CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 24
SERVIDOR. Carmen
MAT. 6046

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E REDAÇÃO FINAL

VOTO EM SEPARADO AO SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº: 292/2017

Autora: Vereadora Aladilce Souza

Ementa: Altera a Lei n° 5.275, de 09 de setembro de 1997, e dá outras providências.

Relator: Vereador Alexandre Aleluia

Relatório:

Este parecer, de acordo com o art. 68, II da Resolução 910/91, deverá analisar estritamente a constitucionalidade, legalidade e regimentalidade da proposta, não cabendo nenhum juízo de valor, sob risco de usurpação de competência. Cabe exclusivamente ao Plenário da Câmara Municipal de Salvador fazer análise de mérito da proposição. Leia-se, a seguir, o teor do referido artigo do Regimento Interno desta Câmara:

> Art. 68. É da atribuição das Comissões o exame técnico dos assuntos submetidos a seu estudo e parecer, de acordo com a competência atribuída a cada qual, por este Regimento.
>
> II - compete à Comissão de Constituição e Justiça e Redação Final:
>
> a) manifestar juízo de admissibilidade, vedado o parecer verbal em Plenário, sobre todos os assuntos em tramitação pela Câmara, para deliberação do Plenário e ou de outras Comissões, que serão obrigatoriamente entregues à sua apreciação quanto aos seus aspectos constitucional, legal ou jurídico;
>
> b) elaborar obrigatoriamente a Redação Final dos Projetos aprovados em último turno

O presente substitutivo projeto de lei, de autoria da vereadora Aladilce Souza, institui o projeto que altera a Lei 5275/97, que trata da instituição de penalidades à prática de discriminação, em razão de opção sexual, no Município de Salvador.

Contudo, o substitutivo não se coaduna com as normas constitucionais de divisão dos poderes, delegação de competência dos entes federativos, bem como a competência de investigação da polícia.

É o que se passa a expor.

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 25
SERVIDOR. Jeanmeu
MAT. 6046

Análise:

Inicialmente, cumpre destacar, de modo preliminar, que a proposição em análise visa alterar uma lei que não fora regulamentada desde o tempo da sua promulgação, cujo comando normativo determinava a sua regulamentação no prazo de 60 (sessenta) dias, não havendo tal ato por parte do Poder Executivo municipal à época. Veja-se o art. 4º da Lei 5275/97:

> Art. 4 O Poder Executivo editará, dentro de 60 dias contados da promulgação desta Lei, o competente regulamento onde constará obrigatoriamente:
>
> I. Mecanismos de denúncia;
> II. Formas de apuração das denúncias;
> III. Garantias para ampla defesa dos infratores.

Dessa maneira, após a leitura do artigo acima, depois de constatado que não houve regulamentação da Lei 5275/97, esta lei, apesar de vigente, não possui eficácia. Portanto, se não há eficácia, por depender de regulamento que lhe possibilite incidir efeitos normativos, não há sentido em alterar o que efeito jurídico não tem, o que torna tecnicamente impossível não só a proposição 292/17, como também o seu substitutivo.

Ademais, um detalhe merece atenção: a Lei 5275/97, apesar de ineficaz, é válida e compõe o ordenamento jurídico municipal. Portanto, qualquer norma que a confronte reputa-se ilegal, não podendo ser inserida no ordenamento enquanto a lei a ser modificada viger.

Portanto, como a Lei 5275/97 é vigente e já traz hipóteses para que haja mecanismos de denúncia e sua apuração, bem como a garantia de ampla defesa, a proposição não só confronta a Lei, mas usurpa a competência do Município, substituindo-o no múnus de regulamentar a lei. Tal vício recai em inconstitucionalidade, por violar a separação dos poderes, conforme o art 2º, da CF/88, pois, somente o poder executivo pode regulamentar a lei, conforme se depreende do conteúdo do art. 4º da lei referida, jamais o poder legislativo atropelar tal divisão fazendo às vezes da municipalidade.

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 26
SERVIDOR.
MAT. 6046

Com a devia *venia*, discordo da tese apresentada no parecer, haja vista que vigência não se confunde eficácia. Vale dizer, uma coisa é a lei estar validamente introduzida no ordenamento, abarcada pelo plexo de normas e outra coisa é esta lei produzir efeitos, ainda mais quando a própria norma se impõe uma limitação, sendo uma norma com a eficácia limitada dependente de ato posterior do poder executivo, no caso, a regulamentação.

Quando o art. 2º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4657/42) afirma que "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue", sabe-se que estão referindo-se à normas cuja entrada no ordenamento se faça de imediato, vale dizer, que a eficácia seja plena e não dependa de ato regulamentador do poder executivo. O que não é o caso. Aqui, há norma que apesar de vigente (tem possibilidade *em tese* de produzir efeitos), não é dotada de eficácia por prever necessidade de regulamentação.

O Superior Tribunal de Justiça adota este entendimento, inclusive em sede de Recurso Especial, o que configura posicionamento da Corte. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS. **PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DO ADICIONAL DE ATIVIDADE PENOSA. ART. 71 DA LEI 8.112/1990. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. PRECEDENTE DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO.** RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.
> 1. Os recorrentes são professores universitários federais, exercendo suas atividades na Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA, no campus universitário de Dom Pedrito/RS, e sustentam que fazem jus ao recebimento de Adicional de Atividade Penosa, ou Adicional de Fronteira, em razão do desempenho de suas funções em Zona de Fronteira, nos termos do art. 71 da Lei 8.112/1990.2. O inciso IV do art. 61 da Lei 8.112/1990 assegurou aos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais, o direito a percepção de um adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas.3. Acerca do Adicional de Atividade Penosa, dispõem arts. 70 e 71 da Lei 8.112/1990: "Art. 70. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica. Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento".

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 27
SERVIDOR.
MAT. 6046

4. Da leitura dos dispositivos infraconstitucionais, observa-se que o legislador derivado decorrente estabeleceu de forma expressa que a concessão do Adicional de Atividade Penosa aos servidores públicos federais depende de "termos, condições e limites previstos em regulamento", evidenciado, assim, o caráter de norma de eficácia limitada do art. 71 da Lei 8.112/1990, porquanto a concessão da referida vantagem aos servidores públicos federais dependente de regulamentação.5. Hely Lopes Meirelles (in Direito Administrativo Brasileiro. 14., p. 108), leciona que "as leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas, não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é conditio juris da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando os seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo".

6. Desse modo, não prospera a pretensão autoral, tendo em vista a inexistência no âmbito do Poder Executivo Federal de norma regulamentadora do direito ao Adicional de Atividade Penosa previsto no art. 71 da Lei 8.112/1990, bem como diante da impossibilidade de aplicação aos recorrentes dos termos da Portaria PGR/MPU 633, de 10/12/2010, posto que a referida norma teve o condão de regulamentar o direito ao Adicional de Atividade Penosa apenas no âmbito do Ministério Público da União, assegurando a vantagem unicamente aos seus servidores, não alcançando, assim, os demais servidores públicos, seja do Executivo ou do Judiciário, principalmente quando reconhecer a sua extensão implicaria em evidente inobservância do Enunciado da Súmula Vinculante 37/STF, pelo qual "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1495287/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ADICIONAL DE FRONTEIRA. ARTIGOS 70 E 71 DA LEI 8.112/90. **AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA VINCULANTE 37.PRECEDENTES.** AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O legislador derivado decorrente estabeleceu de forma expressa que a concessão do Adicional de Atividade Penosa aos servidores públicos federais depende de "termos, condições e limites previstos em regulamento", evidenciado, assim, o caráter de norma de eficácia limitada do art. 71 da Lei 8.112/1990, porquanto a concessão da referida vantagem aos servidores públicos federais dependente de regulamentação.2. Não prospera a pretensão autoral, tendo em vista a inexistência no âmbito do Poder Executivo Federal de norma regulamentadora do direito ao Adicional de Atividade Penosa previsto no art. 71 da Lei 8.112/1990, bem como diante da impossibilidade de aplicação aos recorrentes dos termos da Portaria PGR/MPU 633, de 10/12/2010, posto que a referida norma teve o condão de regulamentar o direito ao Adicional de Atividade Penosa apenas no âmbito do Ministério Público da União, assegurando a vantagem unicamente aos seus servidores, não alcançando, assim, os demais servidores públicos, seja do Executivo ou do Judiciário, principalmente quando reconhecer a sua extensão implicaria em evidente inobservância do Enunciado da Súmula Vinculante 37/STF, pelo qual "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".

3. Agravo interno não provido.

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 28
SERVIDOR. Parecer
MAT. 6096

(AgInt no AREsp 1017824/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ART.3º, § 2º, INCISO III, DA LEI N. 9.718/98. **NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO.** REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1991-18/2000.1. O comando legal inserto no art. 3º, § 2º, III, da Lei n.9.718/98 estabelecia que a exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins das receitas transferidas a outras pessoas jurídicas estava condicionada à edição de normas regulamentadoras do Poder Executivo.**2. Com a edição da Medida Provisória n. 1.991-18/2000, o dispositivo em comento foi retirado do mundo jurídico, antes mesmo de produzir os efeitos pretendidos. Portanto, embora vigente, não teve eficácia, já que não editado o decreto regulamentador.3. Recurso especial não-provido.**
(REsp 788.327/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 507)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS.EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III.VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA. **NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO**. REVOGAÇÃO PELA MP Nº 1991-18/2000. PRECEDENTES.
1. Trata-se de agravo regimental interposto por Acearia Frederico Missner S/A contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento por entender que o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, que autorizava a transferência de valores relativos ao PIS e COFINS entre pessoas jurídicas, dependia de ulterior regulamentação, o que não ocorreu, tendo sido revogado pela MP nº 1991-18/2000.2. A agravante cinge-se a colacionar excertos do recurso especial que já foram devidamente analisados pelo TRF/4ª Região, tendo sido refutados todos os argumentos no acórdão recorrido.3. Entre tais dispositivos legais não há similitude temática, tampouco lógica a fim de robustecer a tese defendida pela agravante, conforme depreende-se de sua leitura.***4. Imperioso colacionar razões esposadas no bojo do decisum agravado, cite-se: "Colhe-se da leitura do texto legal que permitiu, para fins de determinação da base de cálculo das contribuições, a exclusão dos valores que, computados como receita fossem repassados para outras pessoas jurídicas, que este benefício estaria condicionado à regulamentação, por meio de decreto, pelo Poder Executivo.No caso, o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei, sem que lhe fossem dados outros contornos, como pretende a agravante, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.Cuida-se, portanto, de norma de eficácia contida, ou seja, depende de regulamento para instrumentalizar sua execução, para se tornar operacional, embora se apresente completa em sua formação." 5. Precedentes:*** AgRg no Ag nº 676.889/PR, Relª. Minª. DENISE ARRUDA, DJ de 29/08/2005; REsp nº 639.350/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 03/10/2005.
6. Agravo regimental não-provido.
(AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/05/2006, DJ 08/06/2006, p. 128)

Ora, diante do entendimento do STJ e sob o princípio da simetria dos poderes não há como se furtar à sua incidência na ordenamento jurídico principal.

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 29
SERVIDOR.
MAT. 6046

Pois bem. É forçosa a conclusão de que há o enfretamento de norma cuja eficácia é inexistente, pois carece de ato regulamentador do Poder Executivo, conforme expressamente previsto na lei a ser alterada. Ademais, o Poder Legislativo tomar iniciativa de suprir tal ato, configura clara violação da divisão dos poderes e ataque à lei que esta Casa mesmo aprovou e pode emendar à época do processo legislativo.

Sendo assim, analisando tais questões, somente por este quesito o projeto – ser norma sem eficácia por carecer de regulamentação – deveria ter obstado o curso processual legislativo e sequer tramitar em outras comissões, quiçá ser levada ao plenário.

Ainda que tal vício formal macule todo o projeto de substitutivo, mesmo se fosse inexistente, a presente proposição não poderia seguir seu curso legislativo por padecer de outras inconstitucionalidades e ilegalidades, que serão apresentadas a seguir.

Veja-se o que diz o art.1º do projeto de substitutivo:

> Art.1º O caput e o parágrafo único, do art. 1º, o caput e os incisos do art. 2º, o art. 4º, o art. 5º e o art. 6º, da Lei nº 5.275, de 9 de setembro de 1997, passam a ter a seguinte redação:
>
> Art. 1º Respeitando o princípio da igualdade de direitos previsto no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, e no parágrafo único, do art. 1º, da Lei Orgânica do Município, caracteriza infração administrativa a prática de ato discriminatório contra pessoas em razão de sua orientação sexual e/ou identidade e expressão de gênero praticada por pessoas jurídicas de direito público e privado estabelecidas no Município de Salvador.
> **§ 1º Para efeitos de aplicação desta Lei, entende-se por: a) orientação sexual - a profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero. b) identidade de gênero - a experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo e outras expressões de gênero.**

Aqui, vemos um exercício que ultrapassa a competência da esfera legiferante municipal delegada pela Constituição, pois a este ente federativo não compete tipificar o que seja "orientação sexual" ou "identidade de gênero", matéria essa que repercute no direito civil e em registros públicos, que são competência **privativa** da União, de acordo art. 22, I e XXV, da CF/88. Dessa forma, há inconstitucionalidade por usurpação de competência privativa da União.

Leia-se o art.4º:

> Art. 4º **A critério** da Administração Pública e/ou do Infrator, a sanção de multa poderá ser convertida nas seguintes sanções alternativas:

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 30
SERVIDOR.
MAT. 6048

Aqui, não houve alteração alguma em relação ao projeto apresentado inicialmente, mantendo-se configurada a insegurança jurídica no trâmite processual da aplicação da sanção, em decorrência da utilização de critérios subjetivos que permitem discricionariedade na aplicação de sanções, o que é vedado no ordenameneto jurídico pátrio. Deve haver regras estabelecidas *previamente* que determinem o modo e quais são critérios para conversão, buscando-se impedir o uso do poder estatal de modo abusivo e parcial.

O art. 6º, posto no art. 1º do substitutivo do PLE 292/17 detém inconstitucionalidade flagrante, do mesmo modo o art.7º, inserido no art. 2º do projeto de substitutivo. Leia-se, abaixo, as transcrições dos artigos:

> Art.1º O caput e o parágrafo único, do art. 1º, o caput e os incisos do art. 2º, o art. 4º, o art. 5º e o art. 6º, da Lei nº 5.275, de 9 de setembro de 1997, passam a ter a seguinte redação:
>
> [...]
>
> Art. 6º **As denúncias de atos discriminatórios poderão ser encaminhadas para a SEMUR** através de:
> I – Iniciativa direta da parte ofendida;
> II – Centros de Referência e Promoção da Cidadania LGBT;
> III – Disque Cidadania LGBT;
> IV – Conselho de Direitos da População LGBT de Salvador;
> V – Terceiros interessados, na forma do art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal de 1988.
>
> Parágrafo único A apuração das denúncias encaminhadas à SEMUR deverá observar os princípios do contraditório e da ampla defesa.
>
> Art. 2º Acrescenta os artigos 1º-A e 1º-B, 7º, 8º e 9º à Lei nº 5.275, de 09 de setembro de 1997 que se seguem:
>
> [...]
>
> Art. 7º **Concluindo, a SEMUR, que o fato apurado se trata de crime**, além da aplicação das sanções previstas nesta Lei, deverá remeter cópia da integralidade do processo administrativo ao Ministério Público do Estado da BAHIA e às demais autoridades competentes para as medidas cabíveis.

Ora, é inconstitucional qualquer norma não instituída pela União, que não seja emenda constitucional, que confira a qualquer outro órgão público atribuições ou competência para que possam receber e, principalmente, apurar se o fato se trata de crime.

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 31
SERVIDOR.
MAT. 6046

Isso fere frontalmente o art. 144, §4º, da Constituição Federal de 1988, que atribui às polícias civis a apuração de infrações penais. Senão, veja-se:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Ainda que a norma expresse que a SEMUR "deverá remeter cópia da integralidade do processo administrativo ao Ministério Público do Estado da BAHIA e às demais autoridades competentes para as medidas cabíveis", isso não desfaz o vício do conteúdo normativo, porque é vedado constitucionalmente a atribuição da apuração de crimes à qualquer outro órgão que não a polícia civil (art. 144. §4º, CF/88), sendo juridicamente impossível a secretaria municipal emitir ato que determine se o fato é crime ou não.

Outrossim, conforme o art. 1-B a ser inserido na Lei 5275/97, de acordo o art.2º do projeto de substitutivo, não pode lei municipal determinar o que é "ato discriminatório", seja porque tal expressão é um tipo penal, seja porque as tipicidades trazidas pela referida norma já são tipificadas na legislação penal.

Tanto é verdade que quando se tipificou na Lei 7719/89 condutas criminosas "resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (art. 1º, Lei 7719/89), o processo legislativo se deu pelo Congresso Nacional, justamente por ser competência privativa da União legislar sobre direito penal (art. 22, I, CF/88). E, diga-se de passagem, que as condutas descritas no projeto de lei 292/17 como atos discriminatórios são bastante semelhantes ao da lei federal, o que demonstra a inexistência de competência municipal, por se tratar de tipos penais, não podendo o poder legislativo deste ente federativo inserir no ordenamento normas com este conteúdo.

Veja-se estes artigos ainda a serem incluídos no substitutivo:

> Art. 9º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
FL. 32
SERVIDOR.
MAT. 6046

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Novamente não se atendeu ao art. 8 da Lei Complementar 95/98, em virtude do artigos acima transcritos do presente projeto trazer comando normativo que determina a entrada em vigor na data de publicação. Ainda que não houvesse as inconstitucionalidades apresentadas, não poderia haver a sua aprovação, já que não é razoável - e legal - a aprovação de uma lei que traz sanções e punições sem tempo hábil para a publicidade entre os cidadãos. Veja-se:

> Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão

Por fim, a iniciativa proposta contraria a Lei Orgânica como fere o Regimento Interno em seu Artigo 188 ao criar atividades que demandarão pessoal especializado e impressão de material de divulgação da SEMUR, gerando custo não previsto no orçamento vigente nem futuros o que também contraria a Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 15 e 16).

Face ao exposto, voto pela **REJEIÇÃO** deste projeto e, consequementemente, seu arquivamento.

Sala das Sessões, 13 de abril de 2018

Alexandre Aleluia
Vereador – Partido Democratas