático, gozariam de maior proteção. Confira-se:

[...]Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre os governantes, que nem sempre serão “estadistas iluminados”, como lembrava o JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais.

[...]RONALD DWORKIN, mesmo não aderindo totalmente ao mercado livre das ideias, destaca que: “a proteção das expressões de crítica a ocupantes de cargos públicos é particularmente importante. O objetivo de ajudar o mercado de ideias a gerar a melhor escolha de governantes e cursos de ação política fica ainda mais longínquo quando é quase impossível criticar os ocupantes de cargos públicos” **(O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana.** Martins Fontes: 2006, p. 324).

[g.n.]

71. Sobre esse ponto, CARLOS FREDERICO BARBOSA BENTIVEGNA<sup>43</sup> leciona:

Partilhamos da concepção muito bem defendida por Godoy em seu “A liberdade de Imprensa e os Direitos de Personalidade”<sup>44</sup> onde se lê com a costureira clareza do texto do autor:

O pressuposto, aqui, é não só o de o político, afinal por definição, ser pessoa pública, como, também e principalmente, o de ser, de alguma forma, gestor público. O político gere a coisa pública ou representa a vontade popular. Age, destarte, em nome e no interesse da coletividade. Sua atividade se desenvolve de forma pública, sob a fiscalização da sociedade, para o que, é evidente, necessário que mais se amplie a possibilidade de limitações a seus direitos de personalidade, sem anulá-los de todo, é certo.

A verdade é que a divulgação, a discussão e a crítica de atos ou decisões do Poder Público, ou de seus agentes, não vêm sendo consideradas um

43 Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade. Os limites entre o lícito e o ilícito. Barueri (SP): Manole, 2020, p. 231.

44 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos de Personalidade. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72.

abuso da liberdade de imprensa “desde que não se trate da matéria de natureza reservada ou sigilosa, e a crítica inspirada pelo interesse público, não estando presente o ânimo de injuriar, de caluniar ou difamar”, como ressaltou o TJSP, pondo limites à liberdade de que ora se cuida.

[g.n.]

72. Cumpre destacar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no “Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão”<sup>45</sup>, afirma textualmente que “o discurso sobre funcionários públicos no exercício de suas funções ou sobre candidatos a exercer cargos públicos” contaria com “um nível reforçado de proteção”. Veja-se:

[...] certas formas de discurso contam com um nível reforçado de proteção, a saber: (a) o discurso político e sobre assuntos de interesse público, (b) o discurso sobre funcionários públicos no exercício de suas funções ou sobre candidatos a exercer cargos públicos, e (c) o discurso que expressa um elemento essencial da identidade ou da dignidade pessoais. Esse nível mais alto de proteção implica em uma série de critérios mais estritos para verificar a validade das restrições que forem impostas sobre tais discursos por parte das autoridades. Nos termos da jurisprudência interamericana, existe uma margem muito reduzida para a imposição de restrições a essas formas de expressão.

[...]. Para a Corte Interamericana, a especial proteção de expressões referidas a funcionários públicos ou a assuntos de interesse público tem se justificado, entre outras razões, pela importância de manter um marco jurídico que fomente a deliberação pública, e pelo fato de que os funcionários se expõem voluntariamente a um maior escrutínio social e têm melhores condições para dar explicações ou responder ante os fatos que os envolvam. A esse respeito, a Corte Interamericana afirmou que ‘o direito internacional prevê que a margem de proteção à honra de um funcionário público deve permitir o mais amplo controle cidadão sobre o exercício de suas funções [...]. Essa proteção diferenciada à honra se explica porque o(a) funcionário(a) público(a) se expõe voluntariamente ao escrutínio da sociedade, o que o(a) leva a um maior risco de sofrer prejuízos para a sua honra, bem como pela possibilidade associada à sua condição de ter uma maior influência social e facilidade de acesso aos meios de comunicação para dar explicações ou responder sobre fatos que o envolvam’. A Corte Interamericana reconheceu expressamente que no exame de proporcionalidade, deve-se considerar que as expressões relacionadas ao exercício de funções das instituições do Estado gozam de uma maior proteção, de maneira

45 Aprovado em 30 de dezembro de 2009.

tal que se propicie o debate democrático na sociedade. Isso é assim porque se pressupõe que em uma sociedade democrática, as instituições ou entidades do Estado, como tais, estão expostas ao escrutínio e à crítica do público, e suas atividades se inserem na esfera do debate público. Essa margem não se assenta na qualidade do sujeito, e sim no interesse público das atividades que ele realiza. Daí a maior tolerância em relação a afirmações e apreciações externadas pelos cidadãos no exercício de tal controle democrático. Essas são as demandas do pluralismo próprio de uma sociedade democrática, que requer a maior circulação de notícias e opiniões sobre assuntos de interesse público.

[g.n.]

73. Nesse cenário, partindo da premissa de que “dada sua presença estruturante no sistema de direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV, da CF)”, deve ser conferida prevalência à liberdade de expressão, vieram a lume na Procuradoria-Geral do Estado os **Pareceres PA nº 201/2007 e 55/2009**, ambos de autoria do DR. ELIVAL DA SILVA RAMOS, Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

74. No Parecer **PA nº 201/2007**, concluiu-se que não seria legítima a imputação de infração disciplinar a servidor público que, em denúncias dirigidas a órgãos estaduais, teria se referido de modo depreciativo ao então Secretário da Educação. De acordo com o i. parecerista, as manifestações do agente não passariam de crítica, “ainda que ácida e, provavelmente, injusta”, situada no espectro protetivo do direito à livre expressão do pensamento.

75. O **Parecer PA nº 55/2009** seguiu idêntico caminho, considerando indevida a imputação de descumprimento do dever de “proceder na vida pública e particular de modo a dignificar a função policial” a agente que, por meio da imprensa, tecera severas críticas a importante operação policial. Eis a ementa do opinativo:

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – Procedimento Irregular de Natureza Grave – Insubordinação Grave. DESCLASSIFICAÇÃO. PENA ADMINISTRATIVA – Suspensão – Multa. RECURSO ADMINISTRATIVO – Recurso Hierárquico. POLÍCIA CIVIL.** Investigador de Polícia acusado de, por meio de entrevistas, haver se manifestado de forma depreciativa em relação às autoridades policiais que coordenaram a reação aos dois ataques desfechados pela organização criminosa “PCC” contra a Delegacia de Suzano, promovendo o descrédito da Polícia Civil na região. Desclassificação da conduta supostamente ilícita de figuras disciplinares que ensejariam sanção expulsiva para descumprimento de dever funcional e transgressões disciplinares, com a imposição de penalidade suspen-

siva, convertida em multa. [...]. **Pelo provimento do recurso por falta de tipicidade disciplinar do comportamento descrito na portaria acusatória. Ausência de reprovabilidade, elemento integrante do tipo e associado ao seu elemento subjetivo. Não são puníveis as críticas, sérias e consistentes, formuladas em relação a equívocos administrativos ou a quem os tenha praticado e sim o menoscabo às autoridades constituídas. Prevalência do princípio da livre expressão do pensamento no cotejo com o princípio da hierarquia administrativa, ambos de porte constitucional.** [...].

[g.n.]

76. Constata-se, assim, inexistir dúvidas de que a liberdade de expressão reveste-se de tal abrangência que garante legitimidade mesmo às manifestações de ideias impopulares ou inconvenientes.

77. Isso não quer dizer, contudo, que o direito à livre expressão do pensamento autorize todo e qualquer tipo de discurso. Primeiro, nem todo discurso de conotação negativa se caracteriza como crítica, já que há aqueles que se voltam unicamente à agressão verbal de modo a atingir, sem possibilidade de defesa, a honra ou a imagem de terceiros. Bem por isso, o **Parecer PA n° 55/2009** foi apenas parcialmente aprovado pela então Subprocuradora Geral da Área da Consultoria<sup>46</sup> que, ao apreciar o caso, ponderou:

Em relação ao mérito, afasto-me do entendimento e conclusão do Parecer PA n° 55/09 quanto à ausência de tipicidade disciplinar da conduta atribuída ao recorrente, considerando, para tanto, estar presente nas declarações por ele prestadas à imprensa escrita mais que acidez e excesso de linguagem, **restando claro o menoscabo às autoridades constituídas e a intenção de desacreditar a Instituição Policial, tendo desbordado do direito ao livre exercício da livre expressão do pensamento, que como todo direito não é absoluto.**

[g.n.].

78. Depois, não se pode ignorar as sérias consequências que algumas manifestações podem gerar sobre pessoas e grupos. J. J. GOMES CANOTILHO<sup>47</sup>, ao examinar o alcance do direito fundamental à livre expressão do pensamento, faz recordar que

---

46 DRA. MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH.

47 Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 18 e 23.

“os direitos do homem são os direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é o estado normal e material do homem”. E cita inspirada passagem de LEON DUGUIT:

Afirma-se, com efeito, que o homem natural, isto é, o homem tomado como ser isolado, separado de outros homens, está investido de certas prerrogativas, de certos direitos, que lhe pertencem porque ele é homem, por causa da eminente dignidade da pessoa humana, seguindo a expressão de Henri Michel. Ora, isto é uma afirmação puramente gratuita. **O homem natural, isolado, nascendo livre e independente dos outros homens e tendo direitos constituídos por esta liberdade, é uma abstração sem realidade.** De facto, o homem nasce membro de uma coletividade; ele sempre viveu em sociedade e não pode viver a não ser em sociedade e o ponto de partida de toda a doutrina sobre o fundamento do direito deve ser sem dúvida o homem natural; mas **o homem natural não é o ser isolado e livre dos filósofos do séc. XVIII; é o indivíduo considerado nos laços da solidariedade social.**

79. A valer, “o indivíduo considerado nos laços da solidariedade social”, ainda que esteja autorizado a expressar livremente suas ideias, não está autorizado a, ao fazê-lo, aniquilar direitos assegurados a outros indivíduos. A alteridade impõe limites.

80. E nossa Constituição não desconhece a necessidade de estabelecer limites ao direito à livre expressão do pensamento, contemplando inúmeras passagens que excepcionam a liberdade de manifestação. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO<sup>48</sup> bem lembra que

A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte; como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo status.

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação. Prevê, também, a restrição

48 In: MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 275.

legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, § 3º, II).

A Constituição admitiu que o Poder Público informe a natureza das diversões e dos espetáculos públicos, indicando as faixas horárias em que não se recomendem, além dos locais e horários em que a sua apresentação se mostra inadequada (art. 220 § 3º, I). [...].

81. Mas, afora esses limites explícitos à liberdade de expressão, há ainda outros que, apesar de implícitos, demandam idêntica atenção. Acerca desse ponto, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO<sup>49</sup> leciona:

A Carta brasileira não adotou a fórmula alemã de prever, explicitamente, que a liberdade de expressão possa ser limitada por leis destinadas a proteger a juventude. Isso não impede que, no Brasil, sejam editadas leis, com o fito de proteger valores relevantes da juventude restringindo a liberdade de expressão. Isso porque não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar.

[g.n.]

82. Por isso, mesmo as decisões judiciais como as acima referidas, pautadas na prevalência da livre expressão do pensamento, costumam veicular alertas quanto aos limites inerentes a esse direito fundamental.

83. Do voto do MIN. CEZAR PELUZO no julgamento da mencionada ADPF nº 130, por exemplo, colhe-se:

[...] é pensamento universal que, além de a Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unívoca. Quando a Constituição Federal se refere à plenitude desse direito, ela, evidentemente, não apenas pressupõe as suas próprias restrições literais que constam do *caput* do artigo 220, do § 1º, e das outras normas a que

---

49 Op. cit., p. 276.

se remete, como estabelece que se trata de uma plenitude atuante nos limites conceitual-constitucionais.

Noutras palavras, a liberdade da imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que adota, segundo as suas concepções ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana<sup>50</sup>.

[g.n.]

84. E, do voto do MIN. ALEXANDRE DE MORAES, no julgamento da também já referida ADI nº 4.451, extrai-se:

A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, mas não permite a censura prévia pelo Poder Público<sup>51</sup>.

50 No mesmo julgamento, o MIN. CELSO DE MELLO consignou: “É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, impregnada de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, qualquer tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, pois todos hão de ser livres para exprimir ideias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade. Isso não significa, contudo, que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare exteriorizações contrárias à própria lei penal comum, pois o direito à liberdade de expressão, que não é absoluto, não autoriza condutas sobre as quais já haja incidido, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal que se revele em tudo compatível com os valores cuja intangibilidade a própria Constituição da República deseja ver preservada” [g.n.].

51 Por sua vez, o MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO asseverou: “[...]acho que a liberdade de expressão desfruta de uma primazia, *prima facie*, eu extraio desse fato a consequência de que o seu cerceamento deve passar por um escrutínio extremamente estrito. Só em situações muito excepcionais, muito extraordinárias, é que se deve admitir a censura prévia, que, de resto, é vedada pela Constituição. Dessa forma, censura prévia eu acho que talvez em nenhuma hipótese. Em algumas raríssimas ocasiões, acho que se pode retirar uma manifestação de circulação. Um exemplo que me ocorre é alguém que imputa falsamente, dolosamente, que o candidato é pedófilo. Aí eu acho que, claro, você pode, em determinadas circunstâncias, impedir a circulação dessa informação; embora, como regra geral, a mim, pareça-me

85. Na mesma senda, durante o julgamento da ADI nº 4.815, em que se decidiu que a exigência de autorização prévia à publicação de biografias caracterizava inadmissível atentado ao direito à livre expressão do pensamento, houve diversas manifestações no sentido de que o exercício abusivo desse direito implicaria responsabilização. Eis um excerto do voto do MIN. DIAS TOFFOLI:

[...] esse dispositivo que estamos a julgar - e até porque esse é um tema que será muito divulgado após este julgamento - não está dando nenhum tipo de autorização plena ao uso da imagem das pessoas, ao uso da vida privada das pessoas de uma maneira absoluta, por quem quer que seja, havendo ainda possibilidade, sim, de intervenção judicial no que concerne aos abusos, às inverdades manifestas, aos prejuízos que ocorram a uma dada pessoa. Se alguém tem sua imagem associada, por exemplo, a uma marca comercial, como no caso de uma modelo, sem sua autorização, a Justiça vai retirar isso do comércio e vai proibir. E isso não é censura, nem afronta à liberdade de expressão. É importante se registrar isso, porque a dimensão do art. 20 do Código Civil vai muito, muito, muito além do que diz respeito àquelas realidades de pessoas públicas ou de personalidades que geram o desejo na sociedade de conhecê-las melhor e de saber sua história.

[g.n.]

86. Vale mencionar, ainda, o julgamento de medida cautelar na ADI nº 5.136<sup>52</sup>, na qual foi pleiteada a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 da Lei nº 12.663, de 05 de junho de 2012, a “Lei Geral da Copa”, que limitava as manifestações de torcedores tendentes a gerar conflitos e atentar contra a segurança nos eventos de grande porte. No voto condutor do *decisum*, o MIN. GILMAR MENDES utilizou a ponderação de valores para sustentar a constitucionalidade do ato normativo que, com o intuito de prevenir conflitos nos eventos de porte internacional, impôs restrições à livre expressão dos torcedores. Ao fazê-lo, rememorou:

É notória, por certo, a importância que a liberdade de expressão representa para o regime democrático, inclusive como instrumento para fomentar debates e “assegurar o combate intelectual de opiniões” (den geistigen Kampf der Meinung zu gewährleisten) (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte Staatsrecht II. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, p. 137). Não é verdade, contudo,

---

que a solução ideal em matéria de liberdade de expressão seja a reparação a posteriori, com retificação, com o direito de resposta e, eventualmente, até com indenização” [g.n.].

52 REL. MIN. GILMAR MENDES, j. 1º/07/2014.

que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Há hipóteses em que essa acaba por colidir com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos. Tais tensões dialéticas precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

[g.n.]

87. Dentre as limitações possíveis à livre manifestação do pensamento, talvez a mais significativa seja aquela relativa ao **discurso de ódio**, conduta lesiva que, com a expansão das redes sociais, vem adquirindo grandes proporções<sup>53</sup>.

88. A doutrina conceitua o “discurso de ódio” de modo razoavelmente harmônico, aludindo, como o faz MARIANA GIORGETTI VALENTE, ao “uso de **palavras deliberadamente abusivas**, insultantes, ameaçadoras ou inferiorizantes, a **membros de minorias vulneráveis**, de forma a **instigar o ódio contra elas**”<sup>54</sup>. Segundo a autora:

53 Sobre isso, ANDERSON SCHREIBER pontua: “A sucessão de avanços tecnológicos ligados à internet, às redes sociais, aos *smartphones* e à cultura digital não resultou apenas na abertura de espaços inteiramente novos para o intercâmbio de informações e ideias, mas também em uma alteração na própria forma de se comunicar. Em todo o mundo, especialistas registram, há tempos, o crescimento continuado de um 'movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem'. Trata-se de uma alteração profunda de mentalidade e de hábitos, que exprime um sentimento de insuficiência em relação não apenas ao conteúdo, mas à própria estrutura “*unilateral*” dos meios tradicionais de comunicação de massa, preferindo-se meios que permitam aos indivíduos participar ativamente não apenas da seleção, mas da própria construção e difusão das informações que recebem. Essa mudança de papel do público – que deixa de ser mero destinatário para se transformar, agora, em uma espécie de coautor do discurso comunicativo – assume, na história da comunicação, tom genuinamente revolucionário. Até poucos anos atrás, essa revolução era vista principalmente sob o prisma positivo: o estabelecimento de canais de comunicação autênticos e diretos entre pessoas situadas nas mais diferentes regiões do globo prometia uma espécie de olimpo da liberdade de expressão, no qual a interatividade permanente contribuía para a livre circulação de ideias, para o aumento dos níveis informacionais e, conseqüentemente, para a redução da intolerância e dos preconceitos, a partir do estímulo irresistível ao contato com 'o outro'. Mais recentemente, contudo, o entusiasmo tem cedido espaço para algum ceticismo, provocado pela intensificação do chamado online *hate speech* e pela disseminação de práticas lesivas como o *shaming* e o *cyberbullying*, além de outros fenômenos que exprimem uma espécie de “dark side” das redes sociais e sugerem que novos ambientes comunicativos podem, em certas situações, estar servindo mais à frustração da liberdade de expressão que à sua consagração – e, pior, frequentemente em prejuízo das minorias” [Liberdade de Expressão e Tecnologia. In: SCHREIBER, ANDERSON; MORAES, BRUNO TERRA; TEFFÉ, CHIARA SPADACCINI DE. *Direito e Mídia. Tecnologia e Liberdade de Expressão*. Indaiatuba (SP): Editora Foco, 2020, p. 01, g.n.].

54 Liberdade de expressão e discurso de ódio na internet. In: FARIA, JOSÉ EDUARDO (org.). *A liberdade de*

O discurso de ódio não existe de forma dissociada dos fenômenos relacionados – racismo, sexismo, homofobia, transfobia – e faz, assim, parte de um sistema de dominação social, por influenciar muitos aspectos da vida dos indivíduos. **Ligados que estão a estratificações sociais, os discursos de ódio podem ser entendidos como tal quando são direcionados a grupos que se encontram em uma momentânea ou perene situação de desigualdade de status (e contribuem para sua manutenção)**<sup>55</sup>.

[g.n.]

89. JOÃO TRINDADE CAVALCANTE FILHO<sup>56</sup>, por sua vez, afirma que “o discurso de ódio (*hate speech*) pode ser definido, de forma ampla, como a **expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos.**”

90. E VITOR AMARAL MEDRADO recorre à lição de WINFRIED BRUGGER<sup>57</sup> para oferecer o conceito de *hate speech*. Veja-se:

Em um artigo intitulado **Proteção ou proibição ao discurso de ódio. Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano**, Winfried Brugger ensina que “o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, o ódio ou discriminação contra tais pessoas”. Ao mesmo tempo em que são a expressão de um ponto de vista de alguém, os discursos de ódio podem potencialmente causar danos a outras pessoas, que podem se sentir ofendidas, e mesmo terem o seu dia a dia onerado por serem alvos de insultos, intimidações e assédios<sup>58</sup>.

---

expressão e as novas mídias. São Paulo: Perspectiva, 2020, p. 81.

55 Em interessante artigo sobre o tema, a autora noticia que no código de conduta – não vinculante – assinado pela Comissão Europeia com Facebook, Twitter, YouTube (Google) e Microsoft, o discurso de ódio é definido como “toda conduta incitando publicamente à violência ou ao ódio dirigido a um grupo de pessoas ou a um membro desse grupo, definido por referência a raça, cor, religião, descendência ou origem nacional ou étnica” (*Idem*).

56 **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira. Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 60.

57 **A liberdade de expressão e a justiça brasileira. Tolerância, discurso de ódio e democracia.** 2ª ed. Belo Horizonte: Dialética, 2019, pp. 114/115.

58 De modo parelho, os ensinamentos de CARLOS FREDERICO BARBOSA BENTIVEGNA: “Fomos colher em Alex Potiguar, e seu ‘Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio’, uma definição para o discurso de ódio e ali encontramos o que segue: ‘O discurso de ódio ou o *hate speech* é definido por Michael Rosen-

[g.n.].

91. Destaque-se que o discurso de ódio não se confunde com aquelas manifestações impopulares ou inconvenientes que, como adrede esclarecido, estão asseguradas pelo direito à livre expressão do pensamento.

92. Em brilhante texto dedicado ao assunto, DANIEL SARMENTO<sup>59</sup> demonstra que o discurso de ódio, caracterizado pela propagação de ideias discriminatórias contra grupos estigmatizados, atinge diretamente os fundamentos da liberdade de expressão – a democracia e a dignidade da pessoa humana –, liberdade esta que, por óbvio, não poderia ampará-lo. Com relação aos danos causados pelo *hate speech* à democracia, pondera que:

[o] cenário propício para a tomada de decisões [democráticas] não é aquele em que pessoas ofendem-se livremente umas às outras pelas razões mais baixas, mas antes pressupõe alguma predisposição de cada participante do debate de ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados pelos outros, e até, eventualmente, de rever as suas próprias opiniões. Ele exige respeito mútuo entre os debatedores, que devem reconhecer-se reciprocamente como livres e iguais.

---

feld como o discurso para promover o ódio baseado na religião, etnia, nacionalidade, e podemos acrescentar, ainda, gênero e opção [sic] sexual. Ele é o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outros'. Também já se definiu o discurso de ódio como 'o exercício da liberdade de expressão para insultar grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual etc. Racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso de ódio' [CAVALCANTE FILHO, JOÃO TRINDADE. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17]. Ou, mais sinteticamente, como 'a expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos' [MEYER-PFLUG, SAMANTHA RIBEIRO. **Liberdade de expressão e discurso de ódio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.]. [...] Necessário, no entanto, atentar para o quanto não é discurso de ódio, mas sim posicionamento contrário a ideias que beneficiem grupos minoritários, pelas razões mais diversas. Assim, a discordância ou argumentação contrária (i) às políticas de cotas ou discriminações afirmativas; (ii) à possibilidade de casamento homoafetivo ou (iii) o simples proselitismo de uma determinada crença como único caminho de 'salvação das almas' etc.". [Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade. Os limites entre o lícito e o ilícito. Barueri (SP): Manole, 2020, pp. 239/240].

59 Livres e Iguais. Estudos do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 236/237.

Mas este ambiente é simplesmente inviabilizado pelo hate speech, que está muito mais próximo de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões. Diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada. Nenhum deles contribui minimamente para a “busca da verdade”.

Portanto, não é só porque as ideias associadas ao hate speech são moralmente erradas que o Estado deve coibir esta forma de discurso. O fato de uma ideia ser considerada errada não é base suficiente para a sua supressão da arena da discussão. Este é o pilar fundamental da liberdade de expressão, que não deve ser ameaçado. Mais relevante do que o erro é a constatação de que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento não justifica a proteção do *hate speech*, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição.

[g.n.]

93. No tocante aos efeitos danosos do discurso de ódio sobre o livre desenvolvimento da personalidade humana, o autor carioca aduz<sup>60</sup>:

[...] é certo que a auto-realização e o desenvolvimento da personalidade prespõem auto-estima. Como ressaltou John Rawls, o maior filósofo liberal da contemporaneidade, “talvez o mais importante bem primário seja o auto-respeito”, porque sem ele o indivíduo não tem a energia necessária para eleger seus planos de vida e persegui-los, ou seja, para conduzir autonomamente a própria vida. E não há como negar o tremendo abalo que o hate speech tende a provocar entre suas vítimas, sobretudo àquelas pertencentes a segmentos já socialmente estigmatizados.

[g.n.]

94. Sucede que, além de minar os próprios fundamentos da liberdade de expressão, o discurso de ódio colide diretamente com o direito à igualdade, que também constitui princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Sobre isso, DANIEL SARMENTO assinala:

[...] não há como estruturar uma esfera do discurso público destinada a viabilizar o autogoverno do povo sem partir de certas premissas normativas, e a mais importante delas é o reconhecimento da igual dignidade de todos seus

---

60 Livres e Iguais. Estudos do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242.

**participantes.** Esta premissa é muito mais do que uma regra de civilidade – no sentido de Post. É ela, na verdade, que possibilita que as interações públicas sejam concebidas como verdadeiros diálogos. É certo que a forma de concretização da igualdade é matéria para deliberação no espaço público, mas isto não deve valer para o conteúdo mínimo deste princípio, que tem de compor a própria gramática sobre a qual se articula o discurso do público. **Sem o recíproco reconhecimento da igualdade, qualquer possibilidade de entendimento fica de antemão frustrada, comprometendo com isto a capacidade do discurso público de atuar como instância de mediação, dinamização, fiscalização e legitimação do processo democrático.**

[g.n.].

95. Assim é que, em maior ou menor grau, a coibição ao discurso de ódio tem sido adotada em todos os Estados Democráticos do globo.

96. Mesmo nos Estados Unidos da América, onde a prevalência da liberdade de expressão é levada ao extremo<sup>61-62</sup>, admite-se que certos discursos discriminatórios

---

61 No que tange às ideias dominantes nos EUA a respeito do direito à livre expressão do pensamento, CARLOS FREDERICO BARBOSA BENTIVEGNA leciona: “[...]nos Estados Unidos da América, a Constituição de 1787, através de sua célebre Primeira Emenda de 1971, proclamou que: ‘o Congresso não legisla no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra e de imprensa, ou o direito do povo se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação dos seus agravos’. A doutrina idealizada por John Milton e, ao depois, revisitada e ampliada por John Stuart Mill, tomou como ponto de partida o ideário liberal de John Locke, Montesquieu e outros pensadores e influenciadores do ‘Bill of Rights’. A ideia básica de Stuart Mill era a de que a falibilidade humana não autoriza refutar de plano uma ideia como sendo errada; daí a necessidade de não obstaculizar a circulação de toda e qualquer manifestação no ‘livre mercado das ideias’, mesmo que se mostrassem inadequadas frente aos ideais e crenças majoritários. ‘Stuart Mill entendia que uma ideia, inicialmente considerada como reprovável, poderia, posteriormente, ser tida como certa pela maioria; ou ainda que essa manifestação estivesse realmente errada, seria bem provável que tal ideia tivesse pelo menos algum resquício de correção e, portanto, a sua supressão privaria a sociedade do acesso a algo verdadeiro” [Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade. Os limites entre o lícito e o ilícito. Barueri (SP): Manole, 2020, p. 89].

62 DANIEL SARMENTO anota que “predomina no pensamento jurídico norte-americano uma concepção muito formal deste valor [a liberdade de expressão], que tende a abstrair-se da opressão real exercida no mundo da vida sobre sujeitos de carne e osso. Esta visão, ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presentes nas próprias estruturas sociais, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos. Em matéria de liberdade de expressão, ela ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre os seus alvos”. [Livres e Iguais. Estudos do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 217].

devem ser coibidos. Nessa esteira, a Suprema Corte daquele país tem reprimido o discurso de ódio dirigido a “incitar ou produzir ação ilegal iminente” e “tendente a produzir tal ação”<sup>63</sup>.

97. Mas é importante verificar que essa visão reducionista dominante na Suprema Corte dos Estados Unidos costuma receber duras críticas de respeitável parcela da doutrina americana. VITOR AMARAL MEDRADO<sup>64</sup> revela que, na obra *The Harm in Hate Speech*, JEREMY WALDRON denuncia: “o problema é que a ideia de tolerar os pensamentos que odiamos esconde uma questão mais importante. É que o ódio não prejudica os intelectuais, mas aqueles grupos que são constantemente atacados em panfletos e outdoors odiosos”. E prossegue:

A concepção do mercado de ideias propõe que o que nós realmente precisamos é de um amplo debate público em que várias pessoas podem se engajar e defender os seus pontos de vista, mesmo que as suas opiniões sejam potencialmente danosas para outras pessoas. A ideia de que nazistas e liberais podem honestamente se envolver no debate com respeito aos pontos de vista de cada um é, para Waldron, curiosa. No seu modo de ver:

É claro que devemos poder nos manifestar a favor dos nossos compromissos mais fundamentais. Mas apresentá-los como proposições para vencer um debate – em oposição às características estabelecidas do ambiente social ao qual estamos visivelmente e penetrantemente comprometidos – é exatamente o objetivo do discurso em questão. Sua mensagem implícita aos membros das minorias vulneráveis é algo assim: ‘Eu sei que você acha que é nosso igual. Mas não tenha tanta certeza disso. A própria sociedade em que você está confiando para as suas oportunidades e sua igual dignidade não está totalmente voltada ao apoio essas coisas, e nós vamos fazer crescer essa ambivalência a cada chance que tivermos. Então: pense nisso e tenha medo. O tempo para sua degradação e sua exclusão pela sociedade que atualmente o abriga está chegando rapidamente’. (WALDRON, 2012, p. 95, tradução nossa).

Em outras palavras, para Waldron, **a concepção do mercado de ideias esconde o fato de que racistas e fanáticos não estão honestamente engajados em um debate sincero e despretensioso no espaço público. Ao contrário, a sua aparência de discurso despretensioso esconde um objetivo pernicioso e perigoso:**

---

63 Caso *Brandenburg vs Ohio*, julgado em 1969.

64 A liberdade de expressão e a justiça brasileira. Tolerância, discurso de ódio e democracia. 2ª ed. Belo Horizonte: Dialética, 2019, pp. 129.

a degradação e a exclusão de alguns membros da sociedade<sup>65</sup>.

[g.n.]

98. No Brasil, a Constituição da República não deixa qualquer margem para tolerância ao discurso de ódio. Confira-se:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

Artigo 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: [...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

65 A liberdade de expressão e a justiça brasileira. Tolerância, discurso de ódio e democracia. 2ª ed. Belo Horizonte: Dialética, 2019, Idem, p. 136.

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...].

[g.n.]

99. Com efeito, inviável compactuar com a ideia de que a livre expressão do pensamento autorizaria os discursos de ódio quando a dignidade da pessoa humana e o pluralismo constituem fundamentos da República (artigo 1º). Menos ainda quando essa República elege, dentre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e o compromisso com a luta contra todas as formas de discriminação (artigo 3º). E, se a Lei Maior dessa República conta com comando segundo o qual “qualquer discriminação atentatória dos direitos fundamentais” será punida pela lei, e outro que qualifica o racismo como “crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão” (artigo 5º), a conclusão a que se chega é exatamente oposta: não há espaço para os discursos de ódio em nosso ordenamento.

100. Some-se a isso o fato de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário determinarem a coibição aos discursos de cunho discriminatório e será inescapável reconhecer que cumpre ao Estado brasileiro atuar para reprimir toda sorte de discurso dessa espécie<sup>66</sup>. Eis o que consta, respectivamente, do artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do artigo 13, item 5, do Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 7º

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. **Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal**

---

66 GEORGE MARMELESTEIN lembra que “[...] o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, impedindo a sua violação por quem quer que seja. Isso inclui, muitas vezes, o dever de criminalizar e de punir as violações aos direitos fundamentais. Aliás, é o que se extrai do art. 5º, inc. XLI, da Constituição de 88: ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’. A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem sistematicamente considerando como violação ao dever de proteção a não apuração, de forma rápida, dos crimes praticados em detrimento dos direitos humanos/fundamentais. Para a Corte, a impunidade dos criminosos, entendida como a falha em seu conjunto de investigação, persecução, captura, processo e condenação, ofende o direito das vítimas. Há, portanto, obrigação do Estado de ‘investigar seriamente, como os meios ao seu alcance, as violações cometidas no âmbito de sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, impor-lhes as sanções pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação” [Curso de Direitos Fundamentais. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 423].

discriminação.

Artigo 13

[...] 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

[g.n.]

101. Nesse ambiente normativo, nos idos de 2003, ao julgar o HC nº 82.424<sup>67</sup>, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão paradigmática acerca do tratamento conferido ao discurso de ódio pelo Direito pátrio.

102. Tratava-se do célebre caso **Elwanger**, em que a Corte Constitucional, chamada a examinar a imputação de crime de racismo a um editor de livros que propagava ideias antissemitas, assentou que o direito à livre expressão do pensamento não abrange o direito de disseminar ideias discriminatórias contra grupos historicamente oprimidos. Mais que isso, considerando que a noção de racismo “não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se numa dimensão abertamente cultural e sociológica”<sup>68</sup>, **imprimiu interpretação extensiva ao artigo 20 da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**<sup>69</sup>, para abranger,

67 Pleno, Rel. para o acórdão MIN. MAURÍCIO CORRÊA, j. 17/09/2003.

68 Do Voto do MIN. CELSO DE MELLO, colhe-se: “Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno do valor essencial dos direitos fundamentais da pessoa humana, reagir contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, dentre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais. [...] a noção de racismo [...] não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, como bem o evidenciou HANNAH ARENDT, em sua clássica obra “Origens do Totalitarismo”, quando, ao versar o tema anti-semitismo, - por ela qualificado “como uma ofensa ao bom senso” - refere-se à manipulação arbitrária dos conceitos de inimigo objetivo e de verdade oficial, como expressões destinadas a fomentar os “ódios públicos” contra o povo judeu. [...] a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial - veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou de opinião histórica - transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional” [g.n.].

69 Artigo 20 - Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º - Fabricar, comercializar, distribuir

no tipo penal correspondente ao racismo, também o antisemitismo. Confira-se:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que

---

ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º - Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 3º - No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas; III - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; IV - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. § 4º - Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do

passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

[g.n..]

103. Mais tarde, ao examinar hipótese em que um pastor evangélico, ao professar sua fé, referiu-se a outras crenças de modo consideravelmente depreciativo<sup>70</sup>, o Supremo Tribunal Federal assentou que também a liberdade de expressão do pensamento religioso não autoriza o discurso discriminatório e que este, ao caracterizar preconceito religioso, também configura crime de racismo, nos termos do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989.

104. Eis a ementa do v. aresto proferido no julgamento do RHC nº 146.303:

**Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos.** Recurso ordinário não provido. [...] 2. O direito à liberdade religiosa é, em grande medida, o direito à existência de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de toda a multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa. **3. Há que**

70 Do relatório apresentado pelo MIN. EDSON FACHIN, colhe-se: “a sentença condenatória reproduz os seguintes trechos atribuídos ao paciente e que traduziriam ofensa a grupo religioso (sem grifo no original): ‘O laudo de exame audiográfico de fls. 287/293 relata o conteúdo de um vídeo no qual o acusado Tupirani exhibe os livros ‘guia das ciências ocultas’, ‘Wicca’, ‘Feitiçaria Antiga’, ‘Dogma’ e ‘Ritual de Alta Magia’ e ‘São Cipriano, o Bruxo’, afirmando que: (1) **irão para o lixo e que não os rasgaria para não sujar o estúdio.** (2) **aduz que seu ministério é superior às religiões pagãs onde pessoas sofrem, padecem, são estupradas, violentadas, vivem em medo, em angústia, em aflição.** (3) Acrescenta que satanismo não é religião, que lugares onde as pessoas são destruídas e marionetadas a seguir caminhos de podridão, não são religião. (4) Afirma ainda que **o conteúdo dos referidos livros ensina enganos, a roubar, a furtar, a dominar o sentimento dos outros.** (5) Diz, por fim, se tratar de **pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina como o Islamismo.** (...) Na notícia crime que deu origem a instauração do inquérito policial nº 218- 00399/2009, foi transcrito texto extraído do blog [www.ogritodameianoite.spaces.live.com](http://www.ogritodameianoite.spaces.live.com), no qual o acusado Tupirani se refere à outra religião como ‘prostituta espiritual’ e à Igreja Católica como ‘prostituta católica’. [...]” [g.n..].

se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito. 4. Como apontado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado recorrido, a conduta do paciente não consiste apenas na “defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente [d]a do paciente”. 5. Recurso ordinário não provido. [2ª T, Rel. para o acórdão MIN. DIAS TOFFOLI, j. 06/03/2018].

105. De acordo com o i. MIN. DIAS TOFFOLI, que proferiu o voto condutor do julgado:

[...] A sentença transcreve uma série de fatos que estão colocados em vídeos, estão na internet de maneira permanente, alimentando o ódio, alimentando a intolerância. Vou destacar apenas uma frase. Veja o que se diz sobre o islamismo: "Diz, por fim, tratar-se de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina". **Não podemos tolerar este tipo de intolerância. Este tipo de atuação não se enquadra na liberdade de expressão, não se enquadra, com a devida vênia, na ideia de liberdade religiosa; muito pelo contrário.** E cabe ao Estado fazer essa pacificação. Se o Estado não pacificar, vamos passar a viver uma guerra de religiões, porque aí a outra religião vai dizer que a outra é assassina, que a outra é pior do que ela, que ela é a melhor etc.; e nós, ao invés de sermos um instrumento de pacificação social, com a devida vênia, Senhor Presidente, vamos aprofundar algo que está ocorrendo no mundo e pelo mundo afora, causando muita infelicidade, que é a intolerância. Nós temos que retomar a tolerância, mas de que forma? Ente tantas outras, sancionando - e nós temos o tipo penal que está aqui transcrito. [...].

Isso, ressalte-se, está consolidado em documentos internacionais. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, por exemplo, em seu artigo 18, item 3, seguindo as mesmas diretrizes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, fez a seguinte especificação quanto às fronteiras do direito à liberdade de religião:

“A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas” (grifei).

A mesma ideia foi ratificada pelo Brasil em âmbito regional. Os exatos termos acima foram também transcritos no art. 12, item 3, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), da qual o

Brasil é signatário <sup>71</sup>.

[g.n.].

106. Não obstante esse entendimento, o Pretório Excelso reconhece que **nem todo discurso religioso contrário a outras crenças há de caracterizar discurso de ódio**. E isso porque, **dentro de certos limites**, a crítica a doutrinas distintas à professada pelo adepto de uma religião seria inerente à liberdade de expressão religiosa. Eis o que se extrai da ementa do **RHC nº 134.682**:

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. LIVRO. PUBLICAÇÃO. PROSELITISMO COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. [...]. 3. A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação. 4. No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura compor-**

---

71 O voto proferido pelo i. MIN. CELSO DE MELLO no caso também é elucidativo a respeito do pensamento vigente no Supremo Tribunal Federal sobre o tema: "A intolerância e as práticas discriminatórias dela resultantes, motivadas por impulsos irracionais, especialmente quando dirigidas contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil e a todas as instâncias de poder situadas no âmbito do aparelho de Estado, com particular destaque para o Supremo Tribunal Federal. Regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou, até mesmo, com comportamentos de ódio, pois uma de suas características essenciais reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade de visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres e protegidos contra ações estatais (ou particulares) que lhes restrinjam os direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica. Vê-se, portanto, que a intolerância, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, transgride, de modo frontal, valores básicos, como a dignidade da pessoa humana e o próprio significado da noção de pluralismo (CF, art. 1º, III e V), que compõem, enquanto fundamentos estruturantes que são, o próprio conceito de Estado Democrático de Direito. O que se mostra irrecusável, presente essa configuração da ordem democrática, é o fato de que a observância desses padrões constitucionais, notadamente o veto absoluto a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), representa fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural. [...] Resulta claro, pois, que o tratamento constitucional dispensado, entre outras prerrogativas fundamentais da pessoa, à liberdade religiosa deslegitima qualquer medida individual ou governamental de intolerância e de desrespeito ao princípio básico que consagra o pluralismo de ideias" [g.n.].

tamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. [...] 7. Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais. 8. Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal. 9. Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente. [1ª T., Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/11/2016, g.n.].

107. Em seu voto, o MIN. EDSON FACHIN cita interessante procedimento sugerido por NORBERTO BOBBIO, para a avaliação da compatibilidade de certos discursos com os ditames da igualdade. Veja-se:

Segundo Norberto Bobbio, em clássica obra, a desigualação desemboca em discriminação na hipótese em que ultrapassa, de forma cumulativa, três etapas. A primeira delas, relaciona-se a um juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos:

“(...) isto é, na constatação da diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo. Num juízo de fato deste gênero, não há nada de reprovável: os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante.” (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, grifei)

Já na segunda, implementa-se um juízo valorativo direcionado à hierarquização:

“O juízo discriminante necessita de um juízo ulterior, desta vez, não mais de fato, mas de valor: ou seja, necessita que, dos dois grupos diversos, um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais, etc) e o outro inferior. Compreende-se muito bem que uma coisa é dizer que dois indivíduos ou grupos são diferentes, tratando-se de uma mera constatação de fato que pode ser sustentada por dados objetivos, outra coisa é dizer que o primeiro é superior ao segundo.” (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, grifei)

Na hipótese de discursos religiosos, a comparação entre crenças e a ocorrência de explicitações de qual é a mais adequada entre elas é da essencialidade da

liberdade de expressão religiosa.

Por fim, a terceira e indispensável fase consiste em um juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo tido como inferior:

“Para que a discriminação libere todas as suas consequências negativas, não basta que um grupo, com base num juízo de valor, afirme ser superior ao outro. Pode-se muito bem pensar num indivíduo que se considere superior ao outro mas não extraia de modo algum deste juízo a consequência de que é seu dever escravizá-lo, explorá-lo ou até mesmo eliminá-lo.” (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, grifei).

Hodiernamente, possível compreender que essa terceira fase se contenta com o juízo de, sob qualquer aspecto, violar a dignidade humana dos praticantes de determinada religião, forte na dimensão que se tem conferido ao aludido fundamento da República.

Assim, não apenas a finalidade de eliminação, mas também o intuito de supressão ou redução de direitos fundamentais sob razões religiosas já configura, em si, conduta discriminatória e, nessa medida, não albergada pela Constituição e sujeita, em tese, à censura penal.

Necessário, portanto, precisar o sentido de exploração e eliminação, que, nas palavras de Bobbio, relaciona-se à avaliação de que o suposto superior detém o dever e, ao mesmo tempo, a prerrogativa de subjugar o indivíduo considerado inferior:

“(…) com base precisamente no juízo de que uma raça é superior e a outra inferior, sustenta que a primeira deve comandar, a segunda obedecer, a primeira dominar, a outra ser subjugada, a primeira viver, a outra morrer. Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto à concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. (...) “Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes.” (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 109, grifei).

Já nas hipóteses em que se reconhece que cabe ao pretense superior prestar auxílio ao considerado inferior, verifica-se a presença tão somente das primeiras etapas (cognitivas e valorativas, mas não a terceira que legitimaria a dominação), de modo que, nesses casos, não se cogita de conduta discriminatória apta a desafiar a reprimenda penal.

[g.n.]

108. Na mesma linha, o julgamento da ADI nº 2.566<sup>72</sup>, em que restou assentado:

A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. **O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa. (...) A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso dos argumentos críticos.** Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações. O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária. **Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária** [Rel. para o acórdão MIN. EDSON FA-CHIN, j. 16/05/2018, g.n.].

109. Mais recentemente, ao julgar a ADO nº 26<sup>73</sup>, o Pretório Excelso deu mais um passo adiante na concretização dos comandos postos nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e IV e 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição da República, e reconheceu que o discurso de ódio dirigido aos integrantes da comunidade LGB-TQIA+ constitui crime de racismo, nos termos do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989.

72 No julgamento, restaram vencidos os Ministros ALEXANDRE DE MORAES e LUIZ FUX, para os quais o proselitismo religioso em regra redundaria em discurso discriminatório de feição odiosa. Segundo o MIN. ALEXANDRE DE MORAES, “a modalidade singular de persuasão suscetível de ser praticada sob o método proselitista acaba abusiva em si mesma, quando no uso de meio específico de comunicação de massa consistente em serviço de radiodifusão de caráter comunitário, que, como decorre da lei, é autorizado para finalidades diferentes. [...] Convém atentar, por isso mesmo, para a intuitiva diferença, na área da linguagem, entre o chamado discurso autoritário, de um lado, e o discurso tolerante ou polêmico, de outro (vide, por exemplo, KOCH, Ingedore G. V. *Argumentação e linguagem*, 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2004. p. 82). Nos discursos pautados pelo autoritarismo, nega-se ao interlocutor toda a possibilidade imediata de refletir e de questionar aquilo que por essa via lhe é imposto. Tais discursos assumem forma assemelhada à da síntese ‘eu sei, portanto é verdade’, e, como tais, não admitem contestação. Já os discursos tolerantes ou polêmicos, governados pelo respeito à liberdade dos destinatários, podem reduzir-se ao modelo ‘eu acho, portanto é possível’. Não pode haver dúvida de que estes últimos, mais até do que os primeiros, reverenciam a liberdade de pensamento, sem procurar silenciar, intimidar ou converter divergentes, sem pretender impor a verdade do que sustentam, sem excluir ou ocultar outras opiniões passíveis de ser consideradas. O proceder contrário, que pode decorrer do proselitismo, é que constituiria forma anômala de comunicação, intransigente por natureza, antítese da liberdade, o que se mostra incompatível com a finalidade da radiodifusão comunitária”.

73 Rel. MIN. CELSO DE MELLO, j. 13/06/2019. Foram opostos Embargos de Declaração, ainda não apreciados.

110. No voto condutor do julgado, o i. MIN. CELSO DE MELLO afirmou:

O constituinte originário, fundado na metanorma da dignidade do ser humano, dedicou-se especificamente à erradicação de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, ‘caput’, da Constituição da República, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CR. Além disso, conferiu à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CR) e definiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível. Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero. [...].

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.

Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. Foi por tal razão que enfatizei, no voto que proferi em referido julgamento (HC 82.424/RS), que os núcleos do tipo penal previstos no art. 20, “caput”, da Lei nº 7.716/89

revestem-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esses comportamentos podem assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável da intolerância racial.

[g.n.]

111. E, especificamente quanto aos impactos da criminalização da homotransfobia sobre o direito à livre expressão do pensamento religioso, esclareceu:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

[...] pronunciamentos de índole religiosa que extravasam os limites da livre manifestação de ideias, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público contra os integrantes da comunidade LGBT, por exemplo, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

[g. n.].

112. Como se vê, ainda que seja possível discordar do tratamento conferido ao discurso de ódio pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, é fato que o Supremo Tribunal Federal consagrou orientação no sentido de que o discurso discriminatório não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico e pode, inclusive, caracterizar crime de racismo.

113. Por isso, de rigor admitir que, diante da provável caracterização de discurso de ódio com conteúdo racista em publicação veiculada por Procurador do

**Estado em suas redes sociais, caberá apuração da conduta no âmbito disciplinar.** Em tese, o ato poderá caracterizar infração funcional correspondente à “prática de [...] atos definidos como crime apenados com reclusão ou crime inafiançável e imprescritível, nos termos da Constituição Federal”, punível com demissão a bem do serviço público.

114. Mas, ainda que a manifestação de conteúdo discriminatório, por um motivo ou por outro, não caracterize propriamente crime de racismo, é possível que configure procedimento irregular de natureza grave, punível com demissão (artigo 135, IV, c, da LOPGE). Curial, aqui, rememorar que **as condutas dos servidores que atentem contra a dignidade da Administração Pública ficam necessariamente sujeitas a repressão na órbita disciplinar.**

115. E o discurso discriminatório proferido por servidor público, com frequência, caracterizará ofensa gravíssima ao prestígio da instituição a que se vincula e do próprio serviço público. A esse respeito, cabe destacar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no já referido “**Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão**”, reconhece que os servidores públicos têm “o **dever de assegurar-se de que os seus pronunciamentos não constituam violações dos direitos humanos**”. Consta do documento:

Pelas obrigações estatais de garantia, respeito e promoção dos direitos humanos, é dever dos funcionários públicos assegurar-se de que ao exercerem sua liberdade de expressão, não estejam causando o desconhecimento de direitos fundamentais. Nas palavras da Corte Interamericana, “devem considerar que, na condição de funcionários públicos, têm uma posição de garante dos direitos humanos fundamentais das pessoas, e, por isso, suas declarações não podem chegar a desconhecer esses direitos”. Como consequência, os funcionários públicos não podem, por exemplo, violar o princípio de presunção de inocência ao imputarem a meios de comunicação ou jornalistas delitos que ainda não foram investigados e definidos judicialmente.

[g.n.]

116. Logo, afigura-se inescapável concluir que as manifestações de servidores públicos que impliquem vulneração de direitos humanos em tese, especialmente aquelas que configurem discurso de ódio, estão sujeitas à persecução na esfera disciplinar, com todas as garantias decorrentes do contraditório e do devido processo legal. As referências doutrinárias e jurisprudenciais constantes deste opina-

tivo poderão servir como guia para a justa apreciação dos casos concretos.

## I.5 – CONCLUSÕES PARCIAIS

117. Por tudo isso, em relação aos questionamentos atinentes à possibilidade de publicações efetuadas por Procuradores do Estado em redes sociais caracterizarem infração ao dever funcional de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, ante os influxos dos direitos fundamentais à privacidade e à livre manifestação do pensamento, conclui-se que: (i) o tipo infracional correspondente ao descumprimento do dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, insculpido no artigo 121, inciso III, da LOPGE, há de ser interpretado conforme à Constituição, o que significa que a subsunção de um fato concreto à norma que o prevê não poderá implicar mácula aos direitos fundamentais dos servidores públicos, dentre os quais os direitos à intimidade, à vida privada e à livre expressão do pensamento (artigo 5º, incisos IV e X, da CRFB/1988); (ii) a doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os precedentes emanados pela Procuradoria Geral do Estado permitem concluir que, mesmo ante os influxos dos direitos à intimidade e à vida privada, consagrados no artigo 5º, X, da Constituição da República, condutas privadas de Procuradores do Estado podem, em tese, caracterizar ilícito funcional correspondente à inobservância ao dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”; (iii) diante do caso concreto, a punição do servidor por incurso em tal infração fica condicionada à demonstração da existência de reflexo relevante da conduta particular sobre a dignidade da função pública; ; (iv) as manifestações nas redes sociais não estão, em princípio, protegidas pelos direitos à intimidade e à vida privada, de maneira que, quando efetuadas por servidores públicos, poderão caracterizar infração funcional correspondente ao descumprimento do dever de manter conduta compatível com a dignidade da função pública; (v) o direito à livre expressão do pensamento, embora goze de certa prevalência, não se reveste de caráter absoluto, não conferindo legitimidade ao discurso de ódio, que é aquele vocacionado a insultar grupos socialmente estigmatizados; (vi) o discurso de ódio é marcadamente discriminatório, não se confundindo com as posições meramente impopulares, estas sim asseguradas pelo direito à liberdade de expressão; (vii) de acordo com o Supremo Tribunal Federal, ao lesar diretamente os comandos postos nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e IV e 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição da República, o discurso de

ódio caracterizador de antissemitismo, discriminação religiosa e homotransfobia configura crime de racismo, nos termos do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989; (viii) diante da possível caracterização de discurso de ódio em publicação veiculada por Procurador do Estado em suas redes sociais, caberá apuração da conduta no âmbito disciplinar; (ix) ainda que não se possa vislumbrar a caracterização de crime de racismo em certos discursos discriminatórios, essa conduta, quando praticada por servidores públicos, poderá, em tese, configurar procedimento irregular de natureza grave.

## **II – DA COMPETÊNCIA PARA APURAR OS ILÍCITOS FUNCIONAIS IMPUTADOS AOS PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO**

118. A Constituição Federal de 1988 insere a Advocacia Pública no âmbito das funções essenciais à Justiça e, quanto aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, estabelece:

Artigo 132 - Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19/1998)

[g.n.]

119. Note-se que o parágrafo único do dispositivo, ao condicionar a estabilidade dos Procuradores a “avaliação de desempenho pelos órgãos próprios”, alude expressamente a corregedorias às quais atribui a função de elaborar relatório circunstanciado que deverá preceder essa avaliação.

120. A previsão desses órgãos fiscalizadores no âmbito das Procuradorias dos Estados tem, portanto, sede constitucional. Nas palavras de ANTONIO CARLOS ALENCAR CARVALHO<sup>74</sup>,

---

74 Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp.

É evidente que o legislador constituinte derivado buscou conferir também competências disciplinares intuitivas para as Corregedorias próprias das Procuradorias de Estados e do DF, conferindo-lhes poder exclusivo para apreciar a conduta dos membros da carreira da advocacia pública, dadas as peculiaridades da função.

A finalidade da norma constitucional do art. 132, par. único, da Lei Maior, no sentido da aferição de desempenho de Procuradores em estágio probatório perante Corregedorias próprias das Procuradorias de Estado e do DF, justifica interpretação extensiva para abranger também a apuração e processamento de responsabilidade disciplinar, protegendo-se os membros da carreira de procedimentos investigativos ou sancionadores movidos por órgãos estranhos à instituição da advocacia pública, o que igualmente se compagina com a vedação de que servidores não componentes da carreira funcionem como membros de trinca processante de sindicância ou processo administrativo disciplinar contra Procuradores Públicos, a bem de propiciar plena independência funcional e atuação desembaraçada de receios de retaliação por outros órgãos ou autoridades ou até particulares contrariados pela atuação dos advogados do Estado.

[g.n.]

121. Seguindo essa trilha, a Constituição do Estado de São Paulo preceitua:

**Artigo 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.**

**§1º - Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos artigos 132 e 135 da Constituição Federal.**

**§2º - Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do "caput" deste artigo.**

**§3º - Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias<sup>75</sup>.**

---

463/464.

75 Artigo com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de abril de 2004.

.....  
**Artigo 100 - A direção superior da Procuradoria Geral do Estado compete ao Procurador-Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria-Geral do Estado, na forma da respectiva Lei Orgânica.**

Parágrafo único - O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

[g.n.]

122. O Constituinte estadual, destarte, consagrou a Procuradoria Geral do Estado como instituição “essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual”, conferindo-lhe **corregedoria própria**, cujas atribuições devem ser disciplinadas por lei orgânica.

123. E, a demonstrar a importância reconhecida à Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado, incumbiu-lhe a **direção superior da instituição**, em conjunto com o Procurador Geral e com o Conselho da Procuradoria.

124. A Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, além de reafirmar esse comando, atribui mandato de dois anos ao Procurador do Estado Corregedor Geral, cuja nomeação e destituição submete a procedimentos específicos. Veja-se:

Artigo 5º - A Procuradoria Geral do Estado, cujas atribuições se exercem em três áreas de atuação - Consultoria Geral, Contencioso Geral e Contencioso Tributário-Fiscal - é integrada pelos seguintes órgãos:

I - Superiores:

- a) Gabinete do Procurador Geral;
- b) Conselho da Procuradoria Geral do Estado;
- c) **Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado; [...].**

.....  
Artigo 7º - Além das competências previstas na Constituição Estadual e em lei, **cabe ao Procurador Geral:**

[...] VI - **submeter ao Governador lista tríplice, formada pelo Conselho, para nomeação do Procurador do Estado Corregedor Geral;**

VII - submeter ao Conselho o encaminhamento ao Governador de proposta de destituição do Procurador do Estado Corregedor Geral, nas hipóteses do artigo 15, inciso XXVII, desta lei complementar; [...].

.....  
**Artigo 15 - Compete ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado:**

I - elaborar lista tríplice a ser encaminhada ao Governador para escolha do Procurador do Estado Corregedor Geral;

[...] XXVII - decidir, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus membros, pelo encaminhamento ao Governador de proposta do Procurador Geral visando à destituição do Corregedor Geral em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão dos deveres do cargo, assegurada ampla defesa; [...].

**SEÇÃO IV**

**Da Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado**

Artigo 16 - A Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado será constituída por um Procurador do Estado Corregedor Geral, um Procurador do Estado Corregedor Geral Adjunto e por Procuradores do Estado Corregedores Auxiliares.

§ 1º - O Corregedor Geral será nomeado pelo Governador, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, dentre os integrantes dos dois últimos níveis da carreira de Procurador do Estado, que não registrem punição de natureza disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos, indicados em lista tríplice formada pelos membros do Conselho, após votação secreta e uninominal.

§ 2º - Compete ao Governador a destituição do Corregedor Geral, observado o disposto no artigo 15, inciso XXVII, desta lei complementar.

§ 3º - O Corregedor Geral Adjunto e os Corregedores Auxiliares serão indicados pelo Corregedor Geral e designados pelo Procurador Geral, entre os Procuradores do Estado com mais de 5 (cinco) anos de efetivo exercício na carreira que não registrem punição de natureza disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos.

§ 4º - Ao Corregedor Geral Adjunto compete substituir o Corregedor Geral em suas faltas e impedimentos e colaborar na condução das atividades administrativas afetas à Corregedoria.

§ 5º - O número de Corregedores Auxiliares será fixado pelo Conselho da Procuradoria Geral do Estado, proporcionalmente ao número de integrantes da carreira em efetivo exercício, provenientes das três áreas de atuação da Procuradoria Geral do Estado.

§ 6º - O Corregedor Geral Adjunto e os Corregedores Auxiliares desempenharão suas funções com prejuízo das atribuições do cargo de Procurador do Estado.

[g.n.]

125. Ou seja, no intuito de garantir a necessária independência à atuação do órgão interno de fiscalização da Procuradoria Geral do Estado, que conta com assento constitucional, **o legislador estadual concebeu regime jurídico específico para o Procurador do Estado Corregedor Geral.**

126. Com efeito, nos termos dos artigos 7º, inciso VI, 15, inciso I, e 16, § 1º, da LOPGE, a nomeação do Procurador do Estado Corregedor Geral para mandato de dois anos compete ao Governador do Estado, que deverá escolher dentre os integrantes da carreira indicados em lista tríplice elaborada pelo Conselho da Procuradoria e encaminhada pelo Procurador Geral.

127. E, em respeito ao princípio da simetria das formas, nos termos dos artigos 7º, inciso VII, 15, inciso XXVII, e 16, § 2º, da LOPGE, a destituição do Procurador do Estado Corregedor Geral antes do decurso do prazo de dois anos dar-se-á apenas por ato do Governador do Estado, nas hipóteses “de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão dos deveres do cargo”, mediante proposta do Procurador Geral do Estado acolhida por 2/3 (dois terços) dos membros do Conselho, “assegurada ampla defesa”.

128. Noutros termos: **ao outorgar mandato ao titular do cargo em comissão de Procurador do Estado Corregedor Geral, o legislador o excluiu da demissibilidade *ad nutum* típica dos cargos de provimento comissionado<sup>76</sup>, condicionando sua destituição à existência de motivo legal e procedimento próprio.**

129. Pois bem. A Lei Complementar nº 1.270/2015 atribui à Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado competência para orientar e fiscalizar as atividades funcionais e a conduta dos membros da instituição, imputando-lhe uma série de atribuições, in verbis:

**Artigo 17 - A Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta de seus membros, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições:**

I - fiscalizar e orientar as atividades dos órgãos da Procuradoria Geral do Estado e dos integrantes da carreira, no exercício de suas funções;

---

76 Conquanto o artigo 71, inciso II, da LOPGE, situe o cargo de Procurador do Estado Corregedor Geral dentre os cargos de provimento em comissão privativos de Procurador do Estado, é evidente que as normas em apreço concebem regime bastante peculiar a este cargo em comissão.

II - apreciar as representações que lhe forem encaminhadas relativamente à atuação da Procuradoria Geral do Estado e dos integrantes da carreira;

III - realizar correições nos órgãos da Procuradoria Geral do Estado e nos órgãos jurídicos das autarquias referidas no artigo 3º, inciso I, desta lei complementar, propondo ao Procurador Geral e ao Conselho medidas necessárias à racionalização e eficiência dos serviços;

IV - organizar e divulgar os dados estatísticos das atividades desenvolvidas pelos diversos órgãos da Procuradoria Geral do Estado, propondo a criação de cargos ou sua redistribuição;

V - fornecer subsídios para a avaliação periódica dos Procuradores do Estado e verificar o atendimento aos padrões de desempenho profissional estabelecidos;

VI - requisitar cópias de peças e trabalhos, certidões e informações, relativos às atividades desenvolvidas pelos integrantes da carreira;

**VII - realizar, com exclusividade, procedimentos disciplinares contra integrantes da carreira de Procurador do Estado;**

VIII - encaminhar ao Procurador Geral proposta de regulamento do estágio probatório dos integrantes da carreira;

IX - acompanhar o estágio probatório dos Procuradores do Estado e, quando necessário, prestar ao Conselho informações acerca da respectiva conduta e do desempenho profissional;

X - submeter ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado proposta de confirmação ou de exoneração do Procurador do Estado em estágio probatório;

XI - indicar ao Procurador Geral as necessidades materiais ou de pessoal nos serviços afetos à Procuradoria Geral do Estado.

[g.n.]

130. Dentre tais atribuições, merece destaque a competência para realizar, **com exclusividade**, procedimentos disciplinares em face dos integrantes da carreira, prevista no inciso VII do artigo 17 e reafirmada no artigo 141, § 1º, do mesmo diploma. Confira-se:

**Artigo 141 - As infrações disciplinares imputadas a Procurador do Estado serão apuradas mediante os seguintes procedimentos, assegurados o contraditório e a ampla defesa:**

I - **sindicância**, quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de repreensão, suspensão ou multa;

II - **processo administrativo**, quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa

determinar as penas de demissão, de demissão a bem do serviço público e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

§ 1º - Os procedimentos disciplinares de que trata este artigo:

1 - serão realizados exclusivamente pela Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado e presididos pelo Corregedor Geral ou por Corregedor Auxiliar por ele designado;

2 - terão caráter sigiloso, exceto a decisão final e a que julgar recurso ou revisão, que serão publicadas no Diário Oficial do Estado, dentro do prazo de 8 (oito) dias, e averbadas no registro funcional do Procurador do Estado;

3 - não poderão ser sobrestados, salvo para aguardar decisão judicial, mediante despacho motivado da autoridade competente para aplicar a pena, observado o disposto no artigo 140, § 3º, item 1, desta lei complementar.

§ 2º - Quando não houver elementos suficientes para a caracterização da infração ou da sua autoria, será instaurada apuração preliminar, de natureza investigativa.

[g.n.]

131. É certo que a LOPGE confere competências de índole disciplinar aos demais órgãos superiores da Procuradoria Geral do Estado: ao Procurador Geral do Estado e ao Conselho, tanto quanto ao Corregedor Geral, atribui competência para “determinar a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar contra integrantes da carreira de Procurador do Estado” (artigo 7º, inciso XVII, artigo 15, XII, e artigo 142<sup>77</sup>); ao Conselho da Procuradoria, atribui competência para “opinar sobre a aplicação de penalidade disciplinar a Procurador do Estado, bem como nos recursos correspondentes” (artigos 15, inciso XIII, 167 e 168<sup>78</sup>); e, ao Procurador

---

77 Artigo 142 - Os procedimentos disciplinares de que trata o artigo 141 desta lei complementar serão instaurados por determinação: I - do Procurador Geral; II - do Corregedor Geral; III - do Conselho da Procuradoria Geral do Estado.

78 Artigo 167 - Concluído o procedimento com a elaboração do relatório opinativo, os autos serão enviados pelo Corregedor Geral, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado, para deliberação. Parágrafo único - O Conselho poderá: 1 - determinar ou propor novas diligências; 2 - reconhecer a existência de defeitos ou de nulidades e determinar ou propor as providências para o saneamento, quando for o caso; 3 - propor o arquivamento, a absolvição ou a condenação; 4 - propor a aplicação de penalidade; 5 - determinar ou propor qualquer providência de interesse da Administração.

Artigo 168 - Encerrada a apreciação do procedimento, o Conselho emitirá parecer conclusivo e en-

Geral do Estado, atribui competência para aplicar sanções disciplinares aos membros da Procuradoria (artigo 7º, inciso XVII, *in fine*)<sup>79</sup>.

132. No entanto, à luz dos artigos 17, inciso VII e 141, § 1º, da LOP-GE, não há dúvidas de que a competência para **realizar** procedimento disciplinar em face de Procuradores do Estado incumbe **exclusivamente** à Corregedoria Geral, desde a instauração<sup>80</sup> até o encaminhamento do relatório opinativo ao Conselho.

133. Ora, considerando que, de acordo com o artigo 16, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar nº 1.270/2015<sup>81</sup>, o Corregedor Geral, o Corregedor Geral Adjunto e os Corregedores Auxiliares são todos, necessariamente, integrantes da carreira de Procurador do Estado, é de se admitir que estariam todos, em princípio, sujeitos a processo disciplinar no âmbito da Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado.

134. De fato, a aplicação dessa regra geral nas hipóteses de apuração de ilícito disciplinar imputado ao Corregedor Geral Adjunto e aos Corregedores Auxiliares

---

caminhará os autos ao Procurador Geral que, em 10 (dez) dias, os decidirá ou, nas hipóteses de impedimento e suspeição previstas nesta lei complementar, os encaminhará ao Governador para decisão.

79 De acordo com o artigo 168, da LOPGE, na hipótese de impedimento ou suspeição do Procurador Geral do Estado, os autos serão encaminhados para decisão do Governador. Confira-se: “Artigo 168 - Encerrada a apreciação do procedimento, o Conselho emitirá parecer conclusivo e encaminhará os autos ao Procurador Geral que, em 10 (dez) dias, os decidirá ou, nas hipóteses de impedimento e suspeição previstas nesta lei complementar, os encaminhará ao Governador para decisão.

80 Artigo 18 - Compete ao Corregedor Geral, dentre outras atribuições: I - instaurar de ofício, por determinação do Procurador Geral ou do Conselho, apurações preliminares, sindicâncias e processos administrativos disciplinares contra Procuradores do Estado e servidores da Procuradoria Geral do Estado, nas infrações conexas, e designar o Corregedor Auxiliar encarregado da sua realização; [...].

81 Artigo 16 - A Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado será constituída por um Procurador do Estado Corregedor Geral, um Procurador do Estado Corregedor Geral Adjunto e por Procuradores do Estado Corregedores Auxiliares. § 1º - O Corregedor Geral será nomeado pelo Governador, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, dentre os integrantes dos dois últimos níveis da carreira de Procurador do Estado, que não registrem punição de natureza disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos, indicados em lista tríplice formada pelos membros do Conselho, após votação secreta e uninominal. [...] § 3º - O Corregedor Geral Adjunto e os Corregedores Auxiliares serão indicados pelo Corregedor Geral e designados pelo Procurador Geral, entre os Procuradores do Estado com mais de 5 (cinco) anos de efetivo exercício na carreira que não registrem punição de natureza disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos. [g.n.].

liares parece não encontrar óbices, eis que eventual impedimento ou suspeição dos demais integrantes da Corregedoria haverá de ser superado conforme o disposto nos seguintes dispositivos da LOPGE:

**Artigo 16** - A Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado será constituída por um Procurador do Estado Corregedor Geral, um Procurador do Estado Corregedor Geral Adjunto e por Procuradores do Estado Corregedores Auxiliares.

[...] § 4º - Ao Corregedor Geral Adjunto compete substituir o Corregedor Geral em suas faltas e impedimentos e colaborar na condução das atividades administrativas afetas à Corregedoria.

.....  
**Artigo 18** - Compete ao Corregedor Geral, dentre outras atribuições:

I - instaurar de ofício, por determinação do Procurador Geral ou do Conselho, apurações preliminares, sindicâncias e processos administrativos disciplinares contra Procuradores do Estado e servidores da Procuradoria Geral do Estado, nas infrações conexas, e **designar o Corregedor Auxiliar encarregado da sua realização**; [...]

.....  
**Artigo 123** - É defeso ao Procurador do Estado exercer suas funções em processo judicial ou administrativo:

I - em que seja parte ou de qualquer forma interessado;

II - em que haja atuado como advogado de qualquer das partes;

III - em que seja parte ou tenha interesse cônjuge ou companheiro, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;

IV - nos casos previstos na legislação processual e na lei que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

.....  
**Artigo 127** - Nas hipóteses previstas neste capítulo, o Procurador do Estado comunicará ao seu superior hierárquico imediato, em expediente próprio, os motivos do impedimento ou da suspeição, para que este os acolha ou rejeite. [...].

[g.n.]

135. Sucede que essas normas não se prestam a solucionar o problema posto pelo **impedimento** de todos os membros da Corregedoria da Procuradoria

Geral do Estado para apurar ilícito disciplinar imputado ao Corregedor Geral, responsável direto por suas designações (artigo 16, § 3º). Evidentemente, não se poderia imaginar situação em que o hierarca superior pudesse ser objeto de procedimento disciplinar conduzido por seus próprios subalternos.

136. Mas, longe de indicar a existência de lacuna legislativa a respeito da matéria, tal constatação está a demonstrar que a apuração de eventuais ilícitos atribuídos ao Corregedor Geral enquanto tal não compete à Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado.

137. Neste ponto, cumpre rememorar que a LOPGE concebeu regime jurídico específico para o Corregedor Geral, que é nomeado pelo Governador do Estado para exercer mandato de dois anos e não se submete hierarquicamente ao Procurador Geral do Estado ou ao Conselho, com quem partilha a direção superior da Procuradoria.

138. Diante dessas peculiaridades que circundam o cargo de Procurador do Estado Corregedor Geral, o regime de responsabilização incidente sobre a autoridade que o exerce não poderia mesmo ser análogo àquele a que se submetem os demais integrantes da carreira.

139. Bem por isso, a LOPGE concebeu procedimento específico para apuração de ilícitos administrativos imputáveis ao Corregedor Geral: o procedimento de destituição.

140. Trata-se de procedimento previsto expressamente no artigo 128, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal de 1988, em relação ao Procurador Geral da República e aos Procuradores de Justiça dos Estados e do Distrito Federal<sup>82</sup>, mas que também costuma figurar em diplomas que regem outras carreiras de Estado ou agências reguladoras, com o intuito de assegurar o exercício independente de certos postos de trabalho cujo provimento se dá por

---

82 § 2º - A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal. [...] § 4º - Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

prazo certo<sup>83\_84</sup>.

141. Consoante adrede mencionado, a LOPGE prevê que, na hipótese de fundadas suspeitas de que o Corregedor Geral teria incorrido em “**abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão dos deveres do cargo**”, compete ao Procurador Geral do Estado propor sua destituição ao Conselho (artigo 7º, inciso VII). A este órgão superior compete, então, “decidir, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus membros,

---

83 Nesse sentido, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, prevê detalhadamente o procedimento para destituição do Procurador Geral de Justiça. Confira-se: “Artigo 13 - A destituição do Procurador-Geral de Justiça, terá cabimento em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão nos deveres do cargo. Artigo 14 - A destituição do Procurador-Geral de Justiça, por iniciativa da Assembleia Legislativa, por 1/3 (um terço) de seus membros, será disciplinada na forma do seu Regimento Interno. Artigo 15 - A proposta de destituição do Procurador-Geral de Justiça, por iniciativa da maioria absoluta do Colégio de Procuradores de Justiça, formulada por escrito, dependerá da aprovação de dois terços de seus integrantes, mediante voto secreto, assegurada ampla defesa. § 1º - Recebida a proposta pelo Secretário do Colégio de Procuradores de Justiça, este, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dela cientificará, pessoalmente, o Procurador-Geral de Justiça, fazendo-lhe a entrega de cópia integral do requerimento. § 2º - No prazo de 10 (dez) dias, contados da ciência da proposta, o Procurador-Geral de Justiça poderá oferecer contestação e requerer a produção de provas. § 3º - Encerrada a instrução, será marcada, no prazo de 5 (cinco) dias, reunião para julgamento, facultando-se ao Procurador-Geral de Justiça fazer sustentação oral, finda a qual, o Presidente do Colégio procederá à colheita dos votos. § 4º - O processo será presidido pelo Procurador de Justiça mais antigo na segunda instância, em exercício. § 5º - A proposta de destituição, se aprovada, será encaminhada, juntamente com os autos respectivos, à Assembleia Legislativa no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ou se rejeitada, será arquivada. Artigo 16 - Aprovada a proposta de destituição pelo Colégio de Procuradores de Justiça, o Procurador-Geral de Justiça será afastado provisoriamente do cargo e substituído na forma desta lei complementar até ulatimação do processo. Parágrafo único - Cessará o afastamento previsto neste artigo se o processo de destituição, na Assembleia Legislativa, não for concluído em 90 (noventa) dias a contar da data da comunicação da proposta aprovada pelo Colégio de Procuradores de Justiça. Artigo 17 - A destituição do Procurador-Geral de Justiça dependerá da deliberação, mediante voto secreto, da maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa, nos termos do seu Regimento Interno. Artigo 18 - Aprovada a destituição, o Colégio de Procuradores de Justiça, diante da comunicação da Assembleia Legislativa, declarará vago o cargo de Procurador-Geral de Justiça e cientificará imediatamente o Conselho Superior do Ministério Público. Parágrafo único - Caso não tenha baixado as normas regulamentadoras para elaboração da lista tríplice de acordo com o artigo 10 desta lei complementar, o Conselho Superior do Ministério Público as expedirá no prazo do artigo 11, procedendo-se, em qualquer caso, na forma estabelecida na Subseção II deste Capítulo”.

84 Consigne-se que o julgamento da ADI nº 1949-MC fornece substanciosos subsídios a respeito da destituição de agentes investidos a prazo certo no âmbito de agências reguladoras. No voto condutor, o i. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE aduziu: “A nomeação a termo condicionada à aprovação prévia do nome pelo Senado Federal é o regime comum a todas essas modernas agências reguladoras, como também é comum a todas elas a exigência para destituição no prazo, de motivo legal, com ou sem previsão de processo administrativo para apurar a existência desse motivo” [j. 18/11/1999].

pelo encaminhamento ao Governador de proposta do Procurador Geral visando à destituição do Corregedor Geral”, “assegurada ampla defesa” (artigo 15, inciso XXVII).

142. **A efetiva destituição do Procurador do Estado Corregedor incumbe, porém, apenas ao Governador do Estado** (artigo 16, § 2º).

143. Curial destacar que esse tratamento específico conferido pela LOPGE ao Corregedor Geral não configura ofensa ao princípio da igualdade, mas, ao revés, caracteriza evidente homenagem à isonomia material, que impõe tratamento desigual àqueles que se encontram em situações distintas.

144. Acresce que a previsão de procedimento específico para apuração de ilícitos imputados ao Corregedor Geral não representa risco de impunidade, eis que, uma vez destituído do cargo em comissão, o Procurador do Estado poderá ser processado no âmbito da Corregedoria, a quem incumbe “realizar, **com exclusividade**, procedimentos disciplinares contra integrantes da carreira de Procurador do Estado”.

145. Não se deve vislumbrar, nessas situações em que o Corregedor Geral é destituído e, ato contínuo, em razão dos mesmos fatos, submetido a processo administrativo disciplinar no âmbito da Corregedoria, hipótese de *bis in idem*. Isso porque a **destituição é penalidade específica a ser aplicada ao Corregedor Geral enquanto ocupante do cargo em comissão provido por prazo certo, ao passo que as sanções disciplinares previstas na LOPGE, que vão até a demissão a bem do serviço público, incidem sobre ele enquanto titular do cargo efetivo de Procurador do Estado.**

146. Nesse sentido, a Controladoria Geral da União (CGU) editou o enunciado nº 02, de 05 de maio de 2011, segundo o qual “a aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a **destituição do cargo em comissão não obstam a instauração de procedimento disciplinar visando à apuração de**

## irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público”<sup>85\_86</sup>.

147. Ora, se tal ilação é válida no tocante à penalidade de destituição de cargo em comissão, prevista na Lei Federal nº 8.112/1990 ao lado das demais penalidades disciplinares que recaem sobre titulares de cargo efetivo, com maior razão há de se aplicar no campo de incidência da LOPGE, que disciplina a destituição do cargo de Corregedor Geral como penalidade específica, apartada das sanções funcionais que recaem sobre os titulares de cargo efetivo de Procurador do Estado.

85 Embora a Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, não contemple a destituição dentre as penalidades disciplinares aplicáveis aos servidores em geral, o instituto é previsto na Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, in verbis: “Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada” [g.n.].

86 Anote-se, contudo, que esse entendimento não é unânime. PAULO MOURA VEIGA, por exemplo, sustenta que “se o dever é violado e corresponde a um determinado posto de trabalho ou cargo, então é nesse posto de trabalho ou cargo que o trabalhador deve ser sancionado e não em qualquer outro (dir-se-á que um trabalhador que tenha violado deveres específicos de um cargo dirigente enquanto nele esteve provido não pode ver a punição pelos erros então cometidos ser repercutido sobre a carreira ou posto de trabalho que detém enquanto trabalhador público) (...) pelos actos ilícitos praticados no exercício de tais cargos apenas poderá o trabalhador ser sancionado com a pena de cessação da comissão em serviço, não podendo a violação de deveres próprios do cargo dirigente que ocupa repercutir-se punitivamente sobre a carreira ou o posto de trabalho de origem” [Estatuto disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública anotado. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011, pp 50 e 120, Apud. CARVALHO, ANTONIO CARLOS ALENCAR. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 1462]. Na mesma senda, PALHARES MOREIRA REIS: “A destituição da função comissionada – a qual, pela legislação somente pode ser ocupada por servidor provido em cargo efetivo, faz com que este perca, por decisão disciplinar, o exercício da função comissionada. A destituição da função comissionada, como penalidade, não se confunde com a exoneração pura e simples, a critério discricionário do chefe que nomeou o ocupante da mesma. É, como se ressaltou, uma penalidade. Assim, somente deverá ocorrer se houver falta grave, cometida pelo seu ocupante, eis que a responsabilidade funcional do ocupante de uma função comissionada é bem maior do que a do servidor comum, “pois assenta na confiança que lhe depositou a autoridade que promoveu a sua designação”. Cabe a indagação: pode, além dessa sanção disciplinar, ser aplicada qualquer outra, relativa ao cargo efetivo, pelo mesmo fundamento? Entendemos que não. [...] a destituição de função comissionada, que tem maior sentido naqueles casos em que o provimento é por prazo certo (“mandato” na linguagem corrente), não poderá permitir que se aplique outra penalidade pela mesma violação. A **cumulação de sanções prevista no art. 125 [Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.] somente pode ocorrer quando sejam de espécies diferentes, e não da mesma natureza, em gradações distintas**. Nem se trata de pena acessória, como as elencadas nos artigos 136 e 137 da mesma Lei” [Processo disciplinar. 2ª ed. Brasília: Consulex, 1999, p. 3030, Apud CARVALHO, ANTONIO CARLOS ALENCAR. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 1466/1467, g.n.].

148. A reforçar tal entendimento, tem-se que o Parecer PA nº 47/2005<sup>87</sup>, ao examinar hipótese em que titular de cargo efetivo incorreu em falta funcional quando em exercício de cargo de Superintendente de autarquia estadual, concluiu pela possibilidade de, depois de exonerado o servidor de tal cargo, instaurar-se procedimento administrativo disciplinar para apurar falta funcional supostamente cometida durante o exercício deste. Confira-se:

[...]. O cargo de Diretor Superintendente da ADAESP é exercido em comissão, mediante nomeação pelo Senhor Governador para um mandato de dois anos, admitida recondução (artigo 9º, caput, da LCE nº 919/2002). Por existir mandato, prevê a lei que a perda do cargo se dá na ocorrência de “ilícito administrativo, apurado em processo administrativo, na forma estabelecida no regimento interno da autarquia, ou com base em condenação judicial transitada em julgado” (artigo 9º, § 1º, do mesmo diploma legal).

[...]. Titularizando cargo efetivo, o interessado não perdeu a condição de servidor público ao exercer o cargo em comissão de Diretor Superintendente da ADAESP, autarquia que nunca teve, de direito, suas atividades iniciadas. O servidor efetivo que ocupa cargo em comissão não perde o vínculo original que mantém com a Administração, tanto que pode optar pela remuneração do cargo efetivo, nos termos do artigo 172 da Lei estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, que dispõe “o funcionário ocupante de cargo efetivo, ou em disponibilidade, poderá ser nomeado para cargo em comissão, perdendo, durante o exercício desse cargo, o vencimento ou remuneração do cargo efetivo ou o provento, salvo se optar pelo mesmo”.

26. Decorre de todo o exposto que as faltas atribuídas ao servidor, que teriam sido cometidas enquanto ocupante do cargo de Diretor Superintendente da ADAESP, considerado o conjunto de circunstâncias analisadas neste parecer, devem ser apuradas pela Unidade Processante Permanente da Pasta, na medida em que o servidor em questão está sujeito ao crivo disciplinar da Secretaria de Agricultura e Abastecimento.

[g.n.]

149. Por tudo isso, em relação aos questionamentos atinentes à competência para apurar desvios funcionais imputados a integrantes da carreira de Procurador do Estado de São Paulo, conclui-se que: (i) nos termos dos artigos 17, inciso VII e 141, § 2º, da LOPGE, compete à Corregedoria, com exclusividade, realizar procedimentos disciplinares em face dos integrantes da carreira de Procurador do

87 Parecerista DRA. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS.

Estado, inclusive do Corregedor Geral Adjunto e dos Corregedores Auxiliares; (ii) nos termos dos artigos 7º, inciso VII, 15, inciso XXVII, e 16, § 2º, da LOPGE, os quais estabelecem regime jurídico específico para responsabilização do Corregedor Geral enquanto ocupante desse cargo comissionado, a apuração de eventuais ilícitos a ele imputados será realizada em procedimento de destituição, realizado no âmbito do Conselho da Procuradoria Geral do Estado, cuja decisão final incumbe ao Governador do Estado; (iii) concretizada a destituição, os mesmos fatos que a ensejaram poderão ensejar procedimento administrativo disciplinar em face do ex-Corregedor Geral, no âmbito da Corregedoria, para aplicação das penalidades funcionais que eventualmente incidam sobre ele enquanto titular do cargo efetivo de Procurador do Estado.

### III – CONCLUSÕES FINAIS

150. Pelas razões alinhavadas ao longo deste opinativo, conclui-se:

I – em relação aos questionamentos atinentes à possibilidade de publicações efetuadas por Procuradores do Estado em redes sociais caracterizarem infração ao dever funcional de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, ante os influxos dos direitos fundamentais à privacidade e à livre manifestação do pensamento, que:

(i) o tipo infracional correspondente ao descumprimento do dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”, inculcado no artigo 121, inciso III, da LOPGE, há de ser interpretado conforme à Constituição, o que significa que a subsunção de um fato concreto à norma que o prevê não poderá implicar mácula aos direitos fundamentais dos servidores públicos, dentre os quais os direitos à intimidade, à vida privada e à livre expressão do pensamento (artigo 5º, incisos IV e X, da CRFB/1988);

(ii) a doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os precedentes emanados pela Procuradoria Geral do Estado indicam que, mesmo ante os influxos dos direitos à intimidade e à vida privada, consagrados no artigo 5º, X, da Constituição da República, condutas privadas de Procuradores do Estado podem, em tese, caracterizar ilícito funcional correspondente à inobservância ao dever de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública”;

(iii) diante do caso concreto, a punição do servidor por incurso em tal infração fica condicionada à demonstração da existência de reflexo relevante da conduta particular sobre a dignidade da função pública;

(iv) as manifestações nas redes sociais não estão, em princípio, protegidas pelos direitos à intimidade e à vida privada, de maneira que, quando efetuadas por

servidores públicos, poderão caracterizar infração funcional correspondente ao descumprimento do dever de manter conduta compatível com a dignidade da função desempenhada;

(v) o direito à livre expressão do pensamento, embora goze de certa prevalência, não se reveste de caráter absoluto, não conferindo legitimidade ao discurso de ódio, que é aquele vocacionado a insultar grupos socialmente estigmatizados;

(vi) o discurso de ódio é marcadamente discriminatório, não se confundindo com as posições meramente impopulares, estas sim asseguradas pelo direito à liberdade de expressão;

(vii) de acordo com o Supremo Tribunal Federal, ao lesar diretamente os comandos postos nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e IV e 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição da República, o discurso de ódio caracterizador de antissemitismo, discriminação religiosa e homotransfobia configura crime de racismo, nos termos do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989;

(viii) diante da possível caracterização de discurso de ódio em publicação veiculada por Procurador do Estado em suas redes sociais, caberá apuração da conduta no âmbito disciplinar;

(ix) ainda que não se vislumbre a caracterização de crime de racismo em certos discursos discriminatórios, essa conduta, quando praticada por servidores públicos, poderá, em tese, configurar procedimento irregular de natureza grave.

II – em relação aos questionamentos atinentes à competência para apurar desvios funcionais imputados a integrantes da carreira de Procurador do Estado de São Paulo, que:

(i) nos termos dos artigos 17, inciso VII e 141, § 2º, da LOPGE, compete à Corregedoria, com exclusividade, realizar procedimentos disciplinares em face dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, inclusive do Corregedor Geral Adjunto e dos Corregedores Auxiliares;

(ii) nos termos dos artigos 7º, inciso VII, 15, inciso XXVII, e 16, § 2º, da LOPGE, os quais estabelecem regime jurídico específico para responsabilização do Corregedor Geral enquanto ocupante desse cargo comissionado, a apuração de eventuais ilícitos a ele imputados será realizada em procedimento de destituição, cuja decisão final incumbe ao Governador do Estado;

(iii) concretizada a destituição, os mesmos fatos que a ensejaram poderão ensejar procedimento administrativo disciplinar em face do ex-Corregedor Geral, no âmbito da Corregedoria, para aplicação das penalidades funcionais que eventualmente incidam sobre ele enquanto titular do cargo efetivo de Procurador do Estado.

**É o parecer, *sub censura*.**

São Paulo, 29 de janeiro de 2021.

**JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA  
PROCURADORA DO ESTADO**

PROCESSO: PGE-EXP-2020/25378

INTERESSADO: GILDEVÂNIO ILSO DOS SANTOS DINIZ (GIL DINIZ)-DEPUTADO ESTADUAL

PARECER: PA n.º 3/2021

O criterioso e bem-elaborado Parecer PA n.º 3/2021, que integralmente acompanha, reúne uma plêiade de ensinamentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais que confirmam a sindicabilidade disciplinar de manifestações lançadas em redes sociais por servidores públicos, em especial por integrantes da carreira de Procurador do Estado. Ao mesmo tempo, a peça jurídica sublinha o conteúdo amplíssimo do direito à liberdade de expressão, a que, entretanto, o ordenamento constitucional vigente não confere caráter absoluto, sobretudo em situações que evidenciam distinção entre posições meramente impopulares e os denominados discursos de ódio.

Extrai-se dos entendimentos pacificados dos tribunais, alguns vinculantes para a Administração Pública, que, em hipótese nenhuma, a liberdade de expressão – também a religiosa – funciona de anteparo à responsabilização do servidor que, mesmo fora do desempenho de suas atribuições, venha a investir contra direitos fundamentais da pessoa humana, dos quais todo funcionário público há de ser garante permanente. Eis, neste proceder, um modo especialmente nefasto de aviltar o exercício da função pública.

O parecer traz ainda anotações sobre o regime de responsabilização disciplinar do Corregedor Geral, do Corregedor Geral Adjunto e dos Corregedores Auxiliares da Procuradoria Geral do Estado, de modo que, também neste ponto, responde com impecável rigor técnico à consulta formulada no expediente.

Transmitam-se os autos, pois, à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral com proposta de aprovação do opinativo.

P.A., em 22 de fevereiro de 2021.

**DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR**  
**PROCURADOR DO ESTADO RESPONDENDO PELO EXPEDIENTE**  
**DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**  
**OAB/SP N.º 245.540**

**PROCESSO: PGE-EXP-2020/25378**

**INTERESSADO: GILDEVÂNIO ILSO DOS SANTOS DINIZ (GIL DINIZ)-DEPUTADO ESTADUAL**

**ASSUNTO: GILDEVÂNIO ILSO DOS SANTOS DINIZ (GIL DINIZ)-DEPUTADO ESTADUAL**

**PARECER: PA n.º 3/2021**

1. A Procuradoria Administrativa analisou de forma percuciente as questões jurídicas que lhe foram submetidas, quais sejam, (i) a possibilidade de publicações feitas por Procuradores do Estado em redes sociais caracterizarem violação do dever funcional de “proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública” (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, art. 121, III) e (ii) a competência para a apuração de eventuais desvios funcionais de Procuradores do Estado, especialmente daqueles que integram a Corregedoria Geral da Instituição.

2. Manifesto minha concordância com relação à orientação jurídica constante do **Parecer PA n.º 3/2021**, que mereceu a aquiescência da Chefia da Especializada, e encaminho os autos à Senhora Procuradora Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 31 de março de 2021.

**EUGENIA CRISTINA CLETO MAROLLA**  
**SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO**  
**CONSULTORIA GERAL**

**PROCESSO: PGE-EXP-2020/25378**

**INTERESSADO: GILDEVÂNIO ILSO DOS SANTOS DINIZ (GIL DINIZ)-DEPUTADO ESTADUAL**

**ASSUNTO: GILDEVÂNIO ILSO DOS SANTOS DINIZ (GIL DINIZ)-DEPUTADO ESTADUAL**

1. Aprovo o Parecer PA nº 03/2021, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 09 de abril de 2021.

**MARIA LIA PINTO PORTO CORONA  
PROCURADORA GERAL DO ESTADO**

## **PARECER CJ/SE N° 50/2021**

SIGILO. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. QUESTIONAMENTOS FORMULADOS PELA ADMINISTRAÇÃO A RESPEITO DA DISCIPLINA PREVISTA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD). LEI FEDERAL N° 13.709/2018. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. OBSERVAÇÕES E RECOMENDAÇÕES.

# PARECERES

---

**PROCESSO: SEDUC-EXP-2020/322937**

**INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO**

**PARECER: CJ/SE n.º 50/2021**

## **EMENTA:**

SIGILO. Proteção de dados pessoais. Questionamentos formulados pela Administração a respeito da disciplina prevista na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei federal nº 13.709/2018. Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Tratamento de dados pessoais sensíveis. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Observações e recomendações.

1. Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica para resposta a questionamentos formulados pela Administração a respeito da disciplina prevista na recém-vigente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709/2018, LGPD).

2. Constam de fls. 3/4 cerca de 20 (vinte) perguntas, nos seguintes termos:

Posto isso, elencam-se, abaixo, algumas das dúvidas já presentes, destacadas pela Coordenadoria de Tecnologia, Informação, Evidências e Matrícula - CITEM, acerca de como realizar o tratamento.

Vejamos:

Especificamente, no tocante às crianças e adolescentes, há um tratamento diferente com relação à utilização de seus dados pelo poder público?

Os termos de consentimento de dados inseridos na SED (documentos anexos ao processo) resguardam os gestores de eventuais penalidades? Quais as informações necessárias que devem constar do termo de consentimento?

Podemos considerar que uma vez assinado o termo, teremos o consentimento vitalício dos responsáveis?

Para fins acadêmicos/pesquisa, precisamos de outro termo de consentimento para fornecer os dados pessoais para terceiros? Quais são as ressalvas previstas no §5º do artigo 7º?

No §2º do art.º 14, temos que os controladores deverão manter as informações sobre os tipos de dados coletados. Como isso se daria: no Termo de Consentimento?

A SEDUC precisa elencar todos os tipos de dados que tenha coletado ou apenas o termo de consentimento basta?

O Inciso IV do parágrafo 1º do artigo 26 preconiza que a transferência de dados pessoais a entidades privadas pode ocorrer quando a transferência é respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. Os acordos de cooperação nos resguardam com relação a isso? E os termos de sigilo de dados?

A SEDUC pode ser controladora e operadora de dados "ao mesmo tempo", nos termos definidos pelos incisos VI e VII do artigo 5º? E como definir o encarregado?

Outrossim, pleiteia-se especial análise, para fins de adaptação às rotinas da SEDUC, no que tange aplicação dos artigos 14 (tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes) e 23 a 30 (tratamento de dados pessoais pelo Poder Público) da norma em comento, principalmente quanto às rotinas de armazenamento de dados de terceiros, bem como em relação aos dados sensíveis de funcionários e servidores. Ademais, requer-se que seja indicado eventual implicação da LGPD no tocante a dados informados mediante solicitações junto à Ouvidoria ou órgãos de controle, haja vista a Lei de Acesso à Informação, além de esclarecimentos quanto às responsabilidades envolvidas.

### 3.0 expediente se encontra instruído com:

(i) memorando da i. Chefia de Gabinete da Secretaria da Educação (fls. 2/4);

(ii) minuta de termo de consentimento de titular de dados para o tratamento pela SEDUC (fls. 7/8);

(iii) minuta de termo de consentimento de pai, mãe ou responsável pelo titular de dados para o tratamento pela SEDUC (fls. 9/10);

(iv) Cota CJ/SE nº 494/2020, propondo o encaminhamento dos autos ao Comitê coordenado pela Subsecretaria de Serviços ao Cidadão, Tecnologia e Inovação, dada sua competência (fls. 11);

(v) Despacho da i. Chefia de Gabinete da Secretaria da Educação, encaminhando os autos à Secretaria do Governo (fls. 12);

- (vi) Manifestação da Central de Dados do Estado de São Paulo, encaminhando os autos à i. Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral (fls. 13);
- (vii) Cota SUBG-CONS n.º 410/2020, da i. Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral, encaminhando os autos a esta Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação para manifestação sobre a consulta formulada, nos termos da e-orientação SubG-Cons. n.º 22/2020 (fls. 14/15).

3.1. No presente caso, portanto, a Pasta instruiu o expediente com minutas de termo de consentimento inseridas no Sistema Secretaria Escolar Digital (SED), questionando se tais documentos resguardam os gestores de eventuais penalidades.

3.2. Os dois termos de consentimentos de fls. 7/8 e 9/10 possuem o mesmo teor, com a diferença de que o primeiro diria respeito a termo de consentimento do titular de dados e o segundo diria respeito a termo de consentimento de pai, mãe ou responsável pelo titular de dados. Transcrevo:

“TERMO DE CONSENTIMENTO DE TITULAR DE DADOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PELA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

I - TERMO DE CONSENTIMENTO DE TITULAR DE DADOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PELA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento visa registrar a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o Titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para finalidade específica, em conformidade com a Lei n.º 13.709 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Ao manifestar sua aceitação para com o presente termo, o Titular consente e concorda que a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo (SEDUC-SP) tome decisões referentes ao tratamento de seus dados pessoais, bem como realize o tratamento de tais dados, envolvendo operações 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.**

TERMO

Eu, \_\_\_\_\_, RG \_\_\_\_\_, CPF \_\_\_\_\_, por meio deste dou meu consentimento à Secretaria da Educação do Estado de São Paulo (SEDUC-SP), para o tratamento de meus dados pessoais, inclusive os sensíveis, pela SEDUC/SP, para o atendimento ao disposto na Lei N.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Ainda por meio deste, registro a ciência de que serão seguidos e respeitados, pela

SEDUC-SP, ente controlador dos referidos dados, os direitos previstos nos Artigos 17, 18, 19 e 20, por meio da observância das regras para o tratamento de dados pessoais pelo poder público previstas no Artigos 23, 26 e 27 da mesma Lei” (fls. 7/8).

“TERMO DE CONSENTIMENTO DE PAI, MÃE OU RESPONSÁVEL POR TITULAR(ES) DE DADOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PELA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

II - TERMO DE CONSENTIMENTO DE PAI, MÃE OU RESPONSÁVEL POR TITULAR(ES) DE DADOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PELA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento visa registrar a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o Titular concorda com o tratamento dos dados pessoais da(s) criança(s) e/ou adolescente(s) pelos quais é responsável, para finalidade específica, em conformidade com a Lei nº 13.709 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Ao manifestar sua aceitação para com o presente termo, o Titular consente e concorda que a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo (SEDUC-SP) tome decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais dos indivíduos abaixo listados, bem como realize o tratamento de tais dados, envolvendo operações 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.

TERMO

Eu, \_\_\_\_\_,  
RG \_\_\_\_\_, CPF \_\_\_\_\_, por meio deste dou meu consentimento à Secretaria da Educação do Estado de São Paulo (SEDUC/SP), para o tratamento dos dados pessoais, inclusive os sensíveis, das seguintes crianças e/ou adolescentes, na condição de (MÃE / PAI / RESPONSÁVEL LEGAL):

NOME, RG

NOME, RG

NOME, RG....

Ainda por meio deste, registro a ciência de que serão seguidos e respeitados, pela SEDUC/SP, ente controlador dos referidos dados, os direitos previstos nos Artigos 17, 18, 19 e 20, por meio da observância das regras para o tratamento de dados pessoais pelo poder público previstas no Artigos 23, 26 e 27 da mesma Lei” (fls. 9/10).

3.3. Assim instruídos vieram os autos para análise e parecer.

**É o relatório. Passo a opinar.**

4. Inicia-se a análise dos questionamentos formulados pela Pasta tomando por premissa que o titular dos dados pessoais seja pessoa maior de idade, para, em seguida, se analisar o tratamento de dados pessoais sensíveis também destes mesmos titulares maiores de idade e, ao final, se examinar a questão do tratamento de dados pessoais (sensíveis ou não) de crianças e adolescentes, dada a peculiaridade de cada um desses temas.

## **I. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS (NÃO SENSÍVEIS) DE TITULARES MAIORES DE IDADE**

5. Inicia-se, então, a análise pelo tratamento de dados pessoais (não sensíveis) de titulares maiores de idade.

6. As previsões da LGPD de hipóteses autorizativas do tratamento de dados pessoais são denominadas de “bases legais de tratamento de dados pessoais”. O consentimento do titular é uma das bases legais de tratamento (art. 7º, I, LGPD), mas não é a única, não sendo, também, hierarquicamente superior às demais. Assim, há que se destacar que o consentimento dos titulares não será sempre necessário. Quando o tratamento a ser efetuado pela Secretaria da Educação se enquadrar em uma das hipóteses previstas na LGPD que autorizam as operações com dados pessoais independentemente de consentimento, este estará dispensado. Cabe à Pasta, então, em cada caso concreto, observar se o tratamento pretendido se encontra autorizado por uma das bases legais previstas na LGPD que dispensam o consentimento do titular. As bases legais de tratamento independentemente de consentimento do titular estão previstas no artigo 7º, II a X, da LGPD, com destaque, tratando-se de Poder Público, para os incisos II e III. Confira-se:

Art. 7º - O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

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;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

IX - 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; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. [...]

[...]

§ 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular. [...]

6.1. Para além do artigo 7º, tratando-se de Estado, há que se destacar a disposição do artigo 23 da LGPD, situada no Capítulo IV, que versa especificamente sobre o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público:

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 (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

IV - (VETADO).(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 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) (...).

6.2. Conforme os princípios que regem a atuação da Administração Pública previstos no artigo 37 da Constituição da República, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o artigo 23 da LGPD exige que o tratamento de dados pessoais pelo Estado observe a finalidade e o interesse públicos, tendo como objetivo a execução das competências e a prestação dos serviços públicos nos termos da lei. Nesses casos, não se exige do Poder Público a obtenção de consentimento do titular para o tratamento.

6.3. Demanda-se, por outro lado, a observância da transparência por parte do Poder Público, informando, de modo claro e atualizado, em veículo de fácil acesso, preferencialmente por meio dos sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet), as hipóteses em que ocorre o tratamento, bem como a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas adotados. Significa, portanto, que, embora o consentimento do titular seja dispensado nas hipóteses antes referidas, o tratamento dos dados deve ser feito nos estritos limites e para atender a finalidade previstos em lei; outros usos e promoção de finalidades diversas requerem, por conseguinte, o consentimento do titular. Exige-se, ademais, a nomeação de encarregado, que atuará como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD (art. 5º,

VIII, LGPD).

6.4. Questão fundamental a ser observada em todo e qualquer tratamento é a de que este só será viável se atender aos princípios previstos no artigo 6º da LGPD: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (art. 6º, LGPD). De acordo com tais princípios, o tratamento de dados pessoais deve ser realizado para objetivo merecedor de tutela e devidamente informado, vedada qualquer forma de discriminação ilícita ou abusiva (princípios da finalidade e da não discriminação). Faz-se mister que a operação prevista seja pertinente ao alcance da finalidade aventada e que o procedimento ocorra sem excessos, na exata medida para se alcançar o dito propósito. Com efeito, o tratamento de dados pessoais há de ocorrer conforme sua razão justificadora e no limite desse escopo, encerrando-se a operação tão logo haja seu cumprimento (princípios da adequação e da necessidade).

6.4.1. Ademais, assegura-se ao titular do dado pessoal acesso facilitado e gratuito à forma e à duração do tratamento, assim como à integralidade das informações pessoais (princípio do livre acesso). Garante-se que os dados sejam exatos, claros, relevantes e atualizados, consoante o objetivo da operação (princípio da qualidade dos dados). Demanda-se a prestação de informações claras, precisas e facilmente acessíveis aos titulares a respeito dos tratamentos realizados e dos agentes que os promovem, respeitados os segredos comercial e industrial, bem como que a operação seja efetuada de acordo com medidas técnicas e administrativas seguras (princípios da transparência e da segurança). Exige-se a adoção de providências que evitem a ocorrência de incidentes, determinando-se aos agentes de tratamento a demonstração do implemento das normas de proteção e da eficácia das medidas cumpridas (princípios da prevenção e da responsabilização e prestação de contas).

6.5. Registre-se que há controvérsia doutrinária de se, em tema de tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, o artigo 23 da LGPD constituiria base legal autônoma para o tratamento de dados ou se as hipóteses previstas neste artigo 23 já estariam contempladas pelos incisos II e III do artigo 7º<sup>1</sup>. In-

---

1 Na doutrina, sustentam que o artigo 23 constitui base autônoma para o tratamento de dados pessoais,

dependentemente do debate no âmbito teórico, em termos práticos, recomendo que a Secretaria da Educação verifique concretamente se o tratamento de dados pessoais que pretende efetuar está respaldado em alguma das bases legais da LGPD e apresente as justificativas pertinentes, lendo de forma conjunta o artigo 7º e o artigo 23. Caso a hipótese concreta se amolde a esta leitura conjunta do artigo 7º com o artigo 23 da LGPD, estará dispensado o consentimento do titular do dado pessoal. Em síntese, a partir da leitura conjunta do artigo 7º com o artigo 23 da LGPD, vê-se que, como sustenta Miriam Wimmer, há “duas bases legais estruturantes, voltadas especificamente ao Poder Público: (i) execução de políticas públicas e (ii) execução de competências legais ou atribuições legais do serviço público”<sup>2</sup>.

6.6. Desse modo, o consentimento do titular do dado pessoal não será necessário se o tratamento se enquadrar em alguma das bases legais da LGPD que o

---

BIONI, Bruno R.; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral Brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2019, p. 811-812. Confira-se: “No que diz respeito à base legal do serviço público, percebe-se uma diferença entre a LGPD e o RGPD, visto que a base da lei brasileira tem uma finalidade mais restrita ao tratar apenas de execução de políticas públicas. Tal base não abrange toda a gama de serviços executados pelo Estado em que se faz necessário o tratamento de dados, o que poderia gerar à primeira vista problemas para fundamentar legalmente diversas outras atividades estatais que exigem o processamento de informações pessoais. Um olhar atento à lei, todavia, permite corrigir tal déficit, na medida em que o art. 23 da LGPD acaba por enunciar uma base legal mais ampla para o tratamento de dados pelo setor público, podendo, portanto, também ser considerada uma base legal para o tratamento de dados pelos controladores públicos”. Por outro lado, sustentam que as hipóteses previstas neste artigo 23 já estariam contempladas pelos incisos II e III do artigo 7º. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. **Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>. Acesso em: 17 jan. 2021. Confira-se: “entende-se que tanto o rol do Art. 7º quanto o do Art. 11 são taxativos, apesar de dotados de hipóteses chamadas de ‘coringas’, ou seja, hipóteses mais abertas e com certo grau de subjetividade (como, por exemplo, o legítimo interesse). Há, entretanto, autores que defendem a existência de uma outra base legal para o tratamento de dados pessoais no Art. 23 da LGPD para o exercício geral das competências ou o cumprimento de atribuições legais da Administração Pública. Contudo, entendemos que o tratamento de dados pessoais para tais atividades já estaria contemplado nas hipóteses relativas ao cumprimento de uma obrigação legal (Art. 7º, II, e Art. 11, II, 'a'), já que a atuação da Administração Pública decorreria de um mandamento legal, e ao tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas (Art. 7º, III, e Art. 11, II, 'b')”.

- 2 WIMMER, Miriam. Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 39, n. 144, p. 126, nov. 2019.

dispensa, a partir da leitura conjunta dos artigos 7º e 23.

7. Por outro lado, caso seja necessário, no caso concreto, o consentimento do titular, entendo que a minuta de termo de consentimento de fls. 7/8, supratranscrita, não se afigura apta a respaldar o tratamento baseado em consentimento (art. 7º, I, LGPD).

7.1. Isso porque a minuta de termo de consentimento de fls. 7/8 não especifica a finalidade do tratamento, pretendendo autorizar, de forma ampla e genérica, que a SEDUC efetue o

tratamento de (...) dados pessoais, bem como realize o tratamento de tais dados, envolvendo operações como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

É previsto o consentimento, também de forma genérica, “para o tratamento de (...) dados pessoais, inclusive os sensíveis, pela SEDUC/SP, para o atendimento ao disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

7.2. Ocorre que, conforme dispõe o § 4º do artigo 8º da LGPD, “o consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas”.

7.3. Desse modo, a minuta de termo de consentimento de fls. 7/8 deve ser revista para especificar a finalidade determinada do tratamento. Para tanto, primeiramente, será necessário um mapeamento pela Secretaria da Educação dos dados de que dispõe e das finalidades para as quais o tratamento se faria necessário, para que então se possa cogitar de elaboração de precisos termos de consentimento, conforme a finalidade determinada. Sugiro que, após a adoção de todas as providências necessárias para tanto, as minutas pertinentes à finalidades específicas e determinadas sejam submetidas à concreta análise deste órgão consultivo. Observo, ademais, que cabe à Pasta dar cumprimento, em termos de consentimento, às disposições do artigo 8º da LGPD:

Art. 8º - O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º - Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

§ 2º - Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em

conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º - É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º - O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

§ 5º - O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

§ 6º - Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.

7.4. Veja-se que a LGPD conceitua, no artigo 5º, XII, o consentimento como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Nos casos em que se demanda consentimento, portanto, os termos devem ser minutados de sorte a assegurar manifestação de vontade livre, informada e inequívoca do titular para uma finalidade determinada.

7.5. Para que o consentimento preencha os requisitos legalmente previstos, demanda-se que a informação ao titular seja clara, adequada, suficiente e ostensiva. Devem ser seguidas, nesse sentido, as disposições do artigo 9º da LGPD:

Art. 9º - O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

I - finalidade específica do tratamento;

II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

III - identificação do controlador;

IV - informações de contato do controlador;

V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;

VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e

VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

§ 1º - Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

§ 2º - Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

§ 3º - Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.

7.6. A informação, portanto, (i) deve ser ostensiva, isto é, perceptível; (ii) “deve somar, deve crescer, deve preencher o vazio da assimetria informacional, equalizando-a”; (iii) deve permitir que o titular compreenda os “riscos e as implicações da atividade de tratamento sobre sua esfera pessoal”; (iv) deve ser prestada em “quantidade suficiente para permitir uma compreensão adequada quanto ao tratamento a ser efetuado”; (v) deve apresentar todo o conteúdo previsto no artigo 9º, supratranscrito. O consentimento deve ser, ainda, para uma finalidade determinada, não podendo constituir um “cheque em branco”. Deve-se considerar, de mais a mais, quais as opções que serão ofertadas ao cidadão “com relação ao tipo de dado coletado até os seus possíveis usos”, de sorte que o sujeito possa emitir, se o caso, “autorizações fragmentadas” no tocante ao fluxo de dados. Cabe verificar a existência de algum tipo de assimetria de poder que “possa minar a voluntariedade do consentimento”<sup>3</sup>.

7.7. Essas são as orientações jurídicas gerais sobre o consentimento, recomendando que a Pasta o obtenha, quando for o caso, em estrita conformidade com as previsões dos artigos 5º, XII, 8º e 9º da LGPD. O efetivo conteúdo da

---

3 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 179-193.

minuta de termo de consentimento, contudo, a meu ver, dependerá sobremaneira da finalidade específica do tratamento, da forma e da duração, da pretensão de uso compartilhado, dentre outros aspectos. Por essa razão, faz-se necessário que a Pasta, primeiramente, efetue um mapeamento dos dados pessoais e das finalidades pretendidas para que, então, possa pretender minutar termos de consentimento para os objetivos determinados, submetendo-os, em tal momento, à avaliação deste órgão consultivo.

7.8. Passo adiante, há que se responder negativamente à seguinte questão formulada: “uma vez assinado o termo, teremos o consentimento vitalício dos responsáveis?”. Como visto, o consentimento é fornecido para uma finalidade determinada. Assim, deve ser requisitado a cada nova operação realizada, inclu-sive para compartilhamento de dados. Afirma-se, em doutrina, que o consentimento só vale “para certo tratamento, para determinado agente sob determinadas condições”. A interpretação do consentimento deve ser restritiva, “não podendo o agente estender a autorização concedida para o tratamento dos dados para outros meios além daqueles pactuados, para momento posterior, para fim diverso ou, ainda, para pessoa distinta daquela que recebeu a autorização<sup>4</sup>.”

7.8.1. Ademais, conforme prevê a legislação, o controlador que obteve o consentimento para o tratamento de dados, nos termos do artigo 7º, I, da LGPD, que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas na Lei (art. 7º, § 5º, LGPD). Além disso, em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º da LGPD, o controlador deverá informar previamente ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração (art. 8º, § 6º, LGPD). Dispõe, ainda, o artigo 9º, § 2º, da LGPD, como visto, que, na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre

---

4 TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 298-302.

as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

7.8.2. Além disso, o artigo 8º, § 5º, da LGPD, traz a regra relativa à possibilidade de revogação do consentimento, que, inclusive, constitui direito do titular previsto no artigo 18, IX, da LGPD.

7.8.3. Diante do exposto, não há que se falar em “consentimento vitalício”.

8. Ademais, formula a Pasta o seguinte questionamento: “o Inciso IV do parágrafo 1º do artigo 26 preconiza que a transferência de dados pessoais a entidades privadas pode ocorrer quando a transferência é respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. Os acordos de cooperação nos resguardam com relação a isso? E os termos de sigilo de dados?”.

8.1. No tema, a LGPD prevê a vedação à transferência, pelo Poder Público, de dados pessoais à entidade privada, salvo nas hipóteses de: (i) execução descentralizada de atividade pública que a exija, devendo ser preservada a finalidade específica e determinada e observado o disposto na referida Lei de Acesso à Informação; (ii) informação acessível publicamente; (iii) previsão legal ou, alternativamente, respaldo em contratos, convênios ou instrumentos congêneres ou (iv) transferência dos dados objetivando 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 (art. 26, § 1º, LGPD). A celebração dos contratos e convênios deverá ser reportada à autoridade nacional, na forma do artigo 26, § 2º, da LGPD.

8.2. Além disso, o artigo 27 da LGPD prevê que a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa jurídica de direito privado estão subordinados ao consentimento do titular, a não ser que reste configurada alguma hipótese de dispensa de consentimento prevista na lei, se o uso compartilhado se der de acordo com as exigências de transparência do artigo 23, inciso I, ou se incidirem as exceções previstas no artigo 26, § 1º.

8.3. Isso posto, passo a analisar se os acordos de cooperação se afiguram, em tese, instrumentos congêneres aos convênios, nos termos do artigo 26, § 1º, IV, da LGPD.

8.4. Como se sabe, o convênio constitui, conforme Nota Técnica SUBG-

-CONS nº 14/2019,

instrumento próprio para a formalização de ajustes entre entes públicos, ou entre entes públicos e entidades privadas, para realização de objetivos de interesse comum, no qual cada partícipe assume obrigações destinadas a concretizar o objeto do ajuste em mútua colaboração, de acordo com sua capacidade e disponibilidade.

8.5. Os acordos de cooperação também constituem instrumentos próprios para a formalização de ajustes em que há mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, com a especificidade de se tratar de parcerias com Organizações da Sociedade Civil (“OSC”), sem fins lucrativos, em conformidade com disposto na Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, regulamentada, no Estado de São Paulo, pelo Decreto Estadual nº 61.981, de 20 de maio de 2016.

8.6. Desse modo, entendo que os acordos de cooperação podem ser compreendidos, em tese, como “instrumentos congêneres” aos convênios, nos termos do artigo 26, § 1º, IV, da LGPD.

8.7. A análise aqui efetuada, contudo, se dá em tese. Diante da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, faz-se necessária a análise concreta do plano de trabalho, da minuta de acordo de cooperação e da minuta de termo de confidencialidade, sigilo e uso anexo àquele, para fins de exame da compatibilidade à LGPD. O tema, portanto, só poderá ser analisado de forma conclusiva em cada específico processo relativo à formalização da parceria pretendida, a ser oportunamente encaminhado a este órgão consultivo.

8.8. De mais a mais, no que tange ao questionamento de se os termos de confidencialidade, sigilo e uso constituem “instrumentos congêneres” aos convênios para fins de incidência do artigo 26, § 1º, IV, entendo que a resposta é negativa. Nesse caso, a execução da atividade deve estar formalizada por determinado ajuste principal, seja contrato, seja convênio, seja outro pacto congêneres, como o acordo de cooperação. O termo de confidencialidade, sigilo e uso será um adendo ou um anexo ao ajuste principal. A meu ver, nesse caso, eventual transferência de dados pessoais demanda a existência de instrumento jurídico que formalize a relação entre Estado e terceiro para a execução da atividade, mesmo porque o tratamento de dados pessoais deve se restringir ao mínimo necessário para a execução de uma finalidade determinada, que deve ser regida por meio do contrato, do convênio ou do instrumento congêneres.

8.8.1. Não se confunde, assim, a meu ver, o instrumento jurídico principal, que formalizará e regerá a execução da atividade (finalidade determinada), podendo ser contrato, convênio ou ajuste congênere, com o termo de confidencialidade, sigilo e uso celebrado como anexo ou adendo para fins de fixação de regras para a proteção de dados pessoais a serem eventualmente transferidos no bojo da execução do ajuste principal.

9. Isso posto, passo a analisar o questionamento da Pasta a respeito das figuras do controlador, operador e encarregado.

9.1. Nos termos da LGPD, 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, VI, LGPD). Já 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, VII, LGPD). As regras sobre o controlador e o operador se encontram disciplinadas nos artigos 37 a 40 da LGPD, aos quais remeto.

9.2. Já 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)” (art. 5º, VIII, da LGPD). As regras sobre o encarregado se encontram disciplinadas no artigo 41 da LGPD, ao qual remeto.

9.3. A meu ver, as dúvidas jurídicas da Pasta sobre as figuras do controlador, do operador e do encarregado foram solucionadas pelo advento do Decreto Estadual nº 65.347, de 9 de dezembro de 2020, segundo o qual:

Artigo 2º - As decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, no âmbito da Administração Pública Direta, cabem ao Estado de São Paulo, que exercerá as atribuições de controlador por intermédio dos Secretários de Estado e do Procurador-Geral do Estado, respeitadas suas respectivas competências e campos funcionais.

Artigo 6º - Fica designado o Ouvidor-Geral como encarregado da proteção de dados pessoais no âmbito da Administração Pública Direta do Estado de São Paulo.

§ 1º - A identidade e as informações de contato do encarregado serão divulgadas no sítio eletrônico da Central de Dados do Estado de São Paulo - CDESP.

§ 2º - O disposto no "caput" deste artigo não impede que os órgãos da Administração Pública indiquem, em seus respectivos âmbitos, para desempenhar, em interlocução com o encarregado, as atividades a que aludem os incisos I e III do § 2º do artigo 41 da Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, respectivamente:

1. os Serviços de Informações ao Cidadão - SIC, criados pelo artigo 7º do Decreto nº 58.052, de 16 de maio de 2012;

2. as Comissões de Avaliação de Documentos e Acesso - CADA, de que trata a Seção III do Capítulo II do Decreto nº 58.052, de 16 de maio de 2012.

Artigo 7º - O encarregado deverá receber o apoio necessário para o desempenho de suas funções, bem como ter acesso motivado a todas as operações de tratamento de dados pessoais no âmbito da Administração Pública Direta.

Artigo 8º - As entidades da Administração Pública Indireta, respeitada sua autonomia, e observadas as disposições da Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, mediante ato próprio, deverão indicar seus respectivos encarregados e observar o disposto nos artigos 4º e 5º deste decreto.

Parágrafo único - Os encarregados designados em conformidade com o disposto no "caput" deste artigo deverão desempenhar suas atribuições em articulação com o Ouvidor-Geral.

9.4. O papel de controlador é, portanto, desempenhado pelo Estado. Na Administração Direta, os Secretários de Estado e o Procurador-Geral do Estado, no âmbito de suas competências, e, em última instância, o Governador do Estado, tomam as decisões em nome do ente público. Ademais, essas mesmas autoridades, ao realizarem as operações descritas no inciso X do artigo 5º da LGPD, atuam como operadores de dados pessoais, assim como todos os agentes que realizam tratamento de dados pessoais em nome do controlador (art. 5º, VII, LGPD), no desempenho de suas atribuições.<sup>5</sup>

10. Por outro lado, a Pasta questiona a respeito do diálogo entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei Federal nº 13.709/2018) e a Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei Federal nº 12.527/2011).

10.1. Sobre o tema, cabe destacar que o advento da LGPD não elimina a tutela conferida pela LAI, como, inclusive, a própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ressalva em seus artigos 23, §§ 2º e 3º, 26, § 1º, I, e 52, § 3º. A interpretação das normativas deve ser sistemática, em diálogo de fontes, buscando-se solução coerente e harmônica que assegure a unidade do sistema a partir da promoção da tábua axiológica constitucional.<sup>6</sup> Permanecem vigentes, portanto, as hipóteses de

5 Conforme se extrai do Parecer AJG nº 649/2020, da Assessoria Jurídica do Gabinete.

6 OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 15-33, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/229/211>. Acesso em: 17

responsabilidade previstas nos artigos 32 a 34 da LAI. Também há regras de responsabilidade previstas nos artigos 31 e 32, 42 a 45 e 52 a 54 da LGPD, aos quais remeto, ressalvando que os artigos 52, 53 e 54 da LGPD só entrarão em vigor em 1º de agosto de 2021 (art. 65, I-A, LGPD).

10.2. Cabe lembrar que a sistemática prevista pela Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011) e pelos Decretos Estaduais nº 58.052/2012 e nº 61.836/2016 determina a proteção dos dados pessoais, que terão acesso restrito, pelo prazo máximo de cem anos a contar de sua produção, a agentes públicos legalmente autorizados e ao seu titular, independentemente de classificação de sigilo.<sup>7</sup> O acesso aos dados pessoais por terceiros só será admitido diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referirem.<sup>8</sup>

10.3. Este consentimento, todavia, não será exigido quando as informações forem necessárias: (i) à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; (ii) à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; (iii) ao cumprimento de ordem judicial; (iv) à defesa de direitos humanos ou (v) à proteção do interesse público e geral preponderante<sup>9</sup>. A restrição de acesso também não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido e em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.<sup>10</sup> Prevê-se, ainda, a impossibilidade de negativa do acesso à informação quando

---

jan. 2021.

7 Cf. art. 31, caput e § 1º, I, Lei Federal nº 12.527/2011; art. 35, caput e § 1º, 1, Decreto Estadual nº 58.052/2012. No mesmo sentido, arts. 12, I e 13, Decreto Estadual nº 61.836/2016.

8 Cf. art. 31, § 1º, II, Lei Federal nº 12.527/2011; art. 35, § 1º, 2, Decreto Estadual nº 58.052/2012; art. 12, II, Decreto Estadual nº 61.836/2016.

9 Cf. art. 31, § 3º, I a V, Lei Federal nº 12.527/2011; art. 35, § 3º, 1 a 5, Decreto Estadual nº 58.052/2012.

10 Cf. art. 31, § 4º, Lei Federal nº 12.527/2011; art. 35, § 4º, Decreto Estadual nº 58.052/2012. No mesmo sentido, art. 14, I e II, Decreto Estadual nº 61.836/2016.

necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.<sup>11</sup>

10.4. A respeito destas exceções, a LGPD auxilia em sua interpretação, de sorte que as legislações se complementam. Portanto, diante de solicitação de acesso a dado pessoal por terceiro, o agente decidirá conforme a incidência simultânea, na matéria, da LAI e da LGPD.

10.5. Essa temática de incidência simultânea da LAI e da LGPD foi abordada no relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Resolução PGE nº 41, de 10 de outubro de 2018, cuja cópia segue anexa, o qual responde diversas dúvidas a respeito da aplicação prática das duas legislações. Demais disso, caso algum caso concreto de solicitação de acesso à informação solicite dúvida jurídica da Pasta, os autos deverão ser submetidos a este órgão consultivo, para análise específica da matéria.

10.6. Em tema de acesso à informação, registre-se, ainda, que a redação original do Projeto de Lei nº 53, de 2018 (nº 4.060/12 na Câmara dos Deputados), que originou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), vedava o compartilhamento, no âmbito do Poder Público e com pessoas jurídicas de direito privado, de dados pessoais de requerentes de acesso à informação, no âmbito da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), e exigia expressamente sua proteção e preservação (art. 23, II). O dispositivo foi, entretanto, objeto de veto presidencial, sob o argumento de que a proibição do compartilhamento de dados pessoais inviabilizaria a execução de determinadas políticas públicas e o cumprimento de competências legalmente atribuídas a órgãos públicos. Ao apreciar a MP 869/2018 na forma do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 7/2019, o Congresso Nacional aprovou a inclusão do inciso IV ao artigo 23 da LGPD, reintroduzindo a previsão vetada pela Presidência da República, obstando o compartilhamento dos referidos dados. A disposição foi, todavia, novamente objeto de veto presidencial.

10.6.1. Inexistindo regra específica a propósito, a partir dos vetos presidenciais, me parece que o tratamento dos dados pessoais dos requerentes de acesso à informação se dará conforme as diretrizes gerais da LGPD já abordadas neste opinativo.

---

11 Cf. art. 21, Lei Federal nº 12.527/2011; art. 28, Decreto Estadual nº 58.052/2012; art. 10, Decreto Estadual nº 61.836/2016.

11. Em seguida, questiona a Pasta a respeito da necessidade de consentimento do titular em caso de solicitação, por terceiro, de acesso a dados pessoais para fins de pesquisa.

11.1. Primeiramente, há que se ressaltar que o entendimento deste órgão consultivo, firmado por ocasião do Parecer CJ/SE nº 1.207/2020, é o de que, em casos de tratamentos de dados pessoais para a realização de pesquisas, a anonimização é solução prioritária e fundamental, diante do previsto (i) no artigo 6º, I, II e III, da LGPD, que, ao dispor sobre os princípios da finalidade, adequação e necessidade, estabelece que o tratamento deve corresponder ao mínimo necessário e compatível com o atingimento de finalidade legítima, específica, explícita e informada ao titular e (ii) no artigo 7º, IV, e no artigo 11, II, “c”, da LGPD, quando permitem o tratamento de dados pessoais, inclusive sensíveis, para fins de realização de estudos por órgão de pesquisa, mas estabelecem que deve ser garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados. Necessário, portanto, que, primeiramente, a Pasta avalie, em juízo técnico, a viabilidade de adoção da solução da anonimização, justificando, então, eventual impossibilidade e submetendo a matéria à análise deste órgão consultivo.

11.1.1. Com efeito, cabe destacar a distinção fundamental trazida pela LGPD entre dado pessoal e dado anonimizado. Dado pessoal é aquele referente à pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, I, LGPD). Dado anonimizado é aquele relativo a um titular que não pode mais ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (art. 5º, III, LGPD). Dados anonimizados não são considerados dados pessoais para fins de incidência da legislação (art. 12, LGPD).

11.1.2. Para fins de distinção entre o dado pessoal e o dado anonimizado, a LGPD adotou o filtro da razoabilidade. Assim, se a associação entre um dado e uma pessoa demandar um esforço fora do razoável, esse dado não será considerado pessoal para fins de incidência da legislação, mas sim anonimizado. A legislação não apontou uma tecnologia em especial, mas utilizou um conceito jurídico indeterminado, a ser preenchido de forma dinâmica, conforme os avanços tecnológicos. Ao mesmo tempo, a LGPD trouxe elementos que concretizam a interpretação. O primeiro elemento é objetivo, observan-

do-se o custo e o tempo para reverter o processo de anonimização, conforme o estado da arte da tecnologia naquele momento. O segundo elemento é subjetivo, analisando se o agente de tratamento dispõe de “meios próprios” para reverter o processo de anonimização.

11.1.3. Assim, a anonimização é a solução prioritária e fundamental a ser verificada em cada caso.

11.2. Isso posto, analisar-se-ão, em seguida, os casos em que a pesquisa científica, de fato, demanda o acesso a dados pessoais, de forma indispensável para a realização do estudo, não sendo possível, em juízo técnico, a adoção da solução da anonimização.

11.2.1. Passa-se a examinar, então, a situação em que o objeto da pesquisa efetivamente demanda o acesso a dados pessoais (isto é, não anonimizados), sob pena de se inviabilizar o estudo. Trata-se de matéria em que há diálogo entre a Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei Federal nº 12.527/2011) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei Federal nº 13.709/2018).

11.2.2. Nesse ponto, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei Federal nº 13.709/2018), em seu artigo 7º, IV, como visto, permite o tratamento de dados pessoais para a realização de estudos por órgão de pesquisa (art. 5º, XVIII, LGPD), independentemente de consentimento do titular, prevendo que deve ser garantida, sempre que possível, a anonimização.<sup>12</sup>

11.2.3. Por outro lado, a Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei Federal nº 12.527/2011) autoriza, em seu artigo 31, § 3º, II, o acesso a dados pessoais, independentemente de consentimento do titular, para a realização de pesquisas científicas, desde que estas sirvam a interesses públicos ou gerais que encontrem previsão legal, mas veda a identificação da pessoa a que as informações se referirem. Segundo o relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Resolução PGE nº 41, de 10 de outubro de 2018, cuja cópia segue em anexo, tal disposição não significa que o acesso por órgão

---

12 BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: RT, 2020. p. 39-54.

de pesquisa somente pode ser autorizado para dados anonimizados. Isso porque, a bem da verdade, dados anonimizados não são dados pessoais. A Lei de Acesso à Informação, no artigo 31, § 3º, II, pretendeu justamente assegurar o acesso aos dados pessoais para fins de pesquisa científica, dado o interesse público ou geral envolvido, quando assim se fizer efetivamente necessário.

11.2.4. Assim, a interpretação a ser dada é a de que a Lei de Acesso à Informação veda a identificação do titular dos dados pessoais na divulgação da pesquisa científica, mas não no momento anterior de acesso a tais informações pelos pesquisadores para o desenvolvimento do estudo, desde que este acesso seja efetivamente necessário para a finalidade almejada. Caberá, portanto, aos agentes do Estado ou aos pesquisadores a anonimização do dado antes de tornar público o estudo.<sup>13</sup>

11.2.5. Portanto, conforme a interpretação proposta para os artigos 7º, IV, da LGPD e 31, § 3º, II, da LAI, afigura-se juridicamente possível, em tese, o acesso de órgão de pesquisa a dados pessoais para a realização de estudos, quando assim se fizer efetivamente necessário para se alcançar finalidade legítima e merecedora de tutela. Cabe lembrar, contudo, que a solução prioritária e fundamental é a da anonimização. Ressalve-se, ademais, que o entendimento exposto no presente opinativo, que analisa a matéria em tese, não dispensa a análise das peculiaridades de cada caso concreto.

11.2.6. Segundo o relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Resolução PGE nº 41, de 10 de outubro de 2018 (cópia anexa), cabe, ademais, observar que:

Há, de plano, duas condições para que pesquisadores possam se valer da dispensa do consentimento dos titulares das informações objeto do pedido de acesso: (i) comprovação da legitimidade objetiva do pedido, mediante demonstração de que a pesquisa objetiva contribuir para o tratamento de interesses públicos ou gerais que encontrem previsão constitucional e/ou legal, a exemplo da proteção ao meio-ambiente, ao consumidor, ao patrimônio e moralidade públicos, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, etc, bem como que foi devidamente aprovada/registrada em órgãos oficiais ou pelas instâncias

---

13 Conforme se extrai do relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Resolução PGE nº 41, de 10 de outubro de 2018.

internas do órgão de pesquisa a que o solicitante está vinculado; (ii) comprovação da legitimidade subjetiva de quem formula o pedido, para o quê a conceituação de 'órgão de pesquisa' feita pela LGPD (cf. art. 5º, XVIII) é de grande valia: será legítimo o pesquisador que comprovar pertencer ou se vincular formalmente a '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 (fls. 19/20).

## II. Tratamento de dados pessoais sensíveis de titulares maiores de idade

12. Passa-se ao exame do tema dos dados pessoais sensíveis de titulares maiores de idade.

12.1. Sobre a matéria, a LGPD, em seu artigo 5º, II, conceitua como sensível o 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.

A meu ver, trata-se de rol exemplificativo<sup>14</sup>. Assim, a qualificação de determinado dado pessoal como sensível deve ocorrer concretamente, conforme a identificação da maior probabilidade de uso discriminatório por terceiros. Ilustrativamente, dados pessoais, aparentemente não sensíveis, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil<sup>15</sup>. Trata-se, em minha visão, da interpretação mais cautelosa e que melhor atende à finalidade protetiva da legislação, embora o tema também seja doutrinariamente controvertido.<sup>16</sup>

12.2. As bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis estão dis-

14 KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis 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: RT, 2019. p. 453.

15 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, dez. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 17 jan. 2021.

16 FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. *Portal Migalhas*, Ribeirão Preto, a. 19, out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 15 jan. 2021.

ciplina no artigo 11 da LGPD. Veja-se que, para que incidam as hipóteses legais de tratamento sem consentimento (artigo 11, II, LGPD), a lei prevê o pressuposto da indispensabilidade, o que traz, portanto, ônus da prova para o agente de tratamento:

Art. 11 - O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

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

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

§ 1º - Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.

§ 2º - Nos casos de aplicação do disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso II do caput deste artigo pelos órgãos e pelas entidades públicas, será dada publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei. [...]

12.3. Quando a base legal do tratamento de dados pessoais sensíveis for o consentimento (art. 11, I, LGPD), há que se observar que a lei prevê reforço neste consentimento – a manifestação deve ser não apenas livre,

informada e inequívoca para finalidade determinada, mas ainda deve ocorrer “de forma específica e destacada”. Trata-se de “camada adicional” de proteção, demandando carga participativa máxima do titular<sup>17</sup>, tema que será melhor abordado infra, quando se tratar dos dados pessoais de crianças e adolescentes, para os quais o artigo 14, § 1º, da LGPD, também adjetiva o consentimento como “específico”.

12.4. Cabe à Pasta, contudo, cautela redobrada no cumprimento do dever de proteção dos dados pessoais sensíveis, em virtude de constituírem o núcleo duro do direito fundamental à privacidade. Destaca-se, aqui, a importância de atendimento aos princípios da finalidade, adequação, necessidade e não discriminação, de sorte que o tratamento deve corresponder ao mínimo necessário e compatível com o atingimento de objetivo legítimo, específico, explícito e informado ao titular, sendo que tal utilização não poderá se dar para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos (art. 6º, I, II, III e IX, LGPD). Fundamental, ainda, atentar para a manutenção de ambientes controlados e seguros no tratamento desses dados, prevenindo-se a ocorrência de danos (art. 6º, VII e VIII, LGPD). Determina-se, ademais, aos agentes de tratamento a demonstração do implemento das normas de proteção e da eficácia das medidas cumpridas (art. 6º, X, LGPD). No mais, remeto ao item 6.4 e 6.4.1, supra.

12.5. Diante do exposto, recomendo que a Secretaria da Educação mapeie os dados sensíveis de que dispõe e veja se há a efetividade necessidade de tais informações (princípio da minimização dos dados). Por exemplo, cabe à Pasta revisar, à luz de tais orientações jurídicas, os dados que constam para cadastro no Sistema Secretaria Escolar Digital (SED), apenas coletando e tratando dados pessoais sensíveis se assim for efetivamente necessário e adequado para se alcançar finalidade legítima, específica, explícita e informada ao titular, e se houver base legal, o que se aplica tanto para os dados de que já dispõe quanto para novas coletas e tratamentos a serem efetuados.

12.6. Ademais, entendo que, pelos mesmos fundamentos expostos no

---

17 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 188-190.

item 7 e seus subitens, supra, e com maior razão, já que aqui o consentimento é reforçado, a minuta de termo de consentimento de fls. 7/8 não atende às exigências legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis, quando a base legal for o consentimento (art. 11, I, LGPD), cabendo reformulação e nova submissão ao exame deste órgão consultivo, conforme as finalidades determinadas.

### **III. Tratamento de dados pessoais (sensíveis ou não) de crianças e adolescentes**

13. O tema do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes é objeto de disciplina específica no artigo 14 da LGPD, segundo o qual:

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

14. Faz-se mister traçar algumas considerações a respeito de tal dispositivo legal.

14.1. Primeiramente, observo que o caput do artigo 14 da LGPD traz a exigência da proteção do melhor interesse da criança e do adolescente,<sup>18</sup> o qual caminha em conjunto com a doutrina da proteção integral.<sup>19</sup> Sobre o tema, o artigo 227 da Constituição da República, dispõe que

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

14.2. O artigo 14, § 1º, da LGPD, a seu turno, dispõe que 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. Veja-se, portanto, que aqui o consentimento é reforçado – a manifestação deve ser não apenas livre, informada e inequívoca para finalidade determinada, mas ainda o consentimento deve ser específico e em destaque, dado por um dos pais ou pelo responsável legal do menor. Como visto supra, o adjetivo “específico” também é utilizado para qualificar o consentimento no caso de tratamentos de dados pessoais sensíveis (art. 11, I, LGPD). Trata-se de “camada adicional” de proteção, demandando carga participativa máxima. Na doutrina, confira-se:

Diante desse cenário, o desafio interpretativo é extrair qual seria a ‘camada adicional de proteção’ conferida por esse consentimento especial, ainda que o seu

18 Nesse sentido, confira-se o artigo 3º, I, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, promulgada por meio do Decreto nº 99.710/1990: “1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. Cabe, destacar, ainda, o art. 227 da CRFB/88 e os arts. 3º, 4º e 17 do ECA.

19 FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. *Portal Migalhas*, Ribeirão Preto, a. 19, out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 15 jan. 2021.

qualificador não seja singular sob o ponto de vista de uma interpretação sistemática da LGPD. Parece-nos que a saída é enxergá-lo como um vetor para que haja mais assertividade do titular com relação a esses movimentos ‘específicos’ de seus dados. Uma das maneiras de extrair essa carga participativa maior do titular dos dados seria adotar mecanismos que chamassem mais a sua atenção. Deve haver um alerta que isole não só o dever-direito de informação, como, também, a declaração de vontade, colando-a à situação na qual é exigido o consentimento específico. Isso vai muito além de cláusulas contratuais destacadas que já são mencionadas como uma forma de obter o consentimento trivial e não específico. Todo o processo de tomada de decisão é (com o perdão de ser prolixo) específico e deve ser pontual. Da informação até o aceite do titular do dado. Mais uma vez, será necessário analisar o grau e a qualidade de interação de todo o processo que desengatilha a declaração de vontade. Isso pode variar de mensagens textuais, imagens até um sistema que combine ambos e seja de dupla verificação do consentimento, como seria o caso em que o titular dos dados dá o ‘concordo’ em um website e, posteriormente, o confirma por e-mail. Não há uma fórmula mágica e, muito provavelmente, haverá variações de acordo com a particularidade dos riscos envolvidos em cada uma das situações em que se exige o consentimento específico. O vetor principal é assegurar que esse processo de deliberação seja gritante (não apenas inequívoco). Por isso, sob o ponto de vista de técnica legislativa, teria sido melhor que a LGPD tivesse adotado o adjetivo expresso, tal como fez a GDPR, bem como o Marco Civil da Internet e, quando se quis prever um tipo de consentimento especial. Esse qualificador é o que semanticamente representaria melhor esse nível de participação mais intenso do cidadão no fluxo dos dados. Apesar da diferença semântica entre os qualificadores expresso e específico, a consequência normativa tende a ser a mesma. Isso porque o que está em jogo é reservar um tipo de autorização singular em situações igualmente singulares no que tange ao tratamento de dados, sendo esta a racionalidade que percorre a LGPD, a GDPR e parte das leis setoriais brasileiras de proteção de dados pessoais. Como já defendemos anteriormente, essa adjetivação mais extensa – expresso e específico – desemboca para o mesmo lugar: a carga máxima de participação do cidadão dentro da dinâmica da proteção dos dados pessoais baseada, a partir da aceitação de que ele deveria seguir seus dados em todos os seus movimentos (BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 188-190).

14.3. Observo, desde já, que, pelos mesmos motivos expostos no item 7 e seus subitens, supra, e com maior razão, já que aqui o consentimento é reforçado, a minuta de termo de consentimento de fls. 9/10 também não atende às exigências legais para tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes mediante consentimento, cabendo reformulação e nova submissão ao exame deste órgão consultivo, conforme as finalidades determinadas.

14.4. De outra parte, o artigo 14, § 2º, da LGPD, dispõe que 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, conforme o artigo 18 da LGPD. Com relação a essa disposição, há que se seguir os termos da lei, que exige a informação sobre todos os tipos de dados coletados, bem como a manutenção pública da informação. O dispositivo versa, portanto, sobre informar publicamente espécies de dados coletados, propósito de seu uso e direitos garantidos legalmente. Na doutrina, confira-se:

Cabe aos controladores de dados de crianças manter público o contrato, a política de privacidade ou o documento correlacionado, no qual constam as explicações obrigatórias mencionadas no parágrafo antecedente. Adicionalmente, também devem ser publicados os procedimentos para o usuário exercer os direitos referenciados no artigo 18 da lei. Neste parágrafo, importante observar que, a despeito da menção ao § 1º (o qual limita a aplicação do texto às crianças), a partir da leitura do Relatório da Comissão Especial já mencionado, o melhor entendimento é de que essa obrigação se estende a quem realiza, também, o tratamento de adolescentes. Com base nisso, o entendimento é o de que, por cautela, a obrigação do § 2º deve ser entendida como aplicável aos controladores que tratam dados de crianças ou de adolescentes (LIMA, Caio César Carvalho. Do tratamento de dados pessoais. *In*: NÓBREGA MALDONADO, Viviane; ÓPICE BLUM, Renato (coords.). *LGPD comentada*. São Paulo: RT, 2019. p. 210).

14.5. Por outro lado, nos termos do artigo 14, § 3º, da LGPD, poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º do artigo 14 quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, mas em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º do artigo 14.

14.6. Recomendo, ademais, que a Pasta atente para as previsões dos §§ 4º, 5º e 6º do artigo 14, supratranscritas.

15. No entanto, cabe destacar que a interpretação do artigo 14 da LGPD é objeto de significativa controvérsia neste momento atual de início da vigência da lei. As dúvidas na aplicação do dispositivo giram em torno de duas questões: (i) a primeira, de se a previsão do artigo 14, § 1º, da LGPD, que demanda consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal da criança, ao não mencionar o adolescente, teria concedido validade ao consentimen-

to dado pelo próprio adolescente; (ii) a segunda, de se todo e qualquer tratamento de dados pessoais de menores dependerá de consentimento ou se incidirão as bases legais para tratamento independentemente de consentimento previstas no artigo 7º, 11 e 23 da LGPD.

16. Quanto à primeira controvérsia, cabe lembrar que, nos termos do artigo 2º do ECA, “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

16.1. Como visto, dispõe o artigo 14, caput, da LGPD, que “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”. Posteriormente, prevê o § 1º do artigo 14 da LGPD que “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”. Os §§ 2º a 6º do artigo 14 da LGPD também não mencionam expressamente o adolescente.

16.2. A ausência de menção ao adolescente no artigo 14, § 1º, da LGPD, deixa a dúvida de: (i) se se pode reconhecer validade ao consentimento dado pelo próprio adolescente, em hipótese de capacidade especial; (ii) se incidiria o regime das incapacidades do Código Civil; (iii) se todos os parágrafos do artigo 14 devem ser lidos conforme o caput, que inclui os adolescentes.

16.3. Sobre o tema, me filio à corrente doutrinária que critica a tese de concessão de validade ao consentimento dado pelo próprio adolescente e sustenta a necessidade de repensar a LGPD nesse ponto.<sup>20</sup>

---

20 Nesse sentido, cf.: AMARAL, Claudio do Prado. Proteção de dados pessoais de crianças e de adolescentes. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados. Coimbra: Almedina, 2020. p. 163-182; BORELLI, Alessandra. O tratamento de dados de crianças e adolescentes no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, a. 21, n. 53, p. 185, jan./mar. 2000; LOPES, Paula Ferla. **Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na LGPD: primeiras impressões**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, ago. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1518/Tratamento+de+dados+pessoais+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+lgpd:+primeiras+impress%C3%B5es>. Acesso em: 15 jan. 2021; SOUSA, Nathalia Guerra de; BARBOSA, Thainá. Como tratar dados de crianças e adolescentes no contexto da LGPD. *Portal Migalhas*, Ribeirão Preto, a. 19, set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333029/como-tratar-dados-de-criancas-e-adolescentes-no-contexto-da-lgpd>. Acesso

16.3.1. Nessa linha, a meu ver, s.m.j., o regime das incapacidades é questão de todo relevante, não se podendo pretender conceder validade ao consentimento de um sujeito absoluta ou relativamente incapaz (art. 3º e 4º, I, CC) com base em uma simples omissão do legislador ao não o mencionar. Diante disso e da cautela necessária ao tema, entendo que a interpretação a ser adotada, nesse momento, é a de estender toda a disciplina dos parágrafos do artigo 14 da LGPD também para os adolescentes, em consonância com o princípio do melhor interesse.<sup>21</sup> Assim, entendendo que, à luz do ordenamento jurídico vigente, sobretudo no que tange ao regime das incapacidades, demanda-se a atuação dos pais ou do responsável legal do adolescente. É certo, contudo, que este é um tema em que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), em momento posterior, poderá vir a editar diretrizes específicas.

17. Quanto à segunda controvérsia, a dúvida interpretativa que surge pode ser explicada nos termos a seguir expostos. Os artigos 7º e 11 da LGPD preveem as bases legais para o tratamento de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis independentemente do consentimento do titular. Os artigos 23 a 32 da LGPD cuidam do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, também sem necessidade de consentimento do titular.

17.1. O artigo 14, § 1º, da LGPD, no entanto, prevê que “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”. O art. 14, § 3º, da LGPD, em seguida, prevê que

“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”.

---

em: 15 jan. 2021; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 526; SCHREIBER, Anderson. *Proteção de Dados Pessoais no Brasil e na Europa*. Carta Forense, São Paulo, [s.d.]. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-e-na-europa/18269](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-e-na-europa/18269). Acesso em: 15 jan. 2021.

21 Esse também parece ter sido o entendimento da Assessoria Jurídica do Gabinete no Parecer AJG nº 649/2020.

17.2. Veja-se, portanto, que ao prever as bases legais de tratamento de dados pessoais nos artigos 7º e 11, a LGPD contempla o consentimento como apenas uma das hipóteses autorizativas (art. 7º, I, e 11, I, LGPD), havendo diversas outras, inclusive específicas para o Poder Público, que dispensam o consentimento, como no caso da execução de políticas públicas (art. 7º, III, e 11, II, “b”, LGPD). Do mesmo modo, a legislação traz capítulo específico (Capítulo IV) em que prevê as regras aplicáveis ao tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, dispensando o consentimento do titular, sem qualquer exceção. Por outro lado, a seção específica para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (Seção III do Capítulo II) dispõe que 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 do menor.

17.3. Como, então, interpretar sistematicamente essas disposições? O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes para finalidades de interesse público e merecedoras de tutela previstas nos artigos 7º, 11 e 23 da LGPD, como a execução de políticas públicas, a execução de competências legais ou atribuições legais do serviço público, a tutela da saúde, a proteção da vida, dependerão de consentimento de um dos pais ou do responsável legal de cada menor?

17.4. Nesse tema, surgem três possibilidades interpretativas:

(i) a de considerar que apenas o consentimento seria base legal para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, além de quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, não podendo ser, em nenhum caso, repassados a terceiro sem o referido consentimento (art. 14, §§ 1º e 3º, LGPD);

(ii) a de interpretar sistematicamente os artigos 7º, 11, 14 e 23 da LGPD, considerando que também é possível a incidência, para crianças e adolescentes, das demais bases legais de tratamento independentemente de consentimento;

(iii) a de qualificar os dados pessoais de crianças e adolescentes como dados pessoais sensíveis, aplicando-se exclusivamente as bases legais do artigo 11, sendo algumas destas diversas das bases legais do artigo 7º.<sup>22</sup>

17.5. Quanto a esta segunda controvérsia, me filio à corrente doutrinária que

---

22 FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. *Portal Migalhas*, Ribeirão Preto, a. 19, out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 15 jan. 2021.

sustenta que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes pode ocorrer em outras hipóteses que não as do artigo 14, §§ 1º e 3º, da LGPD.<sup>23</sup>

17.5.1. Nessa linha, na minha visão, a interpretação dos artigos 7º, 11, 14 e 23 da LGPD deve ser sistemática (tese de nº 2 acima exposta). Com efeito, embora o artigo 14, § 1º, da LGPD exija consentimento específico e em destaque de um dos pais ou do responsável legal do menor, o dispositivo não pode ser interpretado de forma isolada, como microsistema imune às demais previsões da lei. Assim, a meu ver, s.m.j., a interpretação sistemática a ser dada à legislação, conforme a Constituição e à luz da ponderação dos interesses incidentes, é a de que também podem se aplicar, no caso de menores, as bases legais previstas nos artigos 7º, 11 e 23 da LGPD que autorizam o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público independentemente de consentimento.

17.5.2. Isso porque o consentimento – que, no caso de dados pessoais de menores, recebe disciplina própria no artigo 14, § 1º, devendo ser específico e em destaque, fornecido por um dos pais ou pelo representante legal – é apenas uma das bases legais para o tratamento de informações pessoais, o que não exclui a possibilidade de incidência das demais hipóteses autorizativas contempladas na LGPD que independem de consentimento (arts. 7º, 11, 23, LGPD). Qualquer tratamento de

---

23 Nesse sentido, cf. TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 287-322; FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. *Portal Migalhas*, Ribeirão Preto, a. 19, out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 15 jan. 2021; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. *Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>. Acesso em: 15 jan. 2021; VALENTE, Patricia Pessôa; MICALI, Giovanna. LGPD e inovação no setor público: o caso das Edutechs. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes. *LGPD & Administração Pública*. São Paulo: RT, 2020. p. 979-991; SILVA, Rosane Leal da. O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes pelo Poder Público: entre violação e proteção. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 241-242; BORELLI, Alessandra. O tratamento de dados de crianças e adolescentes no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, a. 21, n. 53, p. 179-190, 2000; BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 8, n. 2, p. 218-219, 2020.; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Proteção de dados de crianças e adolescentes. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 39, n. 144, p. 54-59, nov. 2019.

dados de crianças e adolescentes, contudo, não poderá violar o princípio do melhor interesse (artigo 14, caput, LGPD).

17.5.3. Assim, a interpretação deste opinativo é a de que os §§ 1º e 3º do artigo 14 constituem regras específicas para os casos em que a base legal de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes é o consentimento (art. 7º, I, e artigo 11, I, LGPD), o que ocorre sobretudo com agentes privados e não exclui a incidência das demais bases legais dos artigos 7º, 11 e 23, podendo o Poder Público se valer das hipóteses autorizativas especificamente previstas para este. Lembre-se que o consentimento é apenas uma das bases legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD (inciso I) e não se afigura hierarquicamente superior às demais.

17.5.4. Registro que, em minha pesquisa para elaboração deste opinativo, essa corrente doutrinária que sustenta que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes pode ocorrer em outras hipóteses que não as do artigo 14 da LGPD pareceu ser, nesse momento inicial de vigência da lei, majoritária, embora seja certo que a produção acadêmica ainda é incipiente.

17.6. A meu ver, é o próprio princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que conduz à interpretação, aqui sustentada, no sentido de possibilidade de aplicação das demais bases legais previstas nos artigos 7º, 11 e 23 da LGPD. Isso porque as hipóteses autorizativas contempladas no artigo 14 da LGPD não dão conta da efetivação desse princípio na multiplicidade de situações fáticas. Observe-se que, conforme o Comentário Geral 14 do Comitê dos Direitos da Criança, a perspectiva de apreensão do princípio do melhor interesse, nas decisões coletivas, “deve ser avaliado e determinado à luz das circunstâncias do grupo específico e/ou das crianças em geral”, não em perspectiva individual. O princípio possui natureza tripla:

- (i) como direito substantivo, que assegura o direito dos menores de que todos os agentes envolvidos considerem primordialmente o melhor interesse nas decisões a serem tomadas;
- (ii) como princípio jurídico fundamental de interpretação, no sentido de que, quando houver mais de uma possibilidade de interpretação, deve ser escolhida a que tutele o melhor interesse; e
- (iii) de regra processual, avaliando-se o impacto da decisão sobre os menores envolvidos, o que deve, inclusive, constar da fundamentação. Quanto a este último ponto, importante lembrar da obrigação prevista na LGPD de elaboração de Rela-

tórios de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (art. 5º, XVII, LGPD).<sup>24</sup>

17.7. Pense-se sobre o viés da oferta de educação pública pelo Estado. O tratamento de dados pessoais para fins de execução de políticas públicas e de execução de competências legais ou atribuições legais do serviço público para assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à educação não pode, a meu ver, ficar sob a égide do consentimento do responsável, em uma perspectiva individual e voluntarista, restando a atividade pública suspensa até que o consentimento seja obtido. Esse entendimento geraria, s.m.j., significativas impossibilidades práticas de atuação da Secretaria da Educação na oferta do ensino público, em prejuízo, em última análise, às próprias crianças e adolescentes.

17.8. Imagine-se que, a cada vez que surgisse uma nova proposta de política pública para fins de promoção da educação ou que se fizesse mister nova ação para execução de competências legais ou atribuições legais do serviço público, fosse necessário colher o consentimento de todos os responsáveis de mais de 3,5 milhões de alunos,<sup>25</sup> o que se agrava em um estado de magnitude como São Paulo e considerando as urgências que podem surgir e demandam rápida resposta estatal, a exemplo do que ocorreu na pandemia da COVID-19. A meu ver, a concepção de necessidade de consentimento do responsável em todo e qualquer tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes acabaria por inviabilizar a atuação do Estado em prol do melhor interesse dos menores, fazendo-se necessário admitir a possibilidade de incidência das bases legais para tratamento independentemente de consentimento previstas nos artigos 7º, 11 e 23 da LGPD, desde que compatíveis com o princípio do melhor interesse, questão a ser avaliada em cada caso concreto. Relembro a previsão do artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo a qual “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

17.9. A educação pública consiste em dever do Estado e direito de todos (art.

24 FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. *Portal Migalhas*, Ribeirão Preto, a. 19, out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 15 jan. 2021.

25 Dado disponível em: <https://www.educacao.sp.gov.br/censo-escolar>. Acesso em: 13 jan. 2021.

205, CRFB/88), caracterizando atividade essencial, gratuita e obrigatória, ofertada pelo Poder Público a todas as crianças e adolescentes, por determinação constitucional. Em hipóteses em que o tratamento de dados de alunos se dá para atividades indissociáveis à oferta da educação pública (diversamente do que ocorre com particulares),<sup>26</sup> a exigência de consentimento de cada um dos pais ou responsáveis dos milhões de estudantes se afigura, a meu ver, ineficaz e inaplicável, dado se tratar de obrigação constitucional incompatível com escolha por parte do responsável do menor. A interpretação da LGPD não pode ser tão estrita a ponto de paralisar ou impedir a atuação estatal em atividade essencial e obrigatória, sob pena de se prejudicar os próprios alunos.

17.10. Sublinhe-se que, conforme exposto supra, a LGPD prevê que o consentimento deverá se referir a finalidades determinadas e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas (art. 8º, § 4º). Nesses casos, o tratamento de dados pessoais deve ficar suspenso até que se obtenha o consentimento. Exigir consentimento significa requisitá-lo a cada nova operação realizada, inclusive para compartilhamento de dados. Como visto, afirma-se, em doutrina, que o consentimento só vale “para certo tratamento, para determinado agente e sob determinadas condições”. A interpretação do consentimento deve ser restritiva, “não podendo o agente estender a autorização concedida para o tratamento dos dados para outros meios além daqueles pactuados, para momento posterior, para fim diverso ou, ainda, para pessoa distinta daquela que recebeu a autorização”<sup>27</sup>. Além disso, o artigo 8, § 5º, da LGPD, traz a regra relativa à possibilidade de revogação do consentimento (art. 8º, § 5º).

17.10.1. A meu ver, essas disposições não se afiguram compatíveis ou eficazes em casos de atuação estatal dinâmica em atividade essencial e obrigatória de oferta da educação pública, a demandar a possibilidade de aplicação das demais bases legais previstas para o Poder Público nos artigos 7º, 11 e 23 da LGPD, que foram

---

26 VALENTE, Patricia Pessôa; MICALI, Giovanna. LGPD e inovação no setor público: o caso das Edutechs. *In*: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes. **LGPD & Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 985-986.

27 TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 298-302.

legalmente contempladas justamente para viabilizar a atuação estatal, não havendo sentido em excluí-las quando a atividade se dá especificamente em prol do melhor interesse da criança e do adolescente, ofertando a estes a educação pública. Em outras palavras, nos casos em que existe um interesse público a ser perseguido, como a execução de políticas públicas e a execução de competências legais ou atribuições legais do serviço público, a proteção da vida, a tutela da saúde, dentre outros, a LGPD trouxe, em seus artigos 7º, 11 e 23, previsão legal autorizativa do tratamento de dados pessoais independentemente de consentimento, justamente para viabilizar a atuação estatal em prol de valores mercedores de tutela, inclusive para dados pessoais sensíveis, o que deve poder ser aplicado também para crianças e adolescentes.

17.11. A bem da verdade, tratando-se de execução de políticas públicas e de execução de competências legais ou atribuições legais do serviço público pelo Estado, há a incidência de todo o regime jurídico de direito público, não havendo que se falar em autonomia ou escolha do usuário quanto às regras de como o serviço público será prestado. Em outras palavras, me parece que as bases legais dos artigos 7º, II e III, 11, II, “a” e “b” e 23, da LGPD, quando dispensam o consentimento, o fazem justamente porque a disciplina deste seria inexequível e incompatível com a atuação estatal. A utilização do serviço público pelo usuário implica necessariamente a realização dos tratamentos de dados pessoais indissociáveis à oferta do serviço. A interpretação proposta neste opinativo parece ser, ainda, a que mais se compatibiliza com o caso da prestação de serviços em que há, de forma “mista”, usuários crianças e adolescentes e usuários maiores de idade.

17.12. Assim, de acordo com a interpretação aqui sustentada, o artigo 14, § 3º, da LGPD, que permite a coleta de dados pessoais de menores quando for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, não podendo ser repassada a terceiro sem o consentimento específico e em destaque do responsável, é mais uma base legal de tratamento, específica para crianças e adolescentes, para além das demais previstas nos artigos 7º, 11 e 23 da LGPD.

17.13. Por outro lado, não me parece ser o caso de qualificar os dados pessoais de crianças e adolescentes como sensíveis, como propõe a terceira tese interpretativa acima aludida, justamente porque são perspectivas de qualificação e finalidades de proteção distintas. Enquanto a primeira ótica de análise toma por base a vulnera-

bilidade do titular do dado pessoal, à luz do princípio do melhor interesse, a segunda leva em consideração a natureza do dado coletado e seu potencial de uso discriminatório por terceiros. Justamente por serem ângulos de apreensão distintos é que haverá dados pessoais de crianças e adolescentes que são sensíveis e outros que não são. Quando forem dados pessoais sensíveis de crianças e adolescentes, haverá ainda outra camada extra de proteção, o que seria perdido com a equiparação entre dados pessoais sensíveis e dados pessoais de crianças e adolescentes sustentada pela terceira corrente.<sup>28</sup>

17.13.1. No entanto, cabe aqui ressaltar que a adoção desta terceira tese interpretativa acabaria por gerar semelhantes efeitos práticos para o Estado, já que, tratando-se de dados pessoais sensíveis, há, no artigo 11, II, a previsão de bases legais que dispensam o consentimento do titular e viabilizam a atuação do Poder Público, como o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador e o tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos.

17.14. Diante do posicionamento adotado neste opinativo, conforme a segunda tese hermenêutica acima exposta, a interpretação a ser dada ao tema da proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes não pode ser a de impedir ou paralisar a atuação estatal nas relevantes hipóteses previstas nos artigos 7º, 11 e 23 da LGPD, como para execução de políticas públicas, execução de competências legais ou atribuições legais do serviço público, proteção da vida, tutela da saúde, dentre outras. A interpretação deve ser a de viabilizar a atividade pública, mas com balizamentos jurídicos fundamentais que vão moldar essa atuação dos agentes de tratamento (art. 7º, § 6º, LGPD). São exemplos desses balizamentos jurídicos fundamentais:

(i) os princípios previstos no artigo 6º, de forma que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes só poderá ocorrer quando assim for efetivamente necessário e adequado para atingimento de finalidade legítima, específica, explícita e informada, verificando-se, por exemplo, se não é viável a adoção de solução como a da anonimização (artigos 5º, III e XI, e 12, LGPD). Ademais, o tratamento deve ocorrer em ambientes controlados, prevenindo-se a ocorrência de danos, fazendo-se mister, ainda, que o agente demonstre a adoção de medidas

---

28 FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. *Portal Migalhas*, Ribeirão Preto, a. 19, out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 15 jan. 2021.

eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. Deve haver, então, cautela redobrada no cumprimento do dever de proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes, dada a vulnerabilidade dos sujeitos envolvidos. No tema, remeto ao item 6.4 e 6.4.1, supra;

(ii) o fato de o tratamento precisar estar fundamentado em uma das bases legais dos artigos 7º, 11 e 23, da LGPD;

(iii) a necessidade de atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; e

(iv) a necessidade de se assegurar o pleno exercício dos direitos do titular, nos termos dos artigos 17 a 22 e 23, § 3º, da LGPD e do Decreto Estadual nº 65.347/2020, aos quais remeto.

17.15. Não há que se falar, portanto, em autorização ampla e irrestrita para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes sem consentimento, devendo ocorrer a cuidadosa análise da hipótese fática e a apresentação das justificativas pertinentes pela Administração, com posterior submissão do caso concreto a este órgão consultivo para análise específica.

17.16. A interpretação aqui proposta não é nova. Esse já havia sido o entendimento da Secretaria da Educação, por ocasião da edição da Resolução SE 61, de 9-11-2018, que “estabelece critérios e procedimentos para a divulgação de dados públicos e pessoais”, e que tomou como base a LGPD, da qual se destaca:

O Secretário da Educação, considerando:

- o disposto na Lei Federal 12.527, de 18-11-2011, que regula o acesso a informações previsto na Constituição Federal;

- a Lei Federal 13.709, de 14-08-2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais.

[...]

Artigo 2º - Serão coletados, armazenados e tratados as informações e dados pessoais necessários ao exercício das competências, deveres, planejamento e execução de políticas públicas da Secretaria da Educação.

Artigo 3º - São vedados a coleta, o armazenamento e o tratamento de dados e informações pessoais, especialmente as sensíveis, definidos no artigo 5º, I e II da Lei Federal 13.709, de 14-08-2018, salvo os absolutamente indispensáveis à execução dos deveres e atribuições da Secretaria da Educação.

Artigo 4º - As informações e os dados de caráter sensível serão coletados, trans-

feridos ou disponibilizados, mediante autorização expressa dos seus titulares, educandos, pais ou responsáveis, salvo as hipóteses previstas no artigo 11 da Lei Federal 13.709, de 14-08-2018”.

17.17. Ademais, veja-se a disciplina do recente Decreto Estadual nº 65.347/2020, que versa sobre a aplicação da LGPD no âmbito do Estado de São Paulo, e prevê, no artigo 1º de suas disposições transitórias, o dever de as Secretarias de Estado, em relação aos bancos de dados e informações pessoais, estruturados ou não, em suporte físico ou eletrônico, sob sua responsabilidade, atribuir fundamento legal para tratamento dos dados e indicar a finalidade do tratamento, a existência de compartilhamento dos dados e respectivo instrumento e o local em que se encontram custodiados ou armazenados. A propósito, o Parecer AJG nº 649/2020, da Assessoria Jurídica do Gabinete, quando analisou a viabilidade jurídica de edição de tal decreto, se posicionou no sentido de que o consentimento poderá ser prescindível quando o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes estiver fundado em uma das bases legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, tal qual ocorre no Regulamento da União Europeia (GDPR).<sup>29</sup>

29 “A LGPD traz disposições que permitem inferir que o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, desde que observadas as Disposições Preliminares da lei (artigos 1º a 6º, da LGPD) e as regras dispostas na Seção I (Das Regras) do Capítulo IV (Do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público), dispensaria, na maior parte dos casos, o consentimento do titular de dados, para operações de tratamento: (...) Nessa linha, mostra-se relevante reconhecer, expressamente, a necessidade de órgãos e entidades da Administração Pública indicarem o fundamento legal para operações de tratamento (inclusive para manutenção de bancos de dados, físicos ou digitais, estruturados ou não), a respectiva finalidade e eventuais instrumentos jurídicos que respaldam as operações. Para tanto, a minuta de decreto em análise contempla, em suas disposições transitórias, o dever de órgãos e entidades da Administração Pública Estadual atestarem seu grau de conformidade com a LGPD e providenciarem, se for o caso, a colheita do consentimento de titulares de dados pessoais para operações de tratamento que não se enquadrem nas disposições do inciso III do artigo 7º da LGPD. (...) Cabe aqui reparar que o regulamento da União Europeia atribui validade ao consentimento dado por criança a partir de 16 anos (artigo 8º), mas apenas nas hipóteses em que o consentimento constitui condição essencial para legitimar operações de tratamento. Dessa forma, considerando que há previsão expressa das hipóteses em que o consentimento prévio é dispensável porque não seria eficaz (como aqueles listados nas alíneas “b” a “f” do item 1 do artigo 6º do GDPR, no inciso II do artigo 11 e nos incisos II a X do artigo 7º da LGPD), infere-se que também para operações de tratamento de dados de crianças e adolescentes, o termo de consentimento poderá ser prescindível. De qualquer sorte, permanece necessário respeitar o princípio da “responsabilização e prestação de contas” (inciso X do artigo 6º da LGPD), devendo o controlador e o operador demonstrar a “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” (grifou-se).

17.18. Veja-se que a solução adotada pela Regulamentação Geral de Dados da União Europeia (GDPR) foi justamente no sentido de permitir a aplicação das demais bases legais para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, para além do consentimento. Confira-se:

#### Artigo 6º

##### Licitude do tratamento

1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

- a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;
- b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;
- c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;
- e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;
- f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrônica. (...)

#### Artigo 8º

Condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação

1. Quando for aplicável o artigo 6.o, n.o 1, alínea a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança.

Os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos.

2. Nesses casos, o responsável pelo tratamento envida todos os esforços adequados para verificar que o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais da criança, tendo em conta a tecnologia disponível.

3. O disposto no n.º 1 não afeta o direito contratual geral dos Estados-Membros, como as disposições que regulam a validade, a formação ou os efeitos de um contrato em relação a uma criança (grifou-se).<sup>30</sup>

17.19. Sublinhe-se que o artigo 8º do GDPR, que exige o consentimento dado pelo maior de 16 anos ou pelo responsável pelo menor de 16 anos, somente é aplicável nos casos em que a base legal de tratamento é o consentimento (art. 6º, 1, “a”, GDPR), o que não exclui a possibilidade de incidência das demais bases legais previstas no artigo 6º, 1, do GDPR, que independem de consentimento. Lembre-se que a Regulamentação Geral de Dados da União Europeia (GDPR) é reconhecida fonte de inspiração do legislador brasileiro na edição da LGPD.

17.20. Na mesma linha, sustenta-se, no ordenamento brasileiro, a interpretação de que os §§ 1º e 3º do artigo 14 da LGPD também diriam respeito aos casos em que o consentimento é a base legal de tratamento, nos termos do artigo 7º, I, ou do artigo 11, I, da LGPD, o que não exclui a possibilidade de incidência das demais bases legais previstas nos artigos 7º, 11 e 23 da LGPD.

17.21. A título ilustrativo, essa também me parece ter sido, s.m.j., a interpretação do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao editar a Portaria nº 9.918/2020, que institui a Política de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais no Poder Judiciário do Estado de São Paulo, e admite o tratamento de dados pessoais, independentemente de consentimento, para execução das atividades jurisdicionais.<sup>31</sup>

30 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 17 jan. 2021.

31 Confira-se: Art. 7º - O tratamento de dados pessoais pelo Tribunal de Justiça de São Paulo é realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar suas competências legais e de cumprir as atribuições legais do serviço público. Parágrafo único. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo e demais normas de organização judiciária definem as funções e atividades que constituem as finalidades e balizadores do tratamento de dados pessoais para fins desta Política. Art. 8º. Em atendimento a suas competências legais, o Tribunal de Justiça de São Paulo poderá, no estrito limite de suas atividades jurisdicionais, tratar dados pessoais com dispensa de obtenção de consentimento pelos respectivos titulares. Eventuais atividades que transcendam o escopo da função jurisdicional estarão sujeitas à obtenção de consentimento dos interessados. Art. 9º - O Tribunal de Justiça de São Paulo mantém contratos com terceiros para o fornecimento de

17.21.1. Também a mero título ilustrativo, observo que este entendimento também foi adotado no “Manual de Proteção de Dados Pessoais para Gestores e Gestoras Públicas Educacionais”, estudo que consta como “fruto de uma cooperação entre o Centro de Inovação para a Educação Brasileira (CIEB) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), com apoio da Fundação Lemann e Imaginable Futures”.<sup>32</sup>

17.22. Na doutrina, a posição aqui aludida, no sentido da possibilidade de incidência das demais bases legais previstas nos artigos 7º, 11 e 23, da LGPD, tem sido amplamente sustentada.<sup>33</sup> Nesse sentido, propugnam que o tratamento de da-

---

produtos ou a prestação de serviços necessários a suas operações, os quais poderão, conforme o caso, importar em disciplina própria de proteção de dados pessoais, a qual deverá estar disponível e ser consultada pelos interessados. Art. 10 - Os dados pessoais tratados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo são: I - Protegidos por procedimentos internos, com trilhas de auditoria para registrar autorizações, utilização, impactos e violações; II - Mantidos disponíveis, exatos, adequados, pertinentes e atualizados, sendo retificado ou eliminado o dado pessoal mediante informação ou constatação de impropriedade respectiva ou face a solicitação de remoção, devendo a neutralização ou descarte do dado observar as condições e períodos da tabela de prazos de retenção de dados; III - Compartilhados somente para o exercício das funções judiciárias ou para atendimento de políticas públicas aplicáveis; e IV - Revistos em periodicidade mínima anual, sendo de imediato eliminados aqueles que já não forem necessários, por terem cumprido sua finalidade ou por ter se encerrado o seu prazo de retenção. Art. 11 - A informação sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis ou referentes a crianças ou adolescentes estará disponível em linguagem clara e simples, com concisão, transparência, inteligibilidade e acessibilidade, na forma da lei e de acordo com as regras do regime de tramitação sob sigilo de Justiça. Art. 12 - A responsabilidade do Tribunal de Justiça de São Paulo pelo tratamento de dados pessoais estará circunscrita ao dever de se ater ao exercício de sua competência legal e institucional e de empregar boas práticas de governança e de segurança (grifou-se).

32 Com a entrada em vigor da LGPD, é comum imaginar que, a partir de agora, só será possível utilizar dados pessoais com base no consentimento do(da) titular. Entretanto, esse entendimento não é correto. Na realidade, o consentimento é só uma das dez hipóteses que a LGPD permite tratar dados pessoais. Esse é um dos pontos mais importantes da LGPD: o estabelecimento das bases legais para o tratamento de dados pessoais. Em linhas gerais, as bases legais são as hipóteses previstas na lei que autorizam o tratamento de dados pessoais. Essas hipóteses, por sua vez, podem ser diferentes a depender do tipo de dado – isto é, dado pessoal ou dado pessoal sensível. (...) No contexto do sistema público de educação, o consentimento será uma base legal secundária, ou seja, aplicável apenas quando não for possível fundamentar a atividade de tratamento de dados pessoais em outra base legal (Disponível em: <https://cieb.net.br/lgpd/>. Acesso em: 17 jan. 2021; grifou-se).

33 Ressalvo que parcela da doutrina sustenta que nem todas as bases legais do artigo 7º se afiguram compatíveis com o melhor interesse da criança, como no caso da proteção ao crédito (art. 7º, X, LGPD) e do legítimo interesse do controlador (art. 7º, IX, LGPD). Este tema, contudo, não será abordado no presente opinativo, que, lembre-se, está respondendo a questões formuladas em tese, visto que estas

dos pessoais de crianças e adolescentes pode ocorrer em outras hipóteses que não as do artigo 14 da LGPD, Gustavo Tepedino, Mario Viola, Chiara Spadaccini de Teffé, Elora Raad Fernandes, Patricia Pessoa Valente, Giovanna Micali, Rosana Leal da Silva, Alessandra Borelli e Marcos César Botelho.<sup>34</sup> Destaco da doutrina os seguintes ensinamentos:

Há também menção na LGPD a hipóteses de tratamento de dados de menores sem necessidade de consentimento. Como afirmado na primeira parte do texto, o consentimento é uma das bases legais para o tratamento de dados, mas não a única. No caso em tela, que envolve menores de idade, não foi estabelecida norma com rol específico para o tratamento dos dados desses sujeitos, devendo ser aplicadas, como regra, as disposições dos artigos 7º e 11º. Como complemento às hipóteses de autorização legal para o tratamento de dados, afirma-se no § 3º do artigo 14 que poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere § 1º do mencionado artigo quando: a) a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, devendo os dados ser utilizados uma única vez e sem armazenamento; ou b) para a proteção da criança. Porém, em nenhum caso, esses dados poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º (TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 314-315; grifou-se).

A partir desse entendimento, é fácil perceber que diversas bases legais presentes no art. 7º, da LGPD, têm o potencial de concretizar o melhor interesse e que os §§ 1º e 3º, do art. 14, não dão conta das situações fáticas, nas quais os dados de crianças e adolescentes deverão ser tratados para essa efetivação. Exemplo claro pode ser visualizado quando, no âmbito de políticas públicas, dados de crianças e adolescentes devem ser tratados para que seu direito à educação seja concretizado. Uma vez que a educação é obrigatória no Brasil, a base do consentimento não seria adequada, já que esta pressupõe uma escolha e autonomia por parte do titular de dados ou de seu responsável legal. Assim, seria possível utilizar a base legal presente no inciso III, do art. 7º, da LGPD, desde que esse tratamento esteja de acordo com a consideração primordial do melhor interesse. Nítida também é a importância de se tratar dados para a proteção da vida ou da

---

não são bases legais que serão, a princípio, utilizadas pela Secretaria da Educação, a qual se valerá das demais bases legais do artigo 7º, próprias para a atuação estatal. Sobre o tema, remeto à FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. Portal Migalhas, Ribeirão Preto, a. 19, out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 15 jan. 2021.

34 Remeto à nota de rodapé nº 24, supra

incolumidade física (inciso VII) e para a tutela de sua saúde (inciso VIII), hipóteses autorizativas que definitivamente podem ser utilizadas para garantir seu melhor interesse. Esse exercício pode e deve ser feito com cada uma das bases legais do art. 7º, a partir do qual perceber-se-á que a maior parte delas poderá garantir os direitos presentes na Convenção sobre os Direitos da Criança, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), desde que ancoradas no melhor interesse. Isso, por si só, já poderia enfraquecer a primeira interpretação citada, segundo a qual o art. 14 seria suficiente para lidar com todas situações nas quais será necessário tratar dados de crianças e adolescentes. [...] Deste modo, levando em consideração os princípios estabelecidos na LGPD e em todo o ordenamento jurídico brasileiro, defende-se que, para tratar dados de crianças e adolescentes podem ser aplicadas as bases legais previstas nos incisos I a VIII do art. 7º, da LGPD (desde que estejam sempre orientadas pelo melhor interesse). Além disso, deve-se considerar a base legal estabelecida no art. 14, § 3º e, especificamente em relação ao consentimento, deve-se aplicar a regra do art. 14, § 1º. Por fim, quando se trata de dados sensíveis de crianças e adolescentes, a conjunção será do art. 14 com o art. 11, da mesma normativa. Em todas as situações, um relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais será essencial para avaliar como o melhor interesse será aplicado no caso” (FERNANDES, Elora Raad. Crianças e adolescentes na LGPD: bases legais aplicáveis. **Portal Migalhas**, Ribeirão Preto, a. 19, out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/de-peso/335550/criancas-e-adolescentes-na-lgpd-bases-legais-aplicaveis>. Acesso em: 15 jan. 2021; grifou-se).

O consentimento do titular dos dados recebeu tutela destacada na LGPD, ainda que não seja, vale lembrar, a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais nem hierarquicamente superior às demais contidas no rol do Art. 7º. Aliás, em determinados casos, a obtenção do consentimento poderá ser até mesmo inadequada, tendo em vista a existência de outra base legal contida no rol do Art. 7º, ou mesmo do Art. 11, aplicável. Nesses casos, parece mais adequado e seguro que ela seja utilizada e não o consentimento do titular do dado, ainda que seja possível obtê-lo. [...] Ao longo do artigo 7º da LGPD são apresentadas outras hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais, não havendo, aqui, nenhuma superior às demais, conforme destacado em tópico específico (item 2). Entende-se que, ainda que seja possível utilizar mais de uma base legal para determinado tratamento de dados, é preciso buscar a base mais adequada e segura para a situação concreta. [...] Em seguida, aborda-se o tratamento de dados pessoais 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 da lei, que regula o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. As políticas em questão podem envolver, por exemplo, a implementação de saneamento básico, de auxílios a cidadãos em situação de vulnerabilidade ou de projetos voltados à educação de crianças e adolescente” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as

bases legais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>. Acesso em: 15 jan. 2021; grifou-se).

Desde que observadas as diretrizes legais apontadas, esses dados já podiam ser tratados pelo Poder Público sem o consentimento expresso dos alunos ou, no caso de menores de idade, dos seus responsáveis legais. Certamente, se bem utilizados, poderiam ser de grande serventia à formulação de políticas públicas educacionais. Com a publicação da LGPD, que trouxe maior clareza à utilização de dados pelo Poder Público, é possível afirmar que o tratamento de dados pessoais nesse contexto deve ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública (arts. 7º, III, e 23), não sendo necessário o consentimento do titular dos dados para a sua coleta e tratamento. Mesmo em se tratando de dados de crianças e adolescentes, entende-se que não se torna necessária a obtenção do consentimento por se tratar da prestação de um serviço público essencial, gratuito e obrigatório a todas as crianças e adolescentes, por determinação constitucional. A coleta e o tratamento de dados dos alunos são atividades indissociáveis à prestação de serviço público de educação, uma vez que é inerente à atividade educacional a realização de matrícula, recenseamento dos alunos, controle de frequência, aplicação de avaliação etc. Note-se que, para as relações privadas, o consentimento para tratamento dos dados é requisito obrigatório, conforme o artigo 7º, inciso I, da LGPD. Contudo, evidenciando a autorização legal e relação estabelecida entre o usuário e o prestador de um serviço público, o legislador dispensou a necessidade de um consentimento formal, simplificando essa relação (art. 7º, inciso II da LGPD). Está simplificação, conforme será detalhado na próxima seção, pode sofrer alterações caso a finalidade da coleta e tratamento dos dados se alterem e se distanciem da prestação dos serviços educacionais (VALENTE, Patricia Pessôa; MICALI, Giovanna. LGPD e inovação no setor público: o caso das Edutechs. *In*: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (coords.). **LGPD & Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 979-991; grifou-se).

17.23. Por outro lado, registro que não me pareceu clara a interpretação adotada pela Administração Pública federal em seu “Guia de Boas Práticas” para implementação da LGPD.<sup>35</sup> Em um primeiro momento, é mencionado o consentimento para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (fls. 25/26), apresentando-se, nas páginas seguintes, as demais bases legais para tratamento, a indicar que o consentimento é apenas uma das bases legais, existindo outras. Posteriormente, ao tratar das “especificidades para o tratamento de dados

---

35 Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/GuiaLGPD.pdf>. Versão 2.0, de 14/08/2020. Acesso em: 14 jan. 2021.

de crianças e adolescentes”, o Guia afirma que, no caso da coleta de dados de crianças, “o consentimento é exigido inclusive no caso de execução de políticas públicas, o que não ocorre com adultos”. No entanto, o Guia também afirma que há hipóteses em que se dispensa o consentimento, como quando o “tratamento de dados for imprescindível para o exercício de direitos da criança ou adolescente ou para lavratura de registros públicos”.

17.23.1. O “Guia de Boas Práticas”, portanto, parece reconhecer que as bases legais do artigo 14 da LGPD não se afiguram suficientes para dar conta da efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente, demandando-se a utilização de outras bases legais, mas, ao mesmo tempo, menciona essa questão das políticas públicas e não deixa claro em quais bases legais estariam fundamentadas essas exceções de “exercício de direitos” e de “lavratura de registros públicos”, ou qual a sua extensão e interpretação. Não me parece estar claro de que forma os artigos 7º, 11 e 23 da LGPD incidiriam nesse caso, em interpretação sistemática. Parece, ainda, ser possível, em tese, sustentar que o tratamento de dados pessoais para fins de oferta da educação se caracteriza como hipótese de tratamento “imprescindível para o exercício de direitos da criança ou adolescente”.

17.24. De toda forma, é certo que a matéria é significativamente controversa, havendo mais de uma possibilidade hermenêutica e deverá ser objeto de esclarecimentos futuros e ter diretrizes estabelecidas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), razão pela qual poderá vir a ser alterada a orientação jurídica exposta neste opinativo, que constitui uma construção interpretativa no momento inicial de vigência da lei. Observo, ainda, que o presente opinativo está analisando a matéria em tese, o que não dispensa a necessidade de análise específica dos casos concretos, que deverão ser oportunamente submetidos ao exame deste órgão consultivo.

17.25. De mais a mais, para fins de cautela, de resguardo dos gestores e de cumprimento das obrigações previstas na LGPD, recomendo que a Pasta elabore documento que passe a constar no Sistema Secretaria Escolar Digital (SED) e outros sites oficiais pertinentes da SEDUC (questão técnica), informando aos responsáveis dos alunos, de forma ampla, a respeito dos tratamentos de dados pessoais realizados pela Secretaria da Educação, especialmente no que tange às finalidades determinadas, à forma e à duração, à pretensão de uso compartilhado, às responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento e aos direitos do titular, de forma

clara, adequada e ostensiva, em relação ao qual sugiro que os responsáveis tomem ciência no ato de matrícula, de forma a atender integralmente às previsões dos artigos 6º, 9º, 18 e 23 a 26 da LGPD e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 14, caput, LGPD).

17.25.1. Ou seja, entendo recomendável que os responsáveis sejam informados/tomem ciência, no ato da matrícula, sobre os tratamentos de dados pessoais que serão efetuados pelo Estado, documento que pode constar do sistema SED e vir a ser atualizado de forma permanente, o que não conflita com a interpretação deste opinativo de que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, se fundamentado em uma das bases legais dos artigos 7º, 11 e 23, da LGPD, pode dispensar o consentimento, tratando-se de questões e providências distintas. Proponho que a Pasta delibere sobre esse ponto, em juízo técnico, elabore a minuta de tal documento, e, então, o submeta à análise deste órgão consultivo. A mesma ação deve ser adotada para outros tratamentos que não versem sobre dados de alunos.

#### **IV. Considerações finais**

18. Anoto que, em 13 de fevereiro de 2020, foi editado o Decreto Estadual nº 64.790/2020, que instituiu a Central de Dados do Estado de São Paulo - CDESP, a Plataforma Única de Acesso - PUA e o Comitê Gestor de Governança de Dados e Informações do Estado de São Paulo. A matéria é, ainda, disciplinada pela Resolução SG nº 86, de 2/9/2020. Dadas as competências de tais órgãos legalmente previstas, recomendo que a Pasta acompanhe as diretrizes e deliberações a serem delineadas por estes.

19. Observo, ainda, que, em 9 de dezembro de 2020, foi editado o Decreto Estadual nº 65.347/2020, que dispõe sobre a aplicação da Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), no âmbito do Estado de São Paulo, cujo integral atendimento deve ser também providenciado pela Pasta. Destaco as previsões do artigo 11, III, “a” e do artigo 1º das disposições transitórias deste Decreto:

Artigo 11 - Cabe aos Chefes de Gabinete das Secretarias de Estado e da Procuradoria-Geral do Estado, no âmbito dos respectivos órgãos: (...)

III - assegurar que o encarregado seja informado, de forma adequada e em tempo hábil, sobre:

a) o tratamento e o uso compartilhado de dados pessoais necessários à execução de políticas públicas previstas em normas legais e regulamentares ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. (...)

Artigo 1º - As Secretarias de Estado e a Procuradoria-Geral do Estado deverão, em relação aos bancos de dados e informações pessoais, estruturados ou não, em suporte físico ou eletrônico, sob sua responsabilidade:

I - atribuir fundamento legal para tratamento dos dados;

II - indicar:

a) a finalidade do tratamento;

b) a existência de compartilhamento dos dados e respectivo instrumento;

c) o local em que se encontram custodiados ou armazenados.

Parágrafo único - Os órgãos a que se refere o "caput" deverão comprovar, ao encarregado designado no artigo 6º deste decreto, a observância do disposto neste artigo (grifou-se).

19.1. Alerto a Administração, ainda, para a necessidade de observância das regras legais sobre término do tratamento de dados, nos termos dos artigos 15 e 16 da LGPD, aos quais remeto.

20. Anoto, ademais, que, tratando-se de celebração de novos contratos de prestação de serviços contínuos que envolvam a atuação da futura contratada como operadora que tratará dados pessoais em nome do contratante devem ser seguidas as instruções previstas na nova minuta BEC de prestação de serviços contínuos (participação ampla - v.3/2020 - 21.12.2020), e incluídas previsões como o parágrafo previsto para o termo de referência (fls. 33), o modelo de termo de confidencialidade, sigilo e uso - apêndice 1 do anexo 1 (fls. 34/35), o item XIV da cláusula quarta da minuta de contrato (fls. 46), o item VI da cláusula quinta da minuta de contrato (fls. 50), e a cláusula décima sexta da minuta de contrato (fls. 61/64).

21. Já com relação aos contratos e demais ajustes celebrados pela Secretaria antes da entrada em vigor da LGPD, encaminho, em anexo, a Nota Técnica SUBG-CONS nº 14/2020, que trata das modificações dos contratos celebrados com base na Lei nº 8.666/1993 para adequação à LGPD, cabendo à Pasta a avaliação das medidas aplicáveis a cada caso, submetendo, então, eventuais propostas de aditamento contratual ao exame deste órgão consultivo.

22. Com essas considerações, proponho o encaminhamento do presente opina-

tivo, se aprovado pela D. Chefia desta Consultoria Jurídica, à D. Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral, por se tratar de matéria controvertida e de interesse geral de toda a Administração, não restrita, portanto, à Secretaria da Educação.

São Paulo, 18 de janeiro de 2021.

**DIANA LOUREIRO PAIVA DE CASTRO**  
**PROCURADORA DO ESTADO**

**PROCESSO: SEDUC-EXP-2020/322937**

**INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO**

**ASSUNTO: Consulta. Lei Geral de Proteção de Dados - IGPD. Dúvidas. Aplicação.**

**PARECER: CJ/SE nº 50/2021**

Por seus próprios e jurídicos fundamentos, aprovo o bem-lançado e consistente Parecer CJ-SE n. 50/2021.

Em face da relevância da matéria e da repercussão da orientação jurídica que contém, encaminhe-se à Subprocuradoria-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral com proposta de manifestação da douta Procuradoria Administrativa.

São Paulo, 20 de janeiro de 2021.

**MARCELO DE AQUINO**  
**PROCURADOR DO ESTADO CHEFE**  
**CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA EDUCAÇÃO**  
**OAB-SP 88.032**

**PROCESSO: SEDUC-EXP-2020/322937**

**INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO**

**ASSUNTO: Consulta. Lei Geral de Proteção de Dados - IGPD. Dúvidas. Aplicação.**

**PARECER: CJ/SE nº 50/2021<sup>36</sup>**

## **RCF**

1. O Parecer CJ/SE nº 50/2021 , que aprovo, responde de forma precisa aos questionamentos encaminhados pela Coordenadoria de Tecnologia, Informação, Evidências e Matrícula (CITEM), da Secretaria de Estado da Educação, acerca de como realizar o tratamento de dados pessoais no âmbito das atividades realizadas pela Pasta. Nessa linha, o opinativo corretamente distingue entre os vários níveis de proteção previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), situando os dados sensíveis (art. 11, LGPD) e os de crianças e adolescentes (art. 14, LGPD) como categoriais especialmente protegidas pela lei, e propõe uma interpretação sistemática, em diálogo com a Lei de Acesso à Informação, o Código Civil e outras fontes,

2. Tendo em vista que os questionamentos foram formulados em tese pela Pasta, bem como a ausência de regulamentação, a cargo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), sobre muitos dos temas tratados no opinativo em exame, entendo não ser o caso, por ora, de submeter o tema ao elevado crivo da d. Procuradoria Administrativa.

3. De todo modo, ante o interesse geral em obter primeiras interpretações da Procuradoria-Geral do Estado em relação à matéria, manifesto a minha concordância com as conclusões do opinativo retro e recomendo a sua ampla divulgação aos órgãos de execução vinculados à área da Consultoria-Geral.

---

<sup>36</sup> Parecerista Procuradora do Estado Dra. Diana Loureiro Paiva de Castro.

4. Dê-se ciência, outrossim, ao i. Ouvidor-Geral do Estado, para ciência da orientação jurídica traçada, e ao Comitê Gestor de Governança de Dados e Informações do Estado de São Paulo (CDESP), para o exercício das competências que lhe confere o artigo 5º do Decreto Estadual nº 64.790/2020.

SubG-Consultoria, 28 de janeiro de 2021.

**EUGENIA CRISTINA CLETO MAROLLA**  
**SUBPROCURADORA-GERAL DO ESTADO**  
**CONSULTORIA-GERAL**

## PARECER CJ/SLT N° 4/2021

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. AUTARQUIA. CONSULTA FORMULADA PELO D. PROCURADOR DE AUTARQUIA CHEFE DO DEPARTAMENTO AEROVIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO ("DAESP") A RESPEITO DOS EFEITOS PRODUZIDOS PELA LEI ESTADUAL N° 17.293, DE 15 DE OUTUBRO DE 2020, SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA DA REFERIDA ENTIDADE DESCENTRALIZADA. ANÁLISE DA CONSULTA À LUZ DO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, EM ESPECIAL O PREVISTO NO ART. 37, XIX, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, BEM COMO DO ENCETADO NA PRÓPRIA LEI ESTADUAL N° 17.293/2020. CONCLUSÃO NO SENTIDO DE QUE, ENQUANTO NÃO ULTIMADO O PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS – EVENTUALMENTE PRORROGADO, ATÉ DUAS VEZES, POR IGUAL PERÍODO, PELO PODER EXECUTIVO – CONSTANTE DO §1º DO ART. 2º DA LEI ESTADUAL N° 17.293/2020 OU DECLARADA ANTECIPADAMENTE A EXTINÇÃO DO DAESP PELO PODER EXECUTIVO, EM SEDE DE DECRETO ESTADUAL, REMANESCERÁ EXISTENTE A PERSONALIDADE JURÍDICA DA INDIGITADA AUTARQUIA ESTADUAL. PROPOSTA DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM COM RECOMENDAÇÕES E APONTAMENTOS ACERCA DAS PROVIDÊNCIAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS PERTINENTES À DESMOBILIZAÇÃO DO DAESP.

**PROCESSO: DAESP-EXP-2021/00001**

**INTERESSADO: Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo**

**PARECER: CJ/SLT nº 4/2021**

**EMENTA:**

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. AUTARQUIA. Consulta formulada pelo d. Procurador de Autarquia Chefe do Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo (“DAESP”) a respeito dos efeitos produzidos pela Lei estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, sobre a personalidade jurídica da referida entidade descentralizada. Análise da consulta à luz do disposto na Constituição da República de 1988, em especial o previsto no art. 37, XIX, do texto constitucional, bem como do encetado na própria Lei estadual nº 17.293/2020. Conclusão no sentido de que, enquanto não ultimado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias – eventualmente prorrogado, até duas vezes, por igual período, pelo Poder Executivo – constante do §1º do art. 2º da Lei estadual nº 17.293/2020 ou declarada antecipadamente a extinção do DAESP pelo Poder Executivo, em sede de Decreto estadual, permanecerá existente a personalidade jurídica da indigitada autarquia estadual. Proposta de retorno dos autos à origem com recomendações e apontamentos acerca das providências político-administrativas pertinentes à desmobilização do DAESP.

**Sra. Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica,**

1. Trata-se de consulta dirigida, em 12.01.2021, pelo d. Procurador de Autarquia Chefe do Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo (“DAESP”), a esta Consultoria Jurídica, acerca dos efeitos produzidos pela Lei estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, sobre a personalidade jurídica da indigitada entidade descentralizada (fls. 02/04).

1.1. De acordo com o entendimento plasmado na supracitada con-

sulta, o art. 2º, II, da Lei estadual nº 17.293/2020 teria procedido à extinção da personalidade jurídica do DAESP, de modo que a referida autarquia “não poderia ser, por exemplo, cidad[a] em qualquer ação judicial ou administrativa, não poderia assumir novos compromissos ou receber rubricas orçamentárias”.

1.2. Assim, a consulta em questão pretende a apresentação, por esta Consultoria Jurídica, de orientações “acerca da legalidade dos atos administrativos que continuam a ser praticados no âmbito da autarquia de modo a garantir a operação dos aeroportos” administrados pela entidade descentralizada.

2. Na mesma data, esta Consultoria Jurídica, por intermédio da Cota CJ/SLT nº 04/2021, remeteu os autos à i. Chefia de Gabinete da Secretaria de Logística e Transportes, para que fosse avaliado o interesse institucional de manifestação a respeito da matéria por este órgão consultivo, ao qual funcionalmente compete as atividades de consultoria e assessoramento em assuntos de interesse desta Pasta<sup>1</sup> (fls. 05/07).

3. Em 19.01.2021, a i. Chefia de Gabinete desta Secretaria de Logística e Transportes restituiu o feito a esta Consultoria Jurídica, para “orientações acerca das dúvidas suscitadas pelo DAESP e sobre quais trâmites devem ser adotados para a efetivação da autarquia” (fl.08).

### **É o relatório. Opino.**

4. De proêmio, em atendimento ao disposto no art. 19, §2º, da Resolução PGE nº 77, de 3 de dezembro de 20102, que aprovou as Rotinas da Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do Estado, cumpre registrar que o presente expediente demanda análise e manifestação deste órgão consultivo em regime de urgência.

---

1 Lei Complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015 (“Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo”): Art. 44 - São atribuições das Consultorias Jurídicas: I - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico em assuntos de interesse dos órgãos e das entidades atendidos, incluindo a participação em reuniões, realização de estudos, formulação de propostas e elaboração de instrumentos jurídicos.

2 Art. 19 - Todos os processos serão objeto de cota ou parecer, seguidos de despacho de aprovação ou desaprovção, exarado pela Chefia da Consultoria. (...) §2o - Os processos ou expedientes de natureza urgente, ou quando assim for expressamente declarado pela Administração, terão preferência a quaisquer outros, devendo ser devolvidos, com parecer ou cota, no prazo fixado pelo Procurador Chefe de Consultoria, devendo ser consignado no parecer que o processo foi examinado em regime de urgência.

5. Também a título inicial, convém ressaltar que a presente manifestação se destina exclusivamente a dirimir, sob o ponto de vista jurídico-formal, a questão suscitada pelo d. Procurador de Autarquia Chefe do Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo (“DAESP”) na consulta em exame.

5.1. Nesse sentido, escapam ao escopo deste opinativo, os aspectos técnicos e discricionários relativos à supracitada consulta, a exemplo das avaliações de caráter político-administrativo pertinentes à extinção e desmobilização do DAESP, sem prejuízo de ulterior submissão da matéria a este órgão consultivo, em sede de consulta devidamente instruída pela Administração com dúvida jurídica específica, se o caso.

6. Feito este apontamento preliminar, passa-se à análise da indigitada consulta.

## **I. Efeitos da Lei estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, sobre a personalidade jurídica do DAESP**

7. Como se depreende do seu próprio teor, a consulta ora examinada tem como questão anterior a identificação dos efeitos produzidos pela Lei estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, sobre a personalidade jurídica do DAESP.

7.1. Vale dizer, a apresentação das orientações solicitadas na supracitada consulta sobre a legalidade dos atos administrativos atualmente praticados pela indigitada autarquia estadual é preliminarmente condicionada à resposta da seguinte questão: *a Lei estadual nº 17.293/2020 procedeu ou não, efetiva e imediatamente, à extinção da personalidade jurídica do DAESP a partir da sua publicação e vigência?*

8. Conforme relatado alhures, verifica-se que, de acordo com o entendimento esposado pelo consulente, a resposta para tal questão seria afirmativa, com esteio em linha argumentativa derivada de interpretação conjunta dos arts. 1º e 2º da Lei estadual nº 17.293/2020, que assim dispõem:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a promover a extinção das seguintes entidades descentralizadas: I - Fundação Parque Zoológico de São Paulo, cuja instituição foi autorizada pela Lei nº 5.116, de 31 de dezembro de 1958; II - Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano de São Paulo - CDHU, cuja constituição foi autorizada pela Lei nº 905, de 18 de dezembro de 1975; III - Empresa Me-

tropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo - EMTU/SP, cuja constituição foi autorizada pela Lei nº 1.492, de 13 de dezembro de 1977.

Art. 2º - Ficam extintas as seguintes entidades descentralizadas: I - Superintendência de Controle de Endemias - SUCEN, entidade autárquica criada pelo Decreto-Lei nº 232, de 17 de abril de 1970; II - Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - DAESP, entidade autárquica criada pela Lei nº 10.385, de 24 de agosto de 1970. § 1º - O prazo para a efetivação das extinções referidas neste artigo será de até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da publicação desta lei. § 2º - O Poder Executivo poderá, mediante decreto, caso haja justificativa fundada no interesse público e na necessidade da Administração: 1. prorrogar o prazo previsto no § 1º, por iguais períodos, até duas vezes; 2. declarar a entidade extinta antes de findo o prazo estabelecido no § 1º.

8.1. Nessa esteira, segundo o retromencionado racional, enquanto o art. 1º tão somente materializaria a autorização concedida pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo estadual para a extinção das entidades descentralizadas mencionadas em seus incisos, o art. 2º, diversamente, teria procedido à efetiva extinção dos entes por ele aludidos, independentemente de qualquer outra medida executiva, restando somente pendente a regulamentação, via Decreto da lavra do Exmo. Governador do Estado, das consequências decorrentes deste provimento puramente legislativo<sup>3</sup>.

9. Nada obstante, com a devida vênia ao d. Procurador de Autarquia Chefe do DAESP, cumpre anotar posicionamento diverso deste respeitável entendimento, pelas razões que se passa a expor.

#### **a) Natureza jurídica e conformação constitucional da desconstituição das entidades descentralizadas mencionadas pelos arts. 1º e 2º da Lei estadual nº 17.293/2020**

10. Da leitura dos arts. 1º e 2º da Lei estadual nº 17.293/2020, observa-

3 A lei inicia sua Seção I, dispondo sobre a extinção de entidades descentralizadas. Autoriza, em seu Artigo 1º, o Poder Executivo a promover a extinção de 3 (três) entidades descentralizadas: (...) Contudo, o Artigo 2º da Lei, diferente do artigo anterior que apenas autoriza o Poder Executivo a promover futura extinção daquelas entidades, declara, expressamente, a extinção do Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - DAESP: (...) Ao retirar o DAESP do Artigo Primeiro e colocá-lo no Artigo Segundo, o Departamento está extinto a partir da publicação da Lei. A Lei deu ao Governador o prazo de 180 dias para disciplinar as consequências advindas da extinção: o destino que se dará aos funcionários, o patrimônio mobiliário e imobiliário, os compromissos ativos e passivos, o espaço físico utilizado pela autarquia.... Assim quis a Lei. Entendemos que, a partir da publicação da lei, o DAESP não existe mais como personalidade jurídica (fls. 02/04).

-se que as entidades descentralizadas versadas pelos indigitados dispositivos legais possuem natureza jurídica distinta.

10.1. Com efeito, por um lado, o art. 1º da Lei estadual nº 17.293/2020 versa a respeito da extinção de empresas públicas (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano de São Paulo – CDHU<sup>4</sup> e Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU/SP<sup>5</sup>) e de fundação governamental (Fundação Parque Zoológico de São Paulo<sup>6</sup>). Trata-se, portanto, de entidades descentralizadas que ostentam natureza de direito privado.

10.2. Por outro lado, o art. 2º da Lei estadual nº 17.293/2020 versa a respeito da extinção de autarquias estaduais (Superintendência de Controle de Endemias – SUCEN<sup>7</sup> e DAESP<sup>8</sup>), isto é, entidades descentralizadas que ostentam natureza de direito público.

11. Esta diferenciação da natureza jurídica das supracitadas entidades descentralizadas implica em disparidade também na conformação constitucional do princípio da legalidade aplicado à constituição/desconstituição de tais entes.

11.1. Trata-se de matéria disciplinada pelo art. 37, XIX, da Constituição da República de 1988, o qual, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, dispõe que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação” (grifou-se).

---

4 A CDHU, cuja instituição pelo Poder Executivo foi autorizada pela Lei estadual nº 905, de 18 de dezembro de 1975, possui natureza jurídica de empresa pública, conforme previsto no art. 1º, caput, do seu estatuto social.

5 A EMTU, cuja instituição pelo Poder Executivo foi autorizada pela Lei estadual nº 1.492, de 13 de dezembro de 1977, possui natureza jurídica de empresa pública, conforme previsto no art. 1º, caput, do seu estatuto social.

6 A Fundação Parque Zoológico de São Paulo, cuja instituição pelo Poder Executivo foi autorizada pela Lei estadual nº 5.116, de 31 de dezembro de 1958, possui natureza jurídica de fundação governamental, conforme o disposto no art. 1º, caput, do seu estatuto, com a redação aprovada pelo Decreto estadual nº 59.416, de 9 de agosto de 2013.

7 A SUCEN, criada pelo Decreto-lei estadual nº 232, de 17 de abril de 1970, possui natureza jurídica de autarquia, conforme previsto no art. 1º, caput, do referido diploma legal.

8 O DAESP, criado pela Lei estadual nº 10.385, de 24 de agosto de 1970, possui natureza jurídica de autarquia, conforme previsto no art. 1º, caput, do referido diploma legal.

11.2. Sobre o tema, explicita a doutrina que, por força do supracitado dispositivo constitucional, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas somente podem ingressar no mundo jurídico se houver manifestações dos Poderes Legislativo e Executivo no seu processo de formação<sup>9</sup>. Ao Poder Executivo, compete privativamente a iniciativa da lei que, para tanto, é necessária<sup>10</sup>, enquanto o Poder Legislativo é responsável por aprovar ou não o diploma legal em questão<sup>11</sup>.

11.3. A partir da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998 ao art. 37, XIX, da Constituição da República de 1988, a doutrina também ressalta as diferenças na forma de instituição de autarquias (pessoas jurídicas de direito público) vis-à-vis empresas estatais e fundações governamentais (pessoas jurídicas de direito privado):

A Emenda Constitucional nº 19/98 corrigiu uma falha do artigo 37, XIX, da Constituição, que exigia lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação. O dispositivo era criticado porque, em se tratando de entidades de direito privado, como a sociedade de economia mista, a empresa pública e a fundação, a lei não cria a entidade, tal como o faz com a autarquia, mas apenas autoriza a criação, o que se processa por atos constitutivos do Poder executivo e transcrição no Registro Público. Com a renova redação, a distinção foi feita (...) <sup>12</sup> (grifou-se).

11.4. Por relevante, destaca-se que, conforme também explicitado em sede doutrinária, tais apontamentos concernentes à constituição das supracitadas entidades descentralizadas são extensíveis à desconstituição destes

---

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 493.

10 Constituição da República de 1988: Art. 61 - (...) § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios. Trata-se de norma reproduzida pelo art. 24, §2º, "2", da Constituição do Estado de São Paulo.

11 Constituição da República de 1988: 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: (...) X - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal. Trata-se de norma reproduzida pelo art. 19, VIII, da Constituição do Estado de São Paulo.

12 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 553.

entes<sup>13</sup>. Esta lógica deriva do princípio do paralelismo das formas, segundo o qual “um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo”<sup>14</sup>.

11.5. Trata-se de entendimento encampado pela Manifestação GPG nº 01/2015<sup>15</sup>, aprovada pelo então Procurador Geral do Estado, ao qual incumbe a fixação das orientações jurídicas e administrativas perfilhadas pela instituição<sup>16</sup>:

[N]o que tange às autarquias, a lei apresenta eficácia constitutiva – positiva ou negativa – quanto à existência da entidade. Já sobre empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais, a lei desempenha papel meramente autorizativo de providências constitutivas subsequentes que serão adotadas com base na legislação societária ou civil.

12. Com base nesta ordem de ideias, é possível compreender, salvo melhor juízo, que, precisamente em função da existência de requisitos e procedimentos diferenciados para a extinção das entidades descentralizadas aludidas pelos arts. 1º e 2º da Lei estadual nº 17.293/2020, entendeu por bem o legislador bandeirante abordá-las em dispositivos legais apartados.

12.1. Nessa toada, o supracitado diploma legal demarca, de um lado, a competência do Poder Legislativo para, mediante lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, autorizar a desconstituição de empresas estatais e fundações governamentais (art. 1º), e, de outro, para efetivamente extinguir entidades autárquicas (art. 2º).

## **b) Conformação normativa da desconstituição das entidades autárquicas pela Lei esta-**

13 PIETRO, ob. cit., p. 525; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 170.

14 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2006, p. 206.

15 Da lavra do d. Procurador do Estado Assistente Vinícius Teles Sanches.

16 Lei complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015: Art. 6º - O Procurador Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores em atividade confirmados na carreira, e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e da exoneração. Art. 7º - Além das competências previstas na Constituição Estadual e em lei, cabe ao Procurador Geral: I - fixar a orientação jurídica e administrativa da instituição.

## duo n° 17.293/2020

13. Não obstante a idoneidade da via legal para promover, efetiva e imediatamente, a extinção de autarquias, nos termos explicitados na seção anterior deste opinativo, não parece ter sido esta a opção legislativa encetada na Lei estadual n° 17.293/2020.

14. Com efeito, embora o caput do art. 2° da Lei estadual n° 17.293/2020 realmente tenha previsto que “fica[riam] extintas” as entidades descentralizadas por ele mencionadas, sugerindo que tal efeito seria provocado a partir da publicação e do início da vigência do referido diploma legal, esta conclusão não se sustenta após a leitura dos parágrafos da norma em questão.

14.1. Neste particular, cumpre, inclusive, asseverar que, conforme predicado pelas regras clássicas de hermenêutica jurídica, o comando constante do caput das disposições legais deve ser interpretado conjuntamente aos parágrafos da norma analisada, sobretudo porque, em casos como o que ora se apresenta:

artigo e seu parágrafo subordinado guardam [...] uma relação de genérico/específico, onde o caput estabelece os contornos gerais de um mandamento e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese<sup>17</sup>.

15. Desse modo, é curial observar que o §1° do art. 2° da Lei estadual n° 17.293/2020 estabelece um prazo inicial de 180 (cento e oitenta) dias para a “efetivação das extinções” a que se refere a norma em questão, diferindo no tempo a eficácia do comando constante do caput do mesmo dispositivo legal.

15.1. Em acréscimo, cabe constatar que o §2° do supracitado dispositivo legal reserva ao Poder Executivo a prerrogativa de, mediante Decreto, prorrogar, até duas vezes, o retromencionado prazo por igual período, bem como declarar as entidades autárquicas por ele abordadas extintas anteriormente ao prazo inicialmente estabelecido.

16. Sobre a conformação normativa constante dos parágrafos do art. 2° da Lei estadual n° 17.293/2020, cabe, aprioristicamente, ressaltar que o

---

17 SANTOS, Alberto Marques dos. Regras científicas de hermenêutica. Revista Judiciária do Paraná, n. 2, v. Especial, nov. 2007, p. 32.

regramento então estipulado deve ser compreendido em aderência à já explicitada lógica constitucional positivada no art. 37, XIX, da Constituição da República de 1988.

16.1. Trata-se do entendimento sufragado pela retromencionada Manifestação GPG nº 01/2015, devidamente aprovada pelo então Procurador Geral do Estado, a respeito de diploma legal com temática análoga a que ora se examina, notadamente a Lei estadual nº 15.828, de 28 de maio de 2015, que teve por objeto a extinção da Superintendência do Trabalho Artesanal nas Comunidades (“SUTACO”), autarquia estadual criada pelo Decreto-lei nº 256, de 29 de maio de 1970. Confira-se:

17. Como se sabe, o inciso XIX do art. 37 da Constituição da República estabelece que ‘somente por lei específica poderá ser criada autarquia’. Por conseguinte – e, considerando a necessidade de se observar a simetria jurídica na espécie –, parece correto sustentar que somente por lei específica uma autarquia poderá ser extinta.

18. Ocorre que [...] a Lei nº 15.828/2015, em seu artigo 1º, ‘autorizou’ o Poder Executivo estadual a extinguir a autarquia em questão.

19. Cabe ressaltar, todavia, que o dispositivo considerado não está em confronto com a Lei Maior, uma vez que a natureza autorizativa do artigo 1º é meramente aparente.

20. Com efeito, norma autorizativa é aquela que faculta determinada providência a uma autoridade, sujeitando a concretização de tal medida à avaliação de conveniência e oportunidade do destinatário da autorização.

21. Na hipótese, entretanto, a extinção da SUTACO não depende de juízo de mérito administrativo. Na verdade, como se pode extrair do parágrafo único do artigo único das Disposições Transitórias, a autarquia estará extinta, de pleno direito, após o decurso do prazo previsto em tal regra.

22. Assim, a despeito da técnica infeliz do artigo 1º, a análise sistemática da Lei nº 15.828/2015 permite afirmar que não se trata de diploma meramente autorizativo, mas, sim, de lei desconstitutiva da personalidade jurídica da autarquia (grifou-se).

16.2. Nesse sentido, em atenção às competências institucionais distribuídas pelo art. 37, XIX, da Constituição da República de 1988, tem-se que a extinção das entidades autárquicas abordadas pelo art. 2º da Lei estadual nº 17.293/2020 independe de qualquer juízo de mérito administrativo por parte do Poder Executivo do Estado de São Paulo.

16.3. Ao contrário, a opção política pela extinção das autarquias estaduais mencionadas pelo supracitado dispositivo legal já foi ratificada pelo

Poder Legislativo bandeirante, após prévia iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo estadual, de modo que, uma vez expirado o prazo legal de 180 (cento e oitenta) dias, a norma em comento produzirá plenamente os seus efeitos, extinguindo-se a personalidade jurídica das indigitadas entidades descentralizadas.

16.4. Nessa linha, consoante o entabulado no §2º do mesmo dispositivo legal, as únicas prerrogativas ora reconhecidas ao Poder Executivo estadual são as de prorrogar o referido prazo, até duas vezes, por igual período, e a de declarar a desconstituição das indigitadas entidades autárquicas anteriormente à consumação do prazo inicialmente cominado pelo legislador, não sendo franqueada à Administração qualquer outro tipo de injunção, ressalvada eventual alteração do quadro legal em vigor.

17. Apesar disso, interpretando-se conjuntamente o caput e os §§1º e 2º do art. 2º da Lei estadual nº 17.293/2020, é possível compreender, salvo melhor juízo, que, enquanto não ultimado o prazo cominado pelo referido dispositivo legal – 180 (cento e oitenta) dias prorrogáveis, até duas vezes, por igual período, por intermédio de Decreto estadual – ou exercida, também por meio de édito estadual, a prerrogativa conferida ao Poder Executivo para “declarar” a extinção das autarquias estaduais referenciadas pela norma em comento anteriormente à expiração do prazo em questão, restará preservada a personalidade jurídica das indigitadas descentralizadas, incluindo o DAESP.

17.1. Trata-se de interpretação ratificada, por exemplo, pela Lei Orçamentária Anual do exercício financeiro de 2021 (Lei estadual nº 17.309, de 29 de dezembro de 2020), a qual, mesmo tendo sido editada subseqüentemente à publicação e vigência da Lei estadual nº 17.293/2020, expressamente contempla dotações orçamentárias correspondentes ao DAESP, conforme se pode extrair, exemplificativamente, do Quadro XIII (“Despesa por órgão e unidades da Administração direta e indireta segundo os orçamentos):

**QUADRO XIII  
DESPESA POR PODER, ÓRGÃO E UNIDADES DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E  
INDIRETA SEGUNDO OS ORÇAMENTOS**

Valores em R\$ 1,00

PODER ÓRGÃO TIPO ADMINISTRAÇÃO UNIDADE ORÇAMENTÁRIA	FISCAL	SEGURIDADE SOCIAL	TOTAL
UNIV. EST. JÚLIO DE MESQUITA FILHO - UNESP	3.087.084.458		3.087.084.458
CENTRO EDUCAÇÃO TECNOL. PAULA SOUZA - CEETEPS	2.479.970.758		2.479.970.758
FACULDADE DE MEDICINA DE MARILIA-FAMEMA	59.033.248		59.033.248
FAC. DE MEDICINA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO	86.921.207		86.921.207
JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SP - JUCESP	75.643.671		75.643.671
<b>EMPRESA DEPENDENTE</b>	<b>184.732.922</b>		<b>184.732.922</b>
INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS - IPT	184.732.922		184.732.922
<b>FUNDAÇÃO</b>	<b>1.264.667.061</b>		<b>1.264.667.061</b>
FUND. UNIVERSIDADE VIRTUAL ESTADO SP-UNIVESP	89.025.339		89.025.339
FUNDAÇÃO AMPARO PESQUISA ESTADO SP-FAPESP	1.175.641.722		1.175.641.722
<b>SECRETARIA DA CULTURA E ECONOMIA CRIATIVA</b>	<b>985.085.418</b>		<b>985.085.418</b>
<b>ADMINISTRAÇÃO DIRETA</b>	<b>807.786.752</b>		<b>807.786.752</b>
SECRETARIA DA CULTURA E ECONOMIA CRIATIVA	807.786.752		807.786.752
<b>FUNDAÇÃO</b>	<b>177.298.666</b>		<b>177.298.666</b>
FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA-RÁDIO E TV EDUCATIVAS	161.864.492		161.864.492
FUNDAÇÃO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA	15.434.174		15.434.174
<b>SECRETARIA DE AGRICULTURA E ABASTECIMENTO</b>	<b>769.328.362</b>		<b>769.328.362</b>
<b>ADMINISTRAÇÃO DIRETA</b>	<b>769.328.362</b>		<b>769.328.362</b>
SECRETARIA DE AGRICULTURA E ABASTECIMENTO	769.328.362		769.328.362
<b>SECRETARIA DE LOGÍSTICA E TRANSPORTES</b>	<b>6.478.229.429</b>		<b>6.478.229.429</b>
<b>ADMINISTRAÇÃO DIRETA</b>	<b>373.939.266</b>		<b>373.939.266</b>
ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DA SECRETARIA E SEDE	39.791.675		39.791.675
DEPARTAMENTO HIDROVIÁRIO	334.147.591		334.147.591
<b>AUTARQUIA</b>	<b>5.901.807.295</b>		<b>5.901.807.295</b>
DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DER	5.837.984.316		5.837.984.316
DEPARTAMENTO AERoviÁRIO DO ESTADO-DAESP	63.822.979		63.822.979

17.2. Como cediço, os orçamentos anuais ostentam a natureza de leis em sentido material, integrando a legislação permanente e constituindo ato legislativo típico ao qual a Administração Pública está condicionada<sup>18</sup>. Também é conhecido que o “Direito, como conjunto normativo, é uno”<sup>19</sup>, não existindo universos isolados na ordem jurídica<sup>20</sup>.

18 PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. Rumo ao orçamento impositivo: a delimitação da ação administrativa pelas leis orçamentárias. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.) *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 407.

19 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 83.

20 A ordem jurídica brasileira é unitária. Em outras palavras, o direito civil, o penal, o direito administrativo não consistem em universos isolados, mas se comunicam permanentemente como partes integrantes e indissociáveis do ordenamento jurídico, irradiando os valores consagrados na Constituição da República. Os problemas que o jurista se propõe a resolver não vêm rotulados como problemas de direito civil ou de direito tributário ou de ambiental. São problemas que surgem nas relações sociais e não se submetem a nenhuma classificação prévia. A solução depende, não raro, do conhecimento de diferentes setores da ciência jurídica (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2. ed. São

17.3. Nesse sentido, contrariaria o caráter unitário da ordem jurídica estadual, qualquer tipo de interpretação que contemplasse a hipótese de o DAESP ser considerado extinto para efeito da legislação de caráter administrativo-organizacional (v.g. Lei estadual nº 17.293/2020) e existente para efeito da legislação de cunho financeiro/orçamentário que lhe é posterior (v.g. Lei estadual nº 17.309/2020).

18. Sendo assim, em resposta à questão suscitada neste tópico do presente opinativo<sup>21</sup>, é possível concluir, salvo melhor juízo, que:

i) O caput do art. 2º da Lei estadual nº 17.293/2020 veiculou a extinção das autarquias estaduais arroladas em seus incisos, entre elas, o DAESP;

ii) No entanto, o dispositivo legal em questão submeteu a eficácia da extinção das referidas entidades descentralizadas ao prazo suspensivo inicial de 180 (cento e oitenta) dias (§1º), o qual pode ser prorrogado, até duas vezes, por igual período, pelo Poder Executivo, mediante a edição de Decreto estadual, via por meio da qual o Exmo. Governador do Estado, ao qual compete privativamente a edição de atos administrativos deste jaez<sup>22</sup>, também pode declarar a extinção das indigitadas autarquias estaduais anteriormente à expiração do retromencionado prazo inicial; e

iii) Enquanto não materializado o termo final do referido prazo suspensivo (em seus moldes originais ou nos termos de prorrogação veiculada por intermédio de Decreto estadual) ou declarada a extinção das autarquias estaduais aludidas pelo art. 2º da Lei estadual nº 17.293/2020 anteriormente à expiração do referido prazo, também por meio de édito estadual, consideram-se existentes as indigitadas entidades descentralizadas.

19. Em face desta conclusão, entendo, salvo melhor juízo, que inexistem maiores considerações ou orientações acerca da legalidade dos atos administrativos atualmente praticados pelo DAESP, precisamente em função da subsistência da personalidade jurídica da referida autarquia estadual.

## **II. Providências pertinentes à extinção do DAESP**

20. Como previamente abordado, o DAESP será considerado extinto de

---

Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 45).

21 “A Lei estadual nº 17.293/2020 procedeu ou não, efetiva e imediatamente, à extinção da personalidade jurídica do DAESP a partir da sua vigência?”

22 Lei estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1988: Art. 12 - São atos administrativos: I - de competência privativa: a) do Governador do Estado, o Decreto.

pleno direito após o decurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias – eventualmente prorrogado, até duas vezes, por igual período, pelo Poder Executivo – constante do art. 2º, §1º, da Lei estadual nº 17.293/2020, ou mesmo anteriormente à expiração deste prazo, caso haja declaração nesse sentido veiculada em édito estadual.

21. Desse modo, visando a evitar a descontinuidade das funções públicas desenvolvidas pela supracitada entidade descentralizada, nos termos da Lei estadual nº 10.385, de 24 de agosto de 1970<sup>23</sup>, faz-se mister a adoção das providências político-administrativas necessárias à esmoreita desmobilização da referida autarquia estadual anteriormente à plena produção dos efeitos extintivos veiculados pela Lei estadual nº 17.293/2020.

22. Nesse sentido, em complemento à resposta à consulta ora examinada e em atendimento ao d. despacho da i. Chefia de Gabinete desta Secretaria, recomenda-se que esta Pasta, à qual resta vinculado o DAESP<sup>24</sup>, em articulação junto aos demais órgãos e entidades administrativas institucionalmente envolvidos à matéria telada, inicie tempestivamente as avaliações político-administrativas pertinentes à desmobilização da referida autarquia estadual.

22.1. Por oportuno, apresenta-se algumas das medidas de cunho administrativo a serem preferencialmente adotadas para a instrução informacional das supracitadas avaliações:

- i) Realização de auditoria no DAESP de modo a determinar a situação contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da entidade descentralizada;
- ii) Levantamento dos agentes públicos – com especificação das suas funções, da natureza do respectivo vínculo funcional, do regime de pessoal, bem como do momento e da forma de admissão no funcionalismo público – que atuam no âmbito do DAESP, incluindo aqueles originalmente vinculados à autarquia estadual mas afastados junto a outros órgãos e entidades administrativas, bem como aqueles

---

23 Destacam-se, neste particular, a manutenção e operação da extensa rede de aeroportos regionais atualmente administrada pela referida entidade descentralizada, bem como as atribuições a cargo da indigitada autarquia estadual em relação aos aeródromos objeto do Contrato de Concessão nº 0356/ARTESP/2017, nos termos do referido instrumento contratual e da Portaria Conjunta ARTESP/DAESP nº 01, de 27 de outubro de 2017.

24 Decreto estadual nº 56.635, de 1º de janeiro de 2011: “Art. 7º. As Secretarias de Estado a seguir relacionadas contam, cada uma, com as seguintes entidades vinculadas: (...) XIII - Secretaria de Logística e Transportes: (...) b) Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo – DAESP”.

originários de outros órgãos e entidades administrativas mas em atuação perante a entidade descentralizada;

iii) Levantamento dos passivos regulatórios e ambientais do DAESP eventualmente existentes junto aos órgãos e entidades administrativas com competência para ordenação setorial e geral das atividades desenvolvidas pela autarquia estadual, em especial aqueles vinculados à rede de aeroportos regionais atualmente administrada pela entidade descentralizada, bem como aqueles associados a atribuições a seu cargo nos termos dos convênios de delegação celebrados entre o Estado de São Paulo e a União para exploração de alguns dos aeroportos regionais situados no Estado, do Contrato de Concessão nº 0356/ARTESP/2017 e da Portaria Conjunta ARTESP/DAESP nº 01/2017;

iv) Levantamento dos processos administrativos em que eventualmente figuram como partes o DAESP e órgãos/entidades administrativas com competência para ordenação setorial e geral das atividades desenvolvidas pela autarquia estadual, com discriminação do objeto dos referidos processos administrativos, em especial aqueles referentes à cobrança de débitos imputados à autarquia estadual, bem como às respectivas impugnações administrativas eventualmente engendradas pela entidade descentralizada;

v) Levantamento dos passivos judiciais do DAESP, com a identificação das ações judiciais em que a autarquia estadual figura como parte e/ou interessada, discriminando os processos judiciais por seu objeto, com anotação específica daqueles de maior relevância; e

vi) Levantamento dos negócios jurídicos administrativos (contratos administrativos, convênios, termos de compromisso etc.) em que figure como parte o DAESP e que estejam em vigor, com a especificação do objeto, dos partícipes, do prazo de vigência, da função pública por eles atendida e do processo licitatório (se o caso) que antecedeu a celebração de cada ajuste em específico.

22.2. A partir dos subsídios informacionais resultantes das diligências recomendadas supra, sugere-se, também a título de colaboração, que se proceda às avaliações político-administrativas delas derivadas, especialmente a:

i) Definição do(s) órgão(s) ou entidade(s) da Administração Pública do Estado de São Paulo que sucederá(ão) ao DAESP em atribuições e obrigações;

ii) Definição do(s) órgão(s) ou entidade(s) da Administração Pública do Estado de São Paulo que sucederá(ão) ao DAESP no que se refere ao patrimônio mobiliário e imobiliário da autarquia estadual;

iii) Definição, em termos de conveniência e oportunidade, do destino a ser dado a cada um dos retromencionados agentes públicos (v.g. exoneração, dispensa, colocação em disponibilidade, alocação em quadro especial em extinção), com identificação, se o caso, do(s) órgão(s) ou entidade(s) da Administração Pública do Estado de São Paulo junto ao(s) qual(is) serão alocados, visando à adoção das medidas

administrativas para tanto pertinentes (v.g. abertura de quadro especial em extinção junto ao(s) órgão(s) ou entidade(s) receptora(s)), bem como à avaliação jurídica das opções administrativamente selecionadas à luz das regras de direito de pessoal cabíveis; e

iv) Definição, em termos de conveniência e oportunidade, do destino a ser dado a cada um dos retromencionados negócios jurídicos administrativos (v.g. cessão da posição contratual ocupada pelo DAESP, rescisão, alteração quantitativa/qualitativa do objeto etc.), com identificação, se o caso, do(s) órgão(s) ou entidade(s) da Administração Pública do Estado de São Paulo junto ao(s) qual(is) serão cedidos, visando à adoção das medidas administrativas para tanto pertinentes (v.g. formalização dos respectivos aditamentos contratuais), bem como à avaliação jurídica das opções administrativamente selecionadas à luz das regras que disciplinam a atividade contratual da Administração Pública.

22.3. Em acréscimo, recomenda-se que a Administração certifique a adequação do cronograma de desmobilização do DAESP a ser oportunamente elaborado pelas autoridades públicas competentes, considerando as prorrogações admitidas pelo art. 2º, §2º, da Lei estadual nº 17.293/2020, com as atribuições a cargo da referida autarquia estadual nos termos do projeto de concessão à iniciativa privada da rede de aeroportos regionais atualmente administrados pela entidade descentralizada em questão.

22.4. Neste particular, cumpre, ainda, registrar que, no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, compete ao Departamento de Entidades Descentralizadas da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão<sup>25</sup> zelar pelo “adequado encaminhamento dos assuntos pertinentes às entidades descentralizadas extintas, cujo acervo esteja sob sua responsabilidade”<sup>26</sup>, razão pela qual é recomendável a interlocução junto à Pasta em questão para o tratamento do tema, em especial no que tange às medidas de cunho burocrático-formal que tangenciam a extinção do DAESP.

---

25 Decreto estadual nº 64.998, de 29 de maio de 2020: Art. 2º - Ficam transferidos, com seus bens móveis, equipamentos, cargos, funções-atividades, direitos, obrigações e acervo, para a Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão: (...) II - da Secretaria da Fazenda e Planejamento, previstos no Decreto nº 64.152, de 22 de março de 2019: (...) c) da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Finanças: (...) 2. o Departamento de Entidades Descentralizadas.

26 Decreto estadual nº 64.152, de 22 de março de 2019: Art. 87 - O Departamento de Entidades Descentralizadas tem as seguintes atribuições: (...) IV - zelar pelo adequado encaminhamento dos assuntos pertinentes às entidades descentralizadas extintas, cujo acervo esteja sob sua responsabilidade.

22.5. Outrossim, sugere-se que a Administração avalie a conveniência de constituição formal de uma comissão intersecretarial (ou meramente composta por membros da autarquia, se assim entender pertinente e suficiente)<sup>27</sup> voltada à efetivação e organização das medidas e avaliações político-administrativas ora recomendadas, visando, sobretudo, à integração e interlocução dos órgãos e entidades administrativas institucionalmente envolvidos à matéria telada<sup>28</sup>. Em se adotando esta recomendação, recomenda-se que a constituição desta comissão seja objeto de processo administrativo próprio, em que deverão ser registrados os atos e comunicações pertinentes à desmobilização do DAESP, construindo-se o acervo documental histórico atinente ao tema, a ser futuramente administrado pelo supracitado Departamento de Entidades Descentralizadas.

22.6. Ademais, considerando ser competência do Exmo. Governador do Estado exercer a direção superior da Administração Pública bandeirante<sup>29</sup> e dispor sobre a organização administrativa estadual mediante Decreto (quando não implicar aumento de despesa, nem a criação ou a extinção de órgãos públicos)<sup>30</sup>, recomenda-se que a avaliação final sobre os aspectos político-admini-

---

27 Em se tratando de comissão composta unicamente por membros integrantes do DAESP, a sua instituição poderá ser veiculada por portaria editada pelo Superintendente da referida autarquia estadual, nos termos do art. 12, II, "a", da Lei estadual nº 10.177/1998. Por outro lado, em se tratando de comissão composta unicamente por membros de Secretarias de Estado, a sua instituição poderá ser veiculada por resolução conjunta editada pelos Titulares das Pastas envolvidas, na forma do art. 12, I, "b", da Lei estadual nº 10.177/1998, devendo ser editada portaria conjunta, na hipótese de a referida comissão contemplar agentes públicos vinculados a entidades descentralizadas, como o próprio DAESP. Em todas estas hipóteses, a medida também poderá ser veiculada por Decreto estadual da lavra do Exmo. Governador do Estado, nos termos do art. 12, I, "a", da Lei estadual nº 10.177/1998.

28 Trata-se de medida adotada no contexto da extinção da Fundação Prefeito Faria Lima - Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal ("CEPAM"), nos moldes disciplinados pelo Decreto estadual nº 61.387, de 18 de fevereiro de 2016. Cabe registrar, entretanto, que, na hipótese vertente, diferentemente do ocorrido no retromencionado exemplo, a comissão eventualmente constituída não terá como atribuição o tratamento de matérias atinentes à "liquidação" do DAESP, eis que, em face da sua natureza jurídica autárquica, tal medida não se revela cabível.

29 Constituição do Estado de São Paulo: Art. 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual.

30 Constituição do Estado de São Paulo: Art. 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) XIX - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou

nistrativos pertinentes à desmobilização do DAESP, no que for normativamente necessário, seja materializada em sede de minuta de édito estadual, a ser submetida à avaliação do Chefe do Poder Executivo estadual, na forma disciplinada pelo Decreto estadual nº 51.704, de 26 de março de 2007<sup>31</sup>.

### III. Conclusão

23. Por todo o exposto, em conclusão a respeito da consulta ora examinada, reitera-se o entendimento ora explicitado segundo o qual, consoante inteligência do art. 2º da Lei estadual nº 17.293/2020, enquanto não ultimado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias – eventualmente prorrogado, até duas vezes, por igual período, pelo Poder Executivo – constante do §1º do referido dispositivo legal ou declarada antecipadamente a extinção do DAESP pelo Poder Executivo, em sede Decreto estadual, remanescerá existente a personalidade jurídica da indigitada autarquia estadual.

24. Por esse motivo, reprisa-se restar prejudicada a apresentação de maiores considerações ou orientações a respeito da legalidade dos atos administrativos atualmente praticados pelo DAESP, sem prejuízo das recomendações e apontamentos arrolados neste opinativo acerca das providências político-administrativas pertinentes à desmobilização da referida entidade descentralizada.

25. Sobre este último ponto, remanesce este órgão consultivo, nos limites de sua competência estritamente jurídica, à disposição para o assessoramento e saneamento das dúvidas jurídicas desta Pasta a respeito das providências

---

extinção de órgãos públicos.

31 Nesse sentido, reprisando-se o retromencionado exemplo da extinção da SUTACO, cabe registrar, a título exemplificativo, que o endereçamento das medidas político-administrativas pertinentes à desmobilização da referida autarquia estadual e à continuidade das funções públicas por ela desenvolvidas envolveu a edição dos seguintes éditos estaduais: (i) Decreto estadual nº 61.665, de 26 de novembro de 2015, que prorrogou por 180 (cento e oitenta) dias adicionais o prazo para efetivação da extinção da entidade descentralizada, nos moldes então autorizados pela Lei estadual nº 15.828/2015; (ii) Decreto estadual nº 61.774, de 30 de dezembro de 2015, que integrou os servidores públicos da autarquia em quadro especial da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Inovação (arts. 1º a 4º), dispôs sobre a sucessão da entidade descentralizada pelo Estado de São Paulo em ações judiciais (art. 5º) e transferiu as atribuições da autarquia à Subsecretaria do Trabalho Artesanal nas Comunidades (art. 6º); e (iii) Decreto estadual nº 62.001, de 07 de junho de 2016, que declarou a extinção da autarquia, dispôs sobre as obrigações, bens e recursos financeiros da entidade descentralizada (art. 2º), bem como sobre o seu acervo documental (art. 3º).

político-administrativas pertinentes à desmobilização do DAESP, em especial para a avaliação jurídico-formal de minuta de Decreto estadual que as materialize, sem prejuízo das demais avaliações jurídicas a cargo dos órgãos de assessoramento do Chefe do Executivo.

**É o parecer, à autoridade superior.**

São Paulo, 20 de janeiro de 2021.

**CAIO CÉSAR ALVES FERREIRA RAMOS  
PROCURADOR DO ESTADO**

**PROCESSO: DAESP-EXP-2021/00001**

**INTERESSADO: Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo**

**ASSUNTO: Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020**

**PARECER: CJ/SLT nº 4/2021**

De acordo com o Parecer CJ/SLT n. 04/2021.

Eleve-se a i. Chefia de Gabinete, com a urgência requerida.

São Paulo, 20 de janeiro de 2021.

**THAMY KAWAI MARCOS**  
**PROCURADORA DO ESTADO CHEFE**

## **DOCTRINA**

O PAPEL DO ORÇAMENTO PÚBLICO  
NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS

**Márcio de Oliveira Jacob**

A REFORMA TRIBUTÁRIA  
PROPOSTA PELA PEC Nº 45/2019 E  
OS EVENTUAIS IMPACTOS NA  
ADVOCACIA PÚBLICA

**Paulo Guilherme Gorski de Queiroz**

# O PAPEL DO ORÇAMENTO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

MÁRCIO DE OLIVEIRA JACOB<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o papel do orçamento público dentro do contexto do neoconstitucionalismo e da necessidade de implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Dentro desse contexto, o instrumento acompanha a evolução da própria teoria constitucional, assumindo papel instrumental importante na escolha, fiscalização, proteção e atualização das políticas públicas. Observa-se uma transformação da própria natureza do orçamento, que passa de peça formal para verdadeiro programa a ser seguido. Essa transformação é observada mesmo antes da edição da Constituição de 1988. No entanto, com a promulgação da carta magna fica evidente esse novo viés do instrumento, que ganha força e dispositivos próprios dentro da carta política.

Assim, observamos que, ao lado dos efeitos do neoconstitucionalismo, como o fortalecimento do judiciário e a transformação da discricionariedade administrativa, o instituto surge como importante instrumento na tomada decisão, na gestão e defesa dessas decisões. Sob esse viés, o orçamento tem papel fundamental na eleição de políticas públicas, na gestão e proteção dessas políticas, já que é instrumento racionalizador entres as disponibilidades financeiras e necessidades constitucionais.

**Palavras-chave:** Orçamento Público. Neoconstitucionalismo. Políticas Públicas. Direitos Fundamentais.

## 1. INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 é um marco para sociedade brasileira. Embora não se possa afirmar que ela seja o início da transformação social pela qual o Estado Brasileiro tem passado, especialmente na concretização de políticas públicas de

---

1 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem. Especialista na área de Concentração Direito Processual Cível pela Pontifícia Universidade Católica de MG – Procurador do Estado de São Paulo. Endereço eletrônico: moliveirajacob@gmail.com

natureza social, é certo que ela é o marco jurídico que embasa todo esse movimento de transformação social.

Não por menos que a carta magna se tornou ponto fulcral dos estudos jurídicos. São milhares de estudos em torno da carta magna, elevando-a ao topo do ordenamento jurídico, não somente do ponto de vista formal, mas também do ponto de vista material. Nesse último, assentam-se as premissas do neoconstitucionalismo, segundo o qual a Constituição deve ser vista não como um emaranhado de normas abstratas e válidas apenas do ponto de vista formal, mas como normas efetivas e eficazes de direitos no plano da realidade.

Sob esse diapasão, a efetivação das normas constitucionais se tornou obrigatória, cabendo ao Estado a obrigação de garantir aos seus cidadãos um mínimo de condições essenciais exigidas para a sua existência, efetivando minimamente direitos essenciais como ponto inicial para concretizar a dignidade da pessoa humana.

No entanto, para além do direito, outras questões começaram a ser levantadas. Afinal, direitos, sejam eles de natureza prestacional ou negativos, têm custos. Há uma íntima relação entre efetivação de direitos e possibilidades econômicas. Portanto, é necessário eleger prioridades, afinal, o Estado tem o dever constitucional de propiciar o mínimo essencial, sem o qual a dignidade humana fica comprometida. Há ainda a legitimidade das escolhas, e, nesse ponto, se estuda o papel do Poder Judiciário na realização dos direitos constitucionalmente garantidos. Enfim, são inúmeros os questionamentos que surgem.

Dentro desse contexto, e ante o fato de que o Estado não pode se esquivar de sua obrigação constitucional de garantir o mínimo existencial é que surge o estudo do orçamento público como instrumento de racionalização e legitimação das escolhas políticas.

Não por outro motivo, o instrumento ganha corpo na Constituição Federal de 1988, ao ponto de alguns autores afirmarem a existência de um verdadeiro direito constitucional Financeiro. E não seria de estranhar a verídica dessa afirmação doutrinária, afinal, certo é que o constituinte originário previu, sabiamente, a necessidade de instrumentos minimamente capazes de garantir a construção do ideal de sociedade previsto na Constituição dos Direitos.

Portanto, o que se infere é que o Estado, dentro da nova concepção de Constitucionalismo, é obrigado a efetivar, no mais amplo espectro e na medida das pos-

sibilidades materiais, os direitos previstos constitucionalmente. Assim é que surgem institutos de natureza instrumental voltados a possibilitar esse objetivo. Dentre esses, tem-se o objeto do presente trabalho, ou seja, o orçamento público. Busca-se, então, verificar a transformação sofrida no conceito de orçamento e a sua função na implementação das políticas públicas.

A metodologia de pesquisa foi a bibliográfica, com abordagem crítica. O método foi o hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e objetivos exploratórios. Os estudos foram embasados pelos pressupostos constitucionais, perpassando pelos aspectos da dialética como contribuição crítica à análise.

## 2 - ORÇAMENTO PÚBLICO - SURGIMENTO DO ORÇAMENTO-PROGRAMA

O orçamento público sempre foi estudado sob uma perspectiva formal e sob o viés de controle dos gastos públicos (Giacomoni, 2018). No entanto, com a Lei nº 4.320/64, que acaba por inovar em alguns aspectos, embora não seja responsável por implementar o orçamento-programa nas três esferas de governo, como afirma Machado Jr. & Reis (1995, p.149), acabou por introduzir a ideia de orçamento-programa, na medida em que traz em seu texto diversas referências à palavra.

Essa noção de orçamento-programa, trazida pela nova legislação, pode ainda ser inferida na interpretação histórica da lei. Isso por que, conforme Giacomoni (2018), o orçamento-programa tem sua base em um documento da ONU de 1959 que assim conceituava o orçamento-programa:

um sistema em que se presta particular atenção às coisas que um governo realiza mais do que às coisas que adquire. Aquelas que adquire, tais como serviços pessoais, provisões, equipamentos, etc., são meios que emprega para o cumprimento de suas funções. As que o governo realiza em cumprimento de suas funções podem ser estradas, escolas, terras distribuídas, etc., não ficando claro a relação entre coisas adquiridas e realizadas. Giacomoni (2018)

Já se percebe nessa ideia que os orçamentos governamentais deverão se ater a realizações em prol dos governados. Com a Constituição de 1988, carregada de normas de eficácia programática e a obrigatoriedade de efetivação dos direitos, notadamente aqueles afetos ao mínimo existencial. A necessidade de implementar o orçamento-programa tornou-se ainda mais real. Isso por que essa forma de elaborar e planejar como serão os gastos públicos leva em conta a alocação dos recursos com vistas à consecução de metas, ao controle dos gastos, tudo em íntima relação

com a eficácia e efetividade das ações governamentais, devendo ser pautado por uma possibilidade técnica, material e com base em planejamento.

Portanto, o instrumento é vital ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que permite uma racionalização na tomada de decisão com vistas à concretização dos direitos constitucionais, notadamente aqueles trazidos no artigo 6º da Constituição Federal, dentre outros<sup>2</sup>.

Assim, a proteção da dignidade da pessoa humana, deve levar em conta a efetivação de direitos fundamentais aqui compreendidos também os direitos sociais e exige ação por parte do Poder Público. No entanto, dados o custo e a escassez de recursos, essa ação deve ser minimamente direcionada de forma a garantir o fundamental à existência digna, sendo, portanto, o orçamento-programa uma forma de eleger os bens vitais, bem como de sindicabilidade dos atos governamentais na consecução das medidas eleitas.

### 3 - A FUNÇÃO DISTRIBUTIVA

Nessa linha de raciocínio, a Constituição Federal consagra, em seu artigo 3º, III, o objetivo fundamental de reduzir a desigualdade social. Essa redução de desigualdade deve ser feita de forma racional, priorizando a distribuição de bens primários, aliás para Rawl (1993), essa distribuição mínima é fundamental para o agir individual dos membros da comunidade:

a todos é assegurado uma liberdade igual para prosseguir o plano de vida que entenderem, desde que não viole as exigências de justiça. A partilha dos bens primários entre os sujeitos é feita com base no princípio de que alguns deles podem obter uma maior quantidade se os adquirirem por formas que melhorem a situação dos que têm menos. Uma vez o dispositivo instalado e em funcionamento, não há lugar para questão de satisfação total ou a perfeição (Rawls, 1993, p.91).

Embora a concepção do autor tenha um viés limitativo, na medita em que busca apenas garantir um mínimo de bens, certo é que fica claro que na distribuição da justiça há de existir algumas prioridades, notadamente a distribuição de recursos aos mais necessitados.

---

2 Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ao lado dessa necessidade, há ainda problemas da ordem dos daqueles trazidos por Musgrave, (1974) e Musgrave, (1980). Para esses autores, há dificuldades em transformar uma norma justa em política real de distribuição, na medida em que é difícil ou mesmo impossível comparar os diferentes níveis de utilidade, que indivíduos diversos derivam de suas rendas; e dois, o tamanho do “bolo” disponível relaciona-se com a forma através da qual é realizada a distribuição.

Por isso tudo, que o orçamento público é o principal instrumento para viabilização das políticas públicas de distribuição de renda. Nessa medida, ao fim e ao cabo, o problema da distribuição tem como base retirar de uns para melhorar a situação de outros. Dessa forma, a alocação dos recursos do Estado, cuja principal fonte são os tributos, deve ser direcionada para os setores/políticas públicas que melhor atenderão ao princípio da redução da desigualdade, sob pena de se criar maior desigualdade.

E dessa forma, o orçamento público tem papel vital, na medida em que possibilita otimizar o gasto público em medidas que sejam efetivadoras de direitos fundamentais, elegendo políticas adequadas para atender inicialmente o mais amplo espectro da comunidade em situação de desigualdade, bem como sejam propiciados, inicialmente, os bens primários, garantindo-se o mínimo existencial.

#### **4 - DA GESTÃO DO PROGRAMA: SINDICABILIDADE DOS ATOS GOVERNAMENTAIS NA CONCRETIZAÇÃO DOS PROGRAMAS**

Como analisado, o orçamento público de natureza programática está intimamente ligado à função do planejamento, envolvendo a análise da disponibilidade de recursos, das alocações racionais e sob o prisma da redução da desigualdade e garantia do mínimo existencial. Não bastasse isso, é necessário que haja mecanismos de acompanhamento da concretização das medidas. A Constituição de 1988 trouxe, sob o manto do capítulo das finanças públicas, além de normas eminentemente de natureza de planejamento, como constam no artigo 165, normas que denotam a necessidade de prestação de contas. Embora fosse desnecessário, na medida em que os governos são representantes do povo, e portanto, devem atuar em conformidade com princípios relacionados à transparência, o constituinte originário determinou, no artigo 165, parágrafo 3º, o dever de publicar o relatório resumido da execução orçamentária. E mais, a Lei nº 8.429/92 traz no artigo 10 uma série de condutas relacionadas com a consecução do orçamento público, cuja inobservância geram

ato de improbidade danoso ao erário.

Dessa forma, o orçamento público permite aos governados a sindicabilidade dos atos governamentais. Isso por que ele fixa um padrão para a atuação governamental, garantido que os recursos sejam aplicados conforme previamente acordado. Nesse ponto, ainda é possível falar de uma fiscalização para além dos mecanismos jurídicos tradicionais como os trazidos pelo artigo 70 da Constituição Federal, mas de uma fiscalização pela própria sociedade. Não à toa que a Lei Complementar n.º 101/2000 exige a efetivação da transparência e em linguagem acessível, como prevê o artigo 48<sup>3</sup> da referida lei.

Dessa forma, verifica-se que orçamento público também é instrumento afeto ao controle dos atos governamentais, na medida que permite verificar se a conduta dos gestores da coisa pública se alinha à política previamente estabelecida. Ao fim, o orçamento permite aquilo que Maffini (2010) afirma ser a “administração pública dialógica” que é uma noção jurídica pela qual se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas por essa atuação estatal.

Aliás, embora não seja o ponto do presente trabalho, é bom que se diga que a utilização de instrumentos racionais pela Administração, insere-se em um contexto onde ela mesma vem se transformando, tendo como ponto de partida todas essas mudanças trazidas com o novo constitucionalismo. A administração dialógica é efeito daquilo que a doutrina chama de boa administração. Sobre o tema, Freitas (2007, p.19) diz:

Trata-se do direito fundamental à administração pública, eficiente, eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. (Freitas 2007)

Nesse contexto que o orçamento público se insere e se transforma, sendo um elemento ligado a essa noção de boa Administração, que por sua vez se insere

---

3 Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

dentro do contexto de redemocratização, trazido pela doutrina neoconstitucionalista.

## 5 - DA FUNÇÃO INFORMATIVA

É consenso entre os historiadores e juristas que a Segunda Guerra Mundial impulsionou o surgimento do neoconstitucionalismo, cujas alterações implicavam em mudança no objeto, no papel e no modo de interpretar as constituições, alterando ainda o eixo institucional de um Estado legislativo para um Estado constitucional de direito. O novo direito constitucional identifica marcos ocorridos no Estado e no direito constitucional. Barroso (2005) elenca os marcos filosóficos, históricos e o marco teórico, sendo que, quanto a esse último tem-se elementos importantes, como o reconhecimento da força normativa da constituição.

Por essa força normativa, permite-se que a constituição seja alçada à norma jurídica aplicável no plano concreto. Podemos afirmar o surgimento de dois fenômenos distintos: a judicialização e o ativismo judicial. Embora interligados, mas distintos, ambos geram um fortalecimento do poder judiciário, que assume papel relevante na efetivação de direitos constitucionais. Sobre o tema Barroso (2005), infere que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao Juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (Barroso, 2005).

Esse fenômeno possibilitou uma inferência direta do Poder Judiciário em um campo que antes não lhe era reservado, o campo da execução das normas, das escolhas de políticas públicas. Não que o Estado juiz não possa interferir nas escolhas e decisões administrativas. Aliás, no ponto, há interessante inferência de Kelsen (2010, p.137), quando afirma que tanto jurisdição quanto administração são concreções de leis. No entanto, por uma questão de separação de poderes e mesmo de

especialização, o poder judiciário não deve interferir na condução/eleição de políticas públicas, devendo agir somente em casos pontuais onde há claro desrespeito aos direitos constitucionalmente previstos e mesmo assim, atento aos argumentos trazidos pela Administração.

Sobre a efetivação de direitos sociais a lição de Lopes (1994) é salutar:

São esses direitos que dependem, para sua eficácia de uma ação direta do Estado e não simplesmente de uma possibilidade de agir de um juízo. Existe, fundamentalmente, uma dupla série de questões jurídicas a serem enfrentadas. E primeiro lugar, (1) trata-se de saber se os cidadãos em geral, tem ou não o direito de exigir, judicialmente a execução concreta de políticas públicas. Em segundo lugar (2), trata-se de saber como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas (...). (Lopes, 1994)

Portanto, o que se verifica é que o Poder Judiciário deve guardar uma deferência técnica ao Executivo e ao Legislativo, sendo que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas (Canela Júnior, 2011, p. 148).

Além do mais, o Judiciário padece daquilo que Sarmento e Souza Neto (2008, p. 210, ss.) intitulam de visão de túnel, com referência à incapacidade institucional do Judiciário de verificar elementos adjacentes fundamentais à decisão judicial.

No todo, portanto, o que se percebe é que o Poder Judiciário deve ser cauteloso no momento da decisão. No entanto, como visto, a judicialização das políticas públicas é um fato alheio a vontades políticas. Assim, protocolada a demanda, pelo princípio da proibição do *non liquet* e com base no princípio constitucional da inafastabilidade do Judiciário, haverá de existir uma decisão.

Nesse ponto, o orçamento público se mostra uma importante ferramenta de informação, contribuindo para que as decisões judiciais não interfiram de maneira indevida na execução orçamentária. Isso por que, o orçamento traz, além das disponibilidades financeiras, a forma como foram repartidas. Há de se concluir que se em um ambiente de escassez, os recursos foram adequadamente direcionados de forma a manter dentro das possibilidades um mínimo de direitos constitucionalmente assegurados, não haverá alterações a serem feitas, e se ocorrerem, poderão comprometer de maneira desproporcional outros programas. Aliás, a despeito da banalização da teoria da reserva do possível, há decisões no Supremo Tribunal Federal que

corroboram que a tese deve ser analisada pelo juiz ao decidir questões relacionadas à consecução de políticas públicas, nesse sentido a suspensão de tutela antecipada 175<sup>4</sup>, da qual se extrai o seguinte:

“Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos, significa levar a sério a escassez.

Logo, o orçamento é peça essencial para demonstrar como os recursos estão sendo alocados, e em estando o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados, seriam inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, anulem, revoguem ou aniquilem pura e simplesmente esse núcleo essencial (Canotilho, 2007, p. 340). Nesses casos, haverá de ser tomadas o que o Supremo Tribunal Federal chamou de escolhas trágicas, já que evidenciada a tensão real entre princípios, ou políticas que concretizam direitos igualmente constitucionais. Porém, tendo sido essas escolhas feitas pela Administração e sendo ela chancelada pelo Legislativo, não caberia ao Judiciário alterar as escolhas.

## 6 - DA FUNÇÃO DE ANTÍTESE DO ORÇAMENTO

A função de antítese é basicamente refutar a tese, em um ciclo que leva ao aperfeiçoamento. É nesse sentido que podemos dizer que a antítese do orçamento está ligada à reformulação dos programas orçamentários. Isso por que os orçamentos são anuais e concretizados em leis orçamentárias. Uma vez analisado as necessidades e disponibilidades, os recursos são direcionados a programas que acabam sendo como verdadeiras teses. Porém, em se tratando de direitos sociais, aqui assumidos como direitos fundamentais, na esteira de Sarlet (2011), há de se ater à característica da historicidade. Sobre essa característica Bobbio (1992) afirmava:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de

4 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 11 mar. 2020

uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (Bobbio, 1992).

Logo, os direitos fundamentais são mutantes, inferindo que as políticas públicas devem se adequar aos anseios sociais, sob pena de não garantirem o mínimo existencial. Nesse ponto, a construção do orçamento acaba por funcionar como antítese, desconstruindo políticas públicas consolidadas, mas que já não atendem os anseios sociais. Essa ideia pode ser extraída de Bobbio (2004), segundo o qual os direitos se constituem em classe variável conforme as condições históricas, citando exemplos como a transformação de direitos antes absolutos e hoje relativizados, como a propriedade. Essa mutação do que é fundamental deve guiar os governantes no momento da elaboração dos orçamentos, como bem dito por Bobbio, o problema dos direitos hoje é de cunho político e não filosófico.

Essa necessidade de adequação fica clara no sítio de informação do Governo Federal<sup>5</sup>. Há uma clara alteração de despesas entre categorias, demonstrando que o orçamento deve ser móvel e atender necessidades mais urgentes. Nesse sentido é a função da antítese do orçamento, já que é parâmetro para construção e alocação de recursos em políticas mais coerentes com o momento social.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que o neoconstitucionalismo trouxe mudanças profundas na forma como as Constituições devem ser observadas, alterando com isso a forma como as relações entre Estado e Sociedade devem ser construídas.

Sob esse viés, a Constituição passa a não ser um documento de conteúdo abstrato e principiológico, tomando forma de verdadeira fonte de direito, capaz de fundamentar demandas subjetivas, mormente aqueles que objetivam direitos fundamentais.

No Brasil, essa concepção ganha força com a Constituição de 1988, na medida em que traz em seu corpo um arcabouço de direitos e programas das mais variadas naturezas e conteúdos. Logo, alguns efeitos podem ser observados. O primeiro é a

---

5 Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/programas-de-governo>. Acesso em: 11 mar. 2020.

transformação do dever do Estado em ofertar um mínimo social existencial, isso por que, com a força normativa da Constituição, esse dever passa a ser cogente, já que a nova ordem exige que as Constituições sejam efetivamente concretizadas.

Outro reflexo dessas transformações é o fortalecimento do Poder Judiciário. Isso tendo em vista que, com o fenômeno da judicialização, acaba por ter, em virtude do dever de decidir, que ingerir na seara administrativa, antes relegada apenas ao Poder Executivo.

Há também reflexos no próprio Poder Executivo, com a transformação do poder discricionário, devendo agora se ater ao cumprimento do programa constitucional, sob pena de omissão e ingerência de outros poderes.

Destarte, ao lado dessas transformações, outros institutos jurídicos acabam por se transformar, acompanhando essas novas concepções, mormente aqueles de natureza instrumental. É sob esse auspício que o orçamento público se transforma e ganha novos olhares. Isso por se tratar de um instrumento capaz de facilitar e potencializar algumas necessidades surgidas com toda essa transformação.

Observa-se que, com a utilização do orçamento, há uma melhora na tomada de decisões no momento de eleger políticas públicas. Propicia ainda transparência na gestão da coisa pública, já que tem o condão de demonstrar em linguagem acessível se as políticas estão sendo efetivas. Também é capaz de proteger e justificar as medidas/decisões tomadas, blindando as decisões de guinadas alheias ao centro de decisão; E por fim, contribui com a atualização das políticas públicas, já que é standard no momento de verificação da eficácia e eficiência das decisões tomadas.

Assim, a efetivação das políticas públicas de forma eficiente e atualizada depende da utilização adequada do orçamento público em sua concepção, não de peça contábil, mas de programa a ser realizado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro n. 240, p. 1-42. abr./jun. 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gome. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. *In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça* [S.l: s.n.], 1994.

MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4320 comentada**. 26. ed. Rio de Janeiro: Ibam, 1995.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 253, p. 159-172, jan./abr. 2010.

MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das finanças públicas**. 2.v. São Paulo: Atlas, 1974.

MUSGRAVE, Peggy B. **Finanças públicas: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Fundamentos, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coords). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

## A REFORMA TRIBUTÁRIA PROPOSTA PELA PEC Nº 45/2019 E OS EVENTUAIS IMPACTOS NA ADVOCACIA PÚBLICA

PAULO GUILHERME GORSKI DE QUEIROZ<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho faz uma breve análise sobre a PEC nº 45/2019 e sua proposta de criação do chamado “comitê gestor”, que será responsável pela representação judicial nas demandas referentes ao novo imposto sobre bens e serviços (IBS). Foram abordados pontos relacionados à autonomia dos entes federados e eficiência no funcionamento do referido comitê. O resultado aponta um caráter centralizador de competências, possíveis prejuízos à autonomia dos membros da federação, além de reflexos negativos na eficiência da Advocacia Pública.

**Palavras-chave:** Reforma Tributária. PEC 45/2019. Novo IBS. Comitê Gestor. Autonomia. Advocacia Pública. Eficiência.

### 1. INTRODUÇÃO.

Em mais uma tentativa de solucionar algumas das incontáveis críticas ao sistema tributário nacional, a Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019, assume destaque relevante, pois apresenta sensíveis inovações na controversa tributação sobre o consumo.

Através da criação de um imposto com base tributária abrangente e caráter nacional (IBS), a proposta busca compatibilizar a autonomia dos entes federados com a necessidade real de um modelo tributário simplificado e condizente com o atual cenário econômico.

Em relação às demandas judiciais tributárias relacionadas ao novo imposto, propõe a criação do chamado “comitê gestor”, com legitimidade processual e responsável pela representação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

---

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Mestrando em Direito na Fundação Getúlio Vargas-FGV/SP.

Quando nos aprofundamos na figura do comitê gestor, que será o objeto central de nossa análise, identificamos problemas relacionados à excessiva concentração de competências em nome da União, possíveis reflexos na autonomia dos demais entes da Federação, além de problemas práticos que podem macular a eficiência na atuação da Advocacia Pública.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO IBS**

A necessidade de simplificação e modernização do sistema tributário é antiga, e motivo de reiterada discussão ao longo da vigência da Constituição Federal de 1988.

O fenômeno é especialmente acentuado na atualidade, em razão da rápida alteração da realidade econômica, globalização e o crescimento do anseio social por uma tributação justa e voltada à diminuição das desigualdades.

A complexidade do sistema, decorrente da ampla distribuição de competências tributárias, foi implementada com base na realidade de 1988, ocasionando, no momento atual, uma sensação de inquietude e tensão em ambos os polos da tributação.

Os contribuintes encontram-se envolvidos por uma legislação complexa e, muitas vezes, irracional. Como consequência, nos deparamos com um ambiente burocrático extremo, e propício a planejamentos tributários abusivos, que prejudicam a saudável concorrência de mercado.

Diante desse quadro, tramitam no Congresso Nacional diversas propostas de alteração do sistema tributário, em nível constitucional e infraconstitucional.

Aparece com destaque, devido a repercussão e ao grau avançado de tramitação no processo legislativo, a Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019, da Câmara dos Deputados.

O enfoque da proposta, como não poderia deixar de ser, está na simplificação do sistema, especialmente na tributação do consumo, vista por muitos como a problemática principal a ser sanada.

Não carecem de razão os críticos ao modelo atual de tributação do consumo. Além do notório aspecto regressivo, a burocracia gerada pela multiplicidade de obrigações acessórias, prevista em um incontável número de normas, das mais diversas naturezas e esferas, torna a questão ainda mais preocupante.

Partindo desse ponto, como ressaltando na justificativa da PEC n° 45/19, “a base da proposta é a substituição de cinco tributos atuais – PIS, Cofins, IPI, ICMS e ISS – por um único imposto do tipo IVA, denominado imposto sobre bens e serviços (IBS)”<sup>2</sup>

Além do IBS, a PEC propõe a criação de um imposto seletivo federal (IS), com finalidade extrafiscal, e a simplificação no cumprimento da legislação tributária acessória, notadamente em relação à desburocratização da não-cumulatividade (adoção do sistema de crédito financeiro).

A PEC n° 45/19 não fez a atribuição da competência tributária exclusivamente a um único ente federal. Nesse sentido, propõe a introdução de um novo artigo 152-A no texto constitucional, ou seja, fora dos capítulos tradicionais que preveem a distribuição de competências tributárias entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Art. 152-A - Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços, que será uniforme em todo o território nacional, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exercer sua competência exclusivamente por meio da alteração de suas alíquotas<sup>3</sup>.

Em uma redação inovadora ao sistema vigente, o novo imposto seria criado por lei complementar (editada pela União), com uma base de cálculo comum e ampla (bens, serviços, intangíveis e direitos) e a alíquota (elemento essencial da regra-matriz) corresponderia à soma das alíquotas individuais, editadas por lei ordinária de cada um dos entes federados, conforme a seguinte proposta de redação do parágrafo 2° do artigo 152-A:

§ 2° - A alíquota do imposto aplicável a cada operação será formada pela soma das alíquotas fixadas pela União, pelos Estados ou Distrito Federal e pelos Municípios, observado o seguinte:<sup>4</sup>

Como “a competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prer-

2 BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n° 45, de 03 de abril de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=8EE9B90B4566A7D42F175A2408D47447.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filenome=PEC+45/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8EE9B90B4566A7D42F175A2408D47447.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filenome=PEC+45/2019). Acesso em: 07 jul. 2020.

3 Ibid., p. 2.

4 Ibid., p. 3.

rogativas legisferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos”<sup>5</sup>, segundo lição de Paulo de Barros Carvalho; poderíamos, em princípio, entender que todos os entes federados seriam titulares, em conjunto, da competência tributária, pois poderiam introduzir, no sistema, elementos da regra-matriz do novo IBS, apesar do protagonismo da União e de possíveis questionamentos, com razão, sobre essa concentração.

Essa sistemática de introdução conjunta das alíquotas por todos os entes, teria o escopo de afastar eventuais questionamentos sobre prejuízos a federação, conforme fundamentação apresentada na exposição de motivos:

Uma das principais características do modelo proposto é o respeito à autonomia dos Estados e Municípios na gestão de sua receita, sem, no entanto, gerar a complexidade que resulta da incidência de múltiplos tributos.<sup>6</sup>

O destino da arrecadação pertencerá ao Estado, Distrito Federal e ao Município em que for realizado o fato impositivo e, nas operações interestaduais e intermunicipais, ao ente de destino. O produto da arrecadação será proporcional ao saldo credor apurado em cada unidade da federação, nos termos dos parágrafos 3º e 5º do novo artigo 152-A:

§ 3º - Nas operações interestaduais e intermunicipais:

I - incidirá a alíquota do Estado ou Distrito Federal e do Município de destino;

II - o imposto pertencerá ao Estado ou Distrito Federal e ao Município de destino.

(...)

§ 5º - A receita do imposto sobre bens e serviços será distribuída entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios proporcionalmente ao saldo líquido entre débitos e créditos do imposto atribuível a cada ente, nos termos da lei complementar referida no caput.<sup>7</sup>

5 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 236.

6 BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 03 de abril de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=8EE9B90B4566A7D42F175A2408D47447.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filenome=PEC+45/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8EE9B90B4566A7D42F175A2408D47447.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filenome=PEC+45/2019). Acesso em: 07 jul. 2020.

7 Ibid., p. 3-4.

Após essa análise preliminar que, sem esgotar vários aspectos relevantes da proposta (e.g. a nova proposta de vinculação e repartição de receitas, substituição progressiva dos atuais impostos pelo IBS etc.), reputamos essencial para a contextualização fática, ressaltamos, novamente, que o presente trabalho não tem o escopo de tecer profundas considerações sobre os impactos econômicos da mencionada proposta que, diga-se de passagem, apresenta vários méritos no objetivo de simplificação e racionalidade do sistema (como no caso do creditamento amplo para fins da não-cumulatividade), pois esse tema, para uma visão completa, deverá ser apreciado conjuntamente com a economia, que poderá fornecer os dados necessários sobre possíveis prejuízos na arrecadação.

O nosso objetivo, então, será restrito à representação da Fazenda Pública em juízo nas lides relacionadas ao novo IBS.

Como será visto, além de modificações na competência tributária, a PEC nº 45/2019 traz profundas inovações nas atribuições da Advocacia Pública, com impactos na autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

### **3. O COMITÊ GESTOR, A AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS E A EFICÁCIA DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Como o Direito está intimamente ligado à atividade argumentativa, conforme acentua MacCormick<sup>8</sup> (2016), não é possível afastar a relevância do advogado como elemento essencial no processo de construção de normas individuais no sistema.

No nosso caso, os membros da Advocacia Pública, segundo a nomenclatura utilizada pelo artigo 182 do Código de Processo Civil<sup>9</sup>, atuarão necessariamente nas demandas relacionadas ao novo IBS. Sobre a imprescindibilidade do advogado na atuação da Fazenda Pública em juízo, destacamos os comentários de Helio do Valle Pereira:

Lembre-se que a parte será representada em juízo por advogado (art. 36). A regra

---

8 MACCORMICK, Neil. *Retórica y estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Tradução de José Angel Gascón Salvador. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 19.

9 Art. 182 - Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

aplica-se à Fazenda Pública, em todas as suas expressões. De tal modo, os integrantes da “Advocacia Pública” serão, antes de tudo, advogados, a quem competirá, com exclusividade, o desempenho profissional relacionado “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário” e “às atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas” (art. 1º do Estatuto da Advocacia). Submetem-se, por extensão, às obrigações e prerrogativas próprias dos demais causídicos, até quanto ao regime disciplinar.<sup>10</sup>

A PEC 45/19 propõe a criação do chamado “comitê gestor”, que será responsável pela edição do regulamento do imposto, gerir a arrecadação, operacionalizar a distribuição de receitas, estabelecer critérios de atuação coordenada na fiscalização do tributo e, ainda, pela representação judicial e extrajudicial da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, conforme parágrafos 6º e 7º da proposta de redação ao novo artigo 152-A:

§ 6º - A lei complementar referida no caput criará o comitê gestor nacional do imposto sobre bens e serviços, integrado por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, a quem caberá:

I – editar o regulamento do imposto, o qual será uniforme em todo o território nacional;

II – gerir a arrecadação centralizada do imposto;

III – estabelecer os critérios para a atuação coordenada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na fiscalização do imposto;

IV – operacionalizar a distribuição da receita do imposto, nos termos estabelecidos no parágrafo 5º deste artigo

V – representar, judicial e extrajudicialmente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas matérias relativas ao imposto sobre bens e serviços.

§ 7º - A representação judicial e extrajudicial do comitê gestor será exercida de forma coordenada pelos procuradores da Fazenda Nacional, dos Estados e dos Municípios.<sup>11</sup>

As demandas tributárias, em caso de conflito judicial envolvendo o IBS, serão resolvidas pela Justiça Federal e a legitimidade ativa (cobrança da dívida ativa) e

---

10 PEREIRA, Helio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 83.

11 BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 03 de abril de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019a. p. 4-5. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=8EE9B90B4566A7D42F175A2408D47447.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filena-me=PEC+45/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8EE9B90B4566A7D42F175A2408D47447.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filena-me=PEC+45/2019). Acesso em: 1º jul. 2020.

passiva (resposta às demandas antiexacionais) serão atribuídas ao comitê gestor, integrado por advogados públicos de todos os entes federativos.

A estrutura básica do comitê gestor será introduzida por legislação complementar da União, que definirá sua composição orgânica, forma de funcionamento e competências, sem a participação direta de Estados, Distrito Federal e Municípios.

Evidencia-se, logo de início, um aspecto centralizador da proposta, pois confere prevalência da União na constituição estrutural do comitê gestor e na definição de seus órgãos e atribuições básicas. Sabemos que, nesses casos, na hipótese de conflitos de interesses, a balança provavelmente penderá para a União, como é comum na nossa tradição federativa, em que as competências são acentuadamente centralizadas.

Mesmo que fosse possível, em tese, uma representação adequada e proporcional, inegável, pela redação proposta, que a União poderá futuramente alterar a estrutura interna do comitê, concentrando competências ou dispondo de modo diverso sobre seu funcionamento, o que, por si só, pode trazer inseguranças e incertezas ao pacto federativo.

Além disso, o comitê gestor terá a competência regulamentar e certamente disciplinará a atuação dos Advogados Públicos, pois a hierarquia é inerente ao bom funcionamento de uma organização administrativa, como bem ilustra Maria Silvia Zanella Di Pietro:

A organização administrativa é baseada em dois pressupostos fundamentais: a distribuição de competências e a hierarquia. O direito positivo define as atribuições dos vários órgãos administrativos, cargos e funções e, para que haja harmonia e unidade de direção, ainda estabelece uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos que integram a Administração Pública, ou seja, estabelece a hierarquia.<sup>12</sup>

A competência ampla do legislador complementar e o poder regulamentar do comitê gestor, então, fazem surgir uma série de questionamentos que devem ser enfrentados. Como compatibilizar uma proporcional representação dos Estados? Como os milhares de Municípios serão representados? O município de São Paulo, v.g., que possui orçamento superior à maioria dos Estados, terá o mesmo poder decisório dos demais Estados-membros? Será que o comitê gestor terá que empreender esforços

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83.

igualitários na cobrança da dívida ativa ao longo do território nacional? Ao adotar esse comportamento, não poderíamos identificar um prejuízo na eficiência que deve nortear a Administração?

Nossa preocupação não é sem sentido, pois, tendo em vista que a PEC enfatiza que a atuação dos procuradores será “coordenada”, faz supor que o comitê terá poderes de subordinação sobre os advogados públicos e “possivelmente”, também, a incumbência de solucionar questões cotidianas da advocacia, tais como os valores mínimos para ajuizamento de execuções fiscais, estratégias processuais para a cobrança de devedores qualificados, critérios para aceitação de garantias, interpretação sobre a responsabilização de terceiros etc. Tudo com impacto na arrecadação e na administração da justiça. Não conseguimos pensar em uma atuação “descoordenada”, isto é, sem uma interferência direta do comitê gestor na atuação dos advogados públicos, facultando-se aos procuradores atuar segundo a orientação interna de sua instituição, pois isso resultaria em um verdadeiro “caos”, completa ineficiência e insegurança nos serviços advocatícios prestados ao comitê.

Os critérios de composição e atuação do comitê poderiam ter sido estabelecidos na própria redação da proposta de emenda (o que possibilitaria a aferição imediata de sua constitucionalidade em abstrato), mas foram deixados ao talante do legislador complementar e futuro poder regulamentar, com possibilidade de alterações ao longo do tempo, segundo a composição do Congresso Nacional ou a conveniência do comitê.

A única restrição imposta ao legislador complementar, no caso da Advocacia Pública, estaria na escolha dos seus integrantes, pois seus membros serão necessariamente “procuradores da Fazenda Nacional, dos Estados e dos Municípios”. Essa composição heterogênea do comitê gestor, composta por representantes indicados pelos entes públicos e advogados públicos, nos permite pensar na existência prática de dois comitês (um para a administração tributária e outro para a atuação judicial), além de uma série de complexidades no seu funcionamento, conforme bem identificou **Kiyoshi Harada**, em recente artigo sobre o tema:

Em segundo lugar, instituir o Comitê Gestor, para tentar conferir caráter nacional a um típico imposto federal, conferindo-lhe poder normativo e outorgando-lhe representação extra judicial e judicial, torna inexecutável a sua operacionalização. Começa pela dificuldade na escolha dos representantes da União, dos 27 Estados e dos 5.600 Municípios para compor esse Comitê.

Realmente, para exercer a representação extrajudicial, que abrange a atividade de

fiscalização e arrecadação, esse Comitê Gestor deve ser composto por servidores efetivos exercentes do cargo de fiscalização, ao passo que, para exercer a representação judicial esse Comitê só poderá ser composto por procuradores, únicos legitimados a postular em juízo. São, portanto, dois Comitês. Nas duas hipóteses difícil, senão impossível a atuação conjunta e harmônica dos representantes das três entidades políticas.<sup>13</sup>

A cobrança da dívida ativa e a defesa em lides de natureza tributária não são tarefas simples ou mesmo de fácil ajuste em um universo de inúmeros entes federados envolvidos. Imaginem, a título de ilustração, que o comitê gestor, verificando que há a possibilidade de maior arrecadação no município de São Paulo, entenda que deva concentrar esforços na cobrança judicial nesse local, em detrimento de um Município do interior que possui débitos de menor valor. Nesse caso, em tese, o comitê gestor estaria atuando com base na eficiência, alocando procuradores e esforços em um local com maior possibilidade de arrecadação, mas será que os Municípios com menor potencial de arrecadação não poderiam ser prejudicados financeiramente?

Como a forma federativa foi erigida na condição de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, I, da CF<sup>14</sup>, qualquer proposta relacionada à alteração da autonomia dos entes federados deve ser analisada com a devida cautela, principalmente, como no presente caso, em que há possibilidade de reflexos na arrecadação. Nesse sentido, André Ramos Tavares destaca com precisão:

Assegurar o patamar constitucional do federalismo sem vedar sua supressão ou degradação por reforma constitucional posterior é medida insuficiente, especialmente em face da realidade atual (brasileira) de “facilitação” de constantes mudanças constitucionais.<sup>15</sup>

Além disso, somente podemos pensar em autonomia plena dentro da federação se forem resguardadas fontes de receitas mínimas para que seus membros possam desempenhar sua autonomia política e administrativa. De nada valeriam competências próprias sem os recursos materiais necessários ao desempenho de seus objetivos, conforme pontua Gabriela Pietsch Serafin:

13 HARADA, Kiyoshi. Reforma tributária: uma análise crítica da PEC nº 45/19. *Diário do Comércio*, São Paulo, dez. 2019. Disponível em: <https://dcomercio.com.br/categoria/opiniao/reforma-tributaria-uma-analise-critica-da-pec-no-45-19>. Acesso em: 03 jul. 2020.

14 Artigo 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado.

15 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 961.

No âmbito tributário, a sustentar a autonomia política e administrativa do Estado-membro e do Município – que no Brasil, como vimos, tem dignidade constitucional –, impõe-se a preservação da autonomia financeira dos entes locais, sem a qual as outras não existirão. Essa autonomia resguarda-se mediante a preservação da competência tributária das pessoas políticas que convivem na Federação e, também, pela equidosa discriminação constitucional das fontes de receita tributária, daí advindo a importância do tema referente à repartição das competências no Estado federal, assunto inexistente, ou pouco relevante, nos Estados unitários.

Sendo a federação um pacto de igualdade entre as pessoas políticas, e sendo a autonomia financeira o penhor da autonomia dos entes federados, tem-se que qualquer agressão, ainda que velada, a esses dogmas constitui inconstitucionalidade.<sup>16</sup>

Acreditamos que a mera “possibilidade” de interferência na autonomia financeira, por meio de escolhas discricionárias na cobrança da dívida ativa, trazem dúvidas sobre a constitucionalidade da proposta. Um determinado valor, que pode ser irrisório para o comitê gestor e nortear sua atuação, pode não ser para um Município de orçamento reduzido.

Lembremos que a PEC buscou manter a competência tributária dos entes federados em relação ao IBS, mesmo que de forma não usual. Não estamos diante de um tributo federal com repartição de receitas tributárias entre Estados e Municípios, o que atrairia questionamentos apenas sob o aspecto da arrecadação.

Logo, se a intenção foi a de permitir que os entes participem na criação da regra-matriz, com a introdução de alíquotas próprias, e que o destino da arrecadação seja feita de forma individualizada, segundo a alíquota local, tomou por princípio que cada membro tem necessidades específicas. Dessa forma, essa escolha fez com que qualquer decisão na cobrança da dívida ativa possa gerar desequilíbrios na arrecadação, pois o imposto será destinado ao local de realização ou destino do fato imponível. Se estivéssemos diante da atribuição de competência tributária exclusiva a um ente com a repartição de receitas por meio de um fundo, esse problema não estaria presente, vez que os recursos, independentemente do local da cobrança, seriam distribuídos proporcionalmente ou segundo critérios objetivos.

Entendemos que os critérios de conveniência e oportunidade relacionados à cobrança da dívida ativa dependem das peculiaridades de cada membro da fede-

---

16 SERAFIN, Gabriela Pietsch. O princípio federativo e a autonomia dos entes federados. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 58, p. 14, fev. 2014. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gabriela\\_Serafin.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gabriela_Serafin.html). Acesso em: 02 jul. 2020.

ração e, ainda mais quando puderem impactar no volume de recursos arrecadados, não poderiam ser deixados ao arbítrio de um ente externo, no caso, do comitê gestor, criado por meio de lei complementar da União, em um país com dimensões continentais, dotado de realidades distintas e complexas, como no caso brasileiro.

Ao atribuir a representação judicial a um comitê com atuação nacional, composta por representantes de entes federativos com realidades locais completamente distintas, a proposta faz surgir um campo de conflitos de interesses enorme e, talvez, de inviável conciliação.

Sobre o tema, mostra-se extremamente ilustrativo o precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 591.033/SP. Nesse julgamento, um Município questionou o entendimento do tribunal de justiça local sobre a necessidade de extinção de execuções fiscais de valor reduzido, por falta de interesse de agir e com a aplicação analógica de legislação estadual, que impedia o ajuizamento de execuções de pequeno valor. O recurso extraordinário foi julgado procedente em favor do Município recorrente, para manter o prosseguimento das execuções fiscais de pequena monta, com fundamento na autonomia municipal, prevista na Constituição de 1988.

O caso é emblemático, pois os argumentos do Município, relacionados à sua autonomia, foram devidamente levados em consideração pela Ministra Ellen Gracie, relatora do caso no STF, e permitem profundas reflexões sobre as disparidades locais entre os diversos entes federativos. O seguinte trecho do relatório do acórdão é de extrema relevância para a nossa discussão:

Poderia o Município, por lei municipal, dispensar a inscrição em dívida e ajuizamento dos seus créditos de pequeno valor, mas não o fez. Aliás, o Município recorrente menciona a importância de tais execuções para os seus cofres. Isso porque as dívidas são pequenas, porém numerosas, e as execuções impedem que contribuintes persistam em situação de regularidade. Possuem, pois, um escopo imediato e outro mediato, didático, persuasório. Imediatamente, busca-se a satisfação do crédito; mediadamente, impede-se que a dívida do contribuinte vá tomando proporções elevadas e que a falta de iniciativa do Fisco quanto à cobrança induza outros contribuintes à mesma infração. Entende o Município que lhe cabe zelar pela respectiva arrecadação e que o ajuizamento das execuções fiscais, mesmo que de pequeno valor, cumpre papel relevante.<sup>17</sup>

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 591.033/SP. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, j. em 17 de novembro de 2010, p. 7.

Além dos possíveis impactos na autonomia financeira, relacionados à cobrança da dívida ativa, questionamentos surgem, ainda, ligados a outros aspectos da autonomia federativa, assegurada expressamente pela norma do artigo 18 da CF<sup>18</sup>, no que concerne à capacidade de organização interna dos membros federativos e possíveis interferências indevidas do comitê gestor em competências próprias no âmbito da advocacia pública.

“A autonomia dos Estados-membros caracteriza-se pela denominada tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração”<sup>19</sup>, conforme ensina Alexandre de Moraes. A existência de um círculo de competências próprios, sem a interferência de outros entes, salvo casos previstos expressamente pelo constituinte originário, é essencial dentro do modelo de Federação previsto na Constituição Federal. Nesse sentido, compartilhamos dos ensinamentos de Fernanda Dias Menezes de Almeida, segundo a qual a autonomia deve ser desempenhada sem a interferência hierárquica do poder central:

Dito de outro modo, a soberania, ou seja, a qualidade de autodeterminação plena do poder, exercida sem condicionamentos de ordem interna ou externa, é exclusiva do Estado Federal. A seus integrantes- União e Estados, no mais das vezes, ou a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como no caso brasileiro- é atribuída autonomia, que é poder também de autodeterminação, demarcado, porém, por um círculo de competências traçado pelo poder soberano, que garante aos entes autônomos- pensando-se em autonomia em seu mais alto grau- capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercida sem subordinação hierárquica dos poderes periféricos ao poder central.<sup>20</sup>

A definição precisa, bem delimitada e sem controvérsias de um feixe próprio de competências é fundamental em nome da eficiência e para evitar conflitos dentro da Federação, conforme preconizam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martines Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

---

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619654>. Acesso em: 08 jul. 2020.

18 Art. 18 - A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

19 MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 259

20 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao artigo 18, caput, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (org.). *Comentários à constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 767.

Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de um mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim.<sup>21</sup>

A repartição de competências consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria.

A autonomia, logo, está umbilicalmente ligada à possibilidade de os membros poderem gerirem seus assuntos locais, segundo suas peculiaridades. Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.842/RJ em que se afirmou que “a essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica.”<sup>22</sup>

Os advogados públicos que atuarem no comitê gestor estarão vinculados ao seu estatuto funcional interno (lei orgânica federal, estadual e municipal), submetidos ao controle hierárquico de suas chefias (Procuradores Gerais estaduais, municipais etc.), controlados funcionalmente por suas corregedorias próprias e ainda estarão atrelados às orientações do comitê gestor, que “coordenará” toda a atuação nos casos envolvendo o IBS.

Dessa forma, entendemos que a PEC nº 45/19 abrirá margem (o que já é preocupante) para interferências na organização interna nos órgãos de advocacia locais, com impactos principalmente em relação aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, que são organizados em carreira por expressa determinação constitucional.

Essa dupla vinculação hierárquica será fonte de sérios problemas na eficiência almejada e trará inúmeros questionamentos, com possíveis influências negativas na autonomia federativa. Podemos destacar algumas entre várias indagações que poderão surgir. Os advogados públicos vinculados ao comitê gestor permanecerão subordinados hierarquicamente ao chefe da sua instituição (e.g. Procurador-Geral

---

21 MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 755.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, j. em 6 de março de 2013, p. 1-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 13 jul. 2020.

do Estado etc.) ou responderão ao comitê gestor? Como será a escolha do número de procuradores de cada ente para atuar na representação do comitê gestor? Em caso de conflito, prevalecerá a orientação do chefe da instituição de cada advocacia pública ou a orientação do comitê gestor? E os Municípios que não contam com carreira de advogados públicos, indicarão advogados privados? Poderá o comitê exigir um número mínimo de procuradores, que serão retirados de seus órgãos locais de lotação para atuarem no comitê gestor? Como compatibilizar a organização interna das advocacias locais e suas necessidades de alocação de pessoal com eventuais exigências do comitê gestor?

A hierarquia que será desempenhada pelo comitê permite, sem dúvida, que um terceiro, estranho aos membros da federação, criado por lei complementar da União, possa interferir na organização funcional dos advogados públicos e reflexamente na autonomia federativa.

Além dessas breves considerações relacionadas à autonomia, algumas ponderações devem ser apresentadas sobre a eficiência na prestação dos serviços advocatícios.

Como mencionado, as construções jurídicas são o produto do trabalho dos profissionais do direito que fazem com que os argumentos mais adequados prevaleçam em harmonia com o ordenamento jurídico e aos ideais de justiça.

A relevância da função do advogado e os impactos imediatos na sociedade demandam a introdução de normas que, além da previsão de padrões éticos mínimos no comportamento profissional, estabeleçam prerrogativas no desempenho da função.

A Advocacia Pública, devido à sua peculiaridade, exige uma estrutura hierarquizada e coordenada para a boa prestação dos serviços advocatícios, especialmente diante da presença do princípio da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade; incomum no setor privado, como bem acentua Leonardo José Carneiro da Cunha:

A Fazenda Pública revela-se como fautriz do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente

destacado com a vida própria<sup>23</sup>.

A atuação da Fazenda Pública em juízo, que lida, muitas vezes, em demandas chamadas de “massa” ou repetitivas, exige uma necessária uniformidade nas estratégias processuais, pois visa preservar uma interpretação estável da legislação no âmbito de toda a Administração, que é regida pelos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e publicidade, nos termos do artigo 37 da CF<sup>24</sup>.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, através da interpretação do artigo 132 da CF<sup>25</sup>, reconheceu a adoção pela Constituição Federal do princípio da unicidade institucional na representação judicial e consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal, impedindo, no caso, a subdivisão interna das Procuradorias estaduais e distrital, cuja única exceção seria a hipótese estipulada pelo art. 69 do ADCT.

O princípio da unicidade orgânica, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, teria a finalidade de preservar a qualificação técnica e independência dos órgãos de representação judicial, o que seria inviável se terceiros, que não integrassem a instituição, viessem a desempenhar atividades típicas da Advocacia Pública, conforme destacado pelo Ministro Ayres Brito no julgamento da ADI 4.261/RO:

A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da CF. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. (grifo nosso).<sup>26</sup>

---

23 CUNHA, Leonardo Carneiro. **A fazenda pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 28.

24 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:

25 Art. 132 - Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.261/RO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, j. em 2 de agosto de 2010, p. 1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613544>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Não vemos como não levar em consideração as razões firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, na interpretação dada ao artigo 132 da CF, no caso do comitê gestor, visto que os valores protegidos são extremamente relevantes (qualificação técnica e independência funcional) e essenciais para a preservação do interesse público.

Com a figura do comitê gestor, a possibilidade de atuação de advogados públicos vinculados a diferentes estruturas hierárquicas, interesses antagônicos e, inclusive, conjuntamente com advogados privados (v.g. nos Municípios sem procuradorias organizadas) é real, e merece a devida consideração.

Pensamos que a natureza da Advocacia Pública, que lida com a defesa de interesses indisponíveis, torna a proposta de atuação “coordenada” muito complexa, principalmente dentro de um modelo federativo com três níveis e composto por membros completamente heterogêneos.

Vale ressaltar que sequer nos aprofundamos sobre questões operacionais básicas, que envolvem a atividade advocatícia e que podem gerar inúmeros problemas, tais como: a distribuição interna de trabalho, soluções sobre conflito de posicionamento, dispensa de recursos, pagamento de custas, distribuição de honorários advocatícios etc.

Dessa forma, o desempenho da função essencial prestada pela Advocacia Pública, com possibilidade de conflitos de interesses ou ausência de independência adequada, como acreditamos possa ocorrer com o novo comitê gestor, poderá refletir tanto no interesse público quanto na qualidade da prestação jurisdicional, pois, conforme ensina José Afonso da Silva: “A advocacia não é apenas pressuposto de formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento.”

#### **4. CONCLUSÃO**

A proposta de criação do comitê gestor, como visto, pode afetar diretamente a autonomia financeira dos entes federados. As escolhas do comitê gestor, segundo sua discricionariedade, podem concretamente beneficiar a arrecadação de alguns em detrimento de outros, o que trará inevitáveis questionamentos sobre sua constitucionalidade.

Entendemos preocupante, ainda, que o comitê passe a disciplinar a forma de atuação dos advogados públicos, pois resultaria em interferência, ainda que indireta, na autonomia dos membros federativos.

Além disso, como os advogados públicos permanecerão vinculados aos respectivos chefes de suas instituições e submetidos a interesses locais, a atuação “coordenada” pelo comitê gestor poderá ficar comprometida em sua eficiência.

Por fim, identificamos um risco, ainda que potencial, de comprometimento na qualificação técnica e independência funcional da Advocacia Pública, com consequências na administração da justiça e na defesa do interesse público em juízo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao artigo 18º, caput, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 03 de abril de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=8EE9B90B4566A7D42F175A2408D47447.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8EE9B90B4566A7D42F175A2408D47447.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019). Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, j. em 6 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 591.033/SP. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, j. em 17 de novembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619654>. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.261/RO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Brito. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, j. em 2 de agosto de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613544>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Reforma tributária: uma análise crítica da PEC nº 45/19. **Diário do Comércio**, São Paulo, dez. 2019. Disponível em: <https://dcomercio.com.br/categoria/opiniaao/reforma-tributaria-uma-analise-critica-da-pec-no-45-19>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MACCORMICK, Neil. **Retórica y estado de derecho: una teoria del razonamiento jurídico**. Tradução de José Angel Gascón Salvador. Lima: Palestra Editores, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEREIRA, Helio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SERAFIN, Gabriela Pietsch. O princípio federativo e a autonomia dos entes federados. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gabriela\\_Serafin.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gabriela_Serafin.html) Acesso em: 02 jul. 2020.

TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ISSN 2237-4515



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO