

## **PARECER**

**Processo nº. 2039942-15.2017.8.26.0000**

**PROPONENTE: DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO  
SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL.**

**INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC), ARTIGO 19  
BRASIL e PASTORAL CARCERÁRIA, vêm respeitosamente, apresentar parecer acerca da  
constitucionalidade da Lei nº. 16.612/17 que instituiu o “Programa de Combate a  
Pichações no Município de São Paulo”, a pedido do proponente desta ação DIRETÓRIO  
ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL.**

## 1. DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA DESSE PARECER

Será demonstrado neste item que o trabalho realizado pelas organizações Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Pastoral Carcerária e ARTIGO 19 possui vínculo direto e inequívoco com o tema tratado nesta ação.

Primeiramente, é importante pontuar que a Lei nº. 16.612/17, ao instituir o “Programa de Combate a Pichações no Município de São Paulo”, define as condutas relativas ao ato de “pichar” (art. 3º, caput), determina multas (art. 4º), Termo de Reparação (art. 5º), inscrição no Cadin (art. 6º), direcionamento dos valores arrecadados (art. 7º) e restrição para contratação pela Administração (art. 8º). Assim, é evidente que a aplicação de tais disposições à realidade causam uma série de impactos ao sistema carcerário, à justiça criminal e aos direitos humanos não somente das pessoas que realizam os atos definidos na referida lei, como também de toda a sociedade.

Isso porque, está sendo colocada em prática na cidade de São Paulo uma política de criminalização e estigmatização da pichação, que tem trazido como resultado o aumento alarmante de detenções por atos considerados como pichação.

**Em matéria publicada pelo jornal o Estado de São Paulo<sup>1</sup>, foi constatado que apenas nos quatro primeiros meses de 2017 já há mais detidos por pichações na capital paulistana do que em todo o ano de 2016. Além disso, por meio de pedido de informação enviado à Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo foram obtidos dados de que apenas no período de janeiro a maio de 2017, 879 pessoas foram detidas na cidade, o que demonstra que se o número de detenções mensais se mantiver ao todo serão 2109 detenções por pichação, mais do que o triplo do ano anterior.**

Assim, não há dúvidas de que o tema desta ação possui relação direta com a atuação do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e da Pastoral Carcerária, uma vez que, como já mencionado no pedido de ingresso, estas organizações trabalham com temas que dizem respeito ao sistema carcerário e à garantia de direitos fundamentais, bem como no desenvolvimento de ações contra políticas de caráter punitivistas e estigmatizantes das pessoas.

---

<sup>1</sup> Disponível em <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,ja-ha-mais-detidos-por-pichacoes-do-que-em-todo-o-ano-passado,70001748255>. Acesso em 11 de julho de 2017.

Destaca-se que o Instituto Terra Trabalho e Cidadania apresentou em fevereiro de 2017 a Agenda Municipal para Justiça Criminal que dialoga diretamente com a existência de políticas municipais que tem relação com justiça criminal, a exemplo da Política de Combate a Pichação.

No que se refere ao vínculo desta ação com os direitos humanos, este se dá em razão da pichação, independente das importantes discussões que a circundem, ser uma modalidade de expressão que, qualquer outra, está assegurada pelo direito à liberdade de expressão e não deve ser restringida de modo ilegítimo. Ocorre que, o conjunto de medidas estabelecidas na Lei nº. 16.612/17, objeto de discussão desta ação, é desproporcional e inaceitável. As multas exorbitantes, a pena perpétua, os cadastros com violação à privacidade, dentre outros aspectos relativos ao processo político que culminou com a aprovação da lei constituem um cenário extremamente inibidor para o direito à liberdade de expressão, o qual é imprescindível para para a “consolidação e desenvolvimento da democracia” e inclusive para o desenvolvimento da “compreensão e cooperação entre os povos”<sup>2</sup>.

Portanto, sendo a pichação compreendida como um exercício da liberdade de expressão, não há dúvidas quanto à conexão entre a questão tratada nesta ação e as atividades desenvolvidas pela **ARTIGO 19**. Isso porque, a organização possui como foco a proteção e promoção dos direitos à liberdade de expressão e acesso à informação pública, garantidos por uma série de tratados internacionais de direitos humanos, muitos dos quais o Brasil é signatário.

Especificamente sobre a liberdade de expressão, a **ARTIGO 19** desenvolve ativamente uma série de atividades e ações para assegurar este direito, bem como os direitos culturais, sob o entendimento de que estes são princípios universais que devem ser amplamente discutidos e consolidados a partir de uma legislação, fundamentos e práticas realmente democráticos. Dessa forma, a organização, conforme prevê o seu Estatuto Social, desenvolve plenamente seus objetivos para a efetivação dos direitos à liberdade de expressão e acesso à informação.

Por fim, depreende-se que a repercussão da **legislação objeto dessa ação possui ligação direta e inequívoca com as atividades desenvolvidas por todas as entidades petionantes**, já que estas desenvolvem ações ligadas à proteção dos direitos humanos, e em particular na área de justiça criminal e no sistema carcerário.

---

<sup>2</sup>Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic21.Principles%20Freedom%20of%20Expression.htm>

## 2. DO DESRESPEITO AO REGIME DEMOCRÁTICO NA APROVAÇÃO NO TRÂMITE DO PROJETO DE LEI.

Como bem argumentado no pedido inicial, é nítido o caráter antidemocrático da aprovação do projeto de lei 56/2005 que deu origem a Lei Municipal nº 16612/17, vez que não passou com qualquer discussão com o titular do poder constituinte, o povo.

O projeto de lei 56/2005, na sua origem, dispunha apenas sobre a criação de um “disque – pichação”, que consistiria na disponibilização de um 0800 específico para denúncias de atos de pichação.

Na Comissão de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente foram realizadas duas audiências públicas sobre a criação desse serviço telefônico. Sobre o mesmo tema a Comissão de Constituição e Justiça deu seu parecer pela legalidade, assim como as Comissões de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente; de Administração Pública; e de Finanças e Orçamento.

Dessa forma, **durante 12 anos** a Câmara dos Vereadores restringiu sua discussão sobre o **projeto de lei à criação de um “Disque pichação”**, sem qualquer consideração a respeito do desenvolvimento de um “*Programa de Combate a Pichações no Município de São Paulo*”, algo muito mais abrangente do que um 0800.

Com o início do novo mandato na Prefeitura municipal, vem à tona a ideia de criação de um programa de combate à pichação o quanto antes. A partir disso, ele passou a perquirir qual seria a maneira mais rápida de se chegar a esse objetivo, momento em que decidiu com a sua bancada pela apresentação de um substitutivo ao Projeto de Lei 56/2005, na época arquivado.

Assim, apresentou substitutivo inteiramente inovador em relação ao que se vinha discutindo, e no sopesamento entre o atendimento a um apelo midiático, de respostas rápidas e fáceis a “problemas” antigos e complexos, e o respeito a um procedimento democrático, escolheu pela primeira opção. Por esse motivo, em pouquíssimos meses, o Prefeito sancionou a Lei Municipal nº. 16612/17, objeto da presente ADI, sem qualquer discussão com os munícipes.

A participação popular no processo legislativo é um objetivo a ser constantemente almejado por regimes democráticos, na medida em que permite a construção de normativas com base no pluralismo de ideias e pontos de vista, bem como garante que a sociedade civil possa contribuir neste processo de forma a garantir a proteção e promoção dos direitos humanos. O direito à participação nos processos políticos é uma garantia prevista em

dispositivos internacionais de direitos humanos como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 25, que é interpretado de forma extensiva, de forma a garantir também a participação indireta por meio da “influência pelo debate público e diálogo com seus representantes ou pela sua capacidade de organização coletiva”<sup>3</sup>.

Para que a participação se concretize, é essencial que os processos de elaboração e aprovação de leis sejam fortemente marcados pela plena transparência e abertura dos debates, de forma que a sociedade, em geral, possa ter acesso a todas as informações necessárias para que possa formar suas convicções e contribuir de forma qualificada. A necessidade de transparência para a participação popular decorre do direito fundamental ao acesso à informação, consagrado na Constituição Federal<sup>4</sup>, na Lei de Acesso à Informação<sup>5</sup>, e em padrões internacionais, que enfatizam o direito de buscar, receber e compartilhar informações de qualquer natureza como um direito humano básico<sup>6</sup>.

Em relação à participação popular no processo legislativo e seus mecanismos, específicos, um grupo de relatores especiais da ONU para questões como a Liberdade de Expressão e Informação e o Direito de Reunião Pacífica e Associação manifestaram-se no sentido de que “as consultas públicas no processo legislativo são um elemento sempre indispensável ao desenvolvimento de políticas e na preparação de legislação”.<sup>7</sup>

No processo em discussão, é patente que estes procedimentos não foram observados, o que resultou na violação do direito de participação. Com a apresentação do substitutivo integralmente inovador não se abriu nova oportunidade para que a população pudesse se apropriar da proposta e a partir disso levantar críticas e sugestões sobre o programa. De fato, existiu ampla divulgação sobre a intenção do Prefeito de sancionar legislação visando a reprimir a pichação na cidade. Contudo, não se publicou no que consistiram as propostas do Prefeito e medidas repressoras de uma conduta podem ser de diversas ordens: preventivas, reativas, de ordem administrativa, civil, penal e etc. Desta forma, não era possível prever o que estava por vir nessa legislação, reforçando a gravidade da ausência de transparência.

Nesse processo, os munícipes apenas puderam debater as medidas propostas com a legislação já aprovada, atuando verdadeira inversão dos valores constitucionalmente garantidos, já que, em um estado democrático de direito, em que o poder emana do povo, é

<sup>3</sup> Fonte: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/102/59/PDF/G0010259.pdf?OpenElement>

<sup>4</sup> Art.5º (...) XXXIII “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)”

<sup>5</sup> Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)

<sup>6</sup> Fonte: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)

<sup>7</sup> Fonte: <https://nacoesunidas.org/brasil-relatores-da-onu-alertam-que-lei-antiterrorismo-e-muito-ampla-e-pode-restringir-direitos/>

dele que devem partir os processos de mudança, apenas externados pelo legislativo. Em um estado democrático de direito a tomada de decisão é de baixo para cima, e não o contrário.

E esse é um dos motivos pelos quais a Lei Municipal nº. 16612/17 deve ser declarada inconstitucional, pois é inadmissível que leis sejam aprovadas a revelia de discussões com a população.

O fundamento jurídico para a declaração da inconstitucionalidade é o princípio da simetria, pois, por óbvio, o Estado democrático de direito é uma disposição de repetição obrigatória nas Constituições estaduais, já que é um princípio constitucional sensível. A sua inobservância no processo legislativo que deu origem a lei municipal em comento viola a Constituição do Estado de São Paulo, sendo medida de rigor a declaração da inconstitucionalidade pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça.

### **3. DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA PENA PERPÉTUA E DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O artigo 8º da Lei Municipal nº. 16612/17 informa que:

“O autor ou autores do ato de pichação presos em flagrante delito ou que forem posteriormente identificados não poderão ser contratados pela Administração Direta e Indireta Municipal para exercer atividade remunerada”.

Isso significa que basta a autuação policial, ou mesmo uma notícia posterior do ato de pichar, para que uma pessoa seja cabalmente identificada como “pichadora” e, em razão disso, não possa vir a ser funcionária pública municipal durante toda sua vida, salvo se assumir culpa mediante Termo de Compromisso de Reparação da Paisagem Urbana e não for reincidente.

A disposição é inconstitucional e viola garantias básicas do cidadão. Em um único artigo verificamos ao menos três violações a princípios de repetição obrigatória nas constituições estaduais: o dever de observância do devido processo legal; a vedação de pena perpétua; e vedação a que se produza prova contra si mesmo (art. 5º, LIV e XLVII, b e LXIII da CF).

Não pode ser admitida em nosso ordenamento jurídico uma legislação que preveja a não observância do devido processo legal na apuração de uma conduta, admitindo como único elemento de convencimento o flagrante ou mesmo notícia posterior que sequer se sabe como

será comunicada, tendo como consequência pena tão gravosa como a impossibilidade de contratação pela administração municipal. Pela disposição do artigo 8º da referida lei, não é necessária sequer a existência de um processo criminal ou administrativo em curso para que esta pena perpétua seja aplicada.

Não obstante, a criação de uma pena perpétua pelo município gera, ao mesmo tempo, uma inconstitucionalidade formal e outra material. A primeira ocorre porque a Constituição Federal é expressa ao definir, em seu art. 22, I, que a competência para legislar em matéria penal é privativa da União. Ora, a impossibilidade de ser contratado por toda a administração municipal direta ou indireta nada mais é do que a criação de uma pena que não está prevista em nosso Código Penal, o que não compete ao município. Além disso, o município também violou a competência da União para a criação de legislação em matéria criminal ao ampliar no art. 3º da Lei 16.612/2017 a definição do crime de pichação para “rabiscar, desenhar, escrever borrar”, indo além do previsto na Lei Federal 9605/98.

A inconstitucionalidade material consiste na violação da previsão do art. 5º, XLVI que veda a criação de penas de caráter perpétuo. Da mesma forma, a impossibilidade de contratação pela ampla gama de órgãos que compõe a administração municipal direta ou indireta é uma pena que, diferentemente das previstas no ordenamento jurídico brasileiro, terá duração para todo o sempre.

Nesse sentido, evidente que a disposição prevista no art. 8º da Lei Municipal 1662/14 não se sustenta.

Ainda, deve-se levar em consideração a amplitude dos alcances desta inconstitucionalidade, tendo em vista que a aprovação da mencionada lei está em consonância com a execução de uma política que tem sido colocada em prática na cidade de São Paulo e tem aumentado de forma significativa a quantidade de pessoas detidas em razão de atos considerados como pichação. **Segundo levantamento realizado pelo jornal o Estado de São Paulo<sup>8</sup>, de janeiro a abril de 2017 já há mais detidos por pichações na cidade de São Paulo do que em todo o ano de 2016.**

Em resposta a pedido de acesso à informação feito pelo Instituto Terra Trabalho e Cidadania a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, foi informado que no ano completo de 2016 ocorreram 729 detenções pelo crime de pichação tipificado pela Lei 9605/98. No ano de 2017, apenas no período de janeiro a maio, 879 pessoas já foram detidas. Se o número de detenções mensais se mantiver, e se a inconstitucionalidade da mencionada

<sup>8</sup> Disponível em <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,ja-ha-mais-detidos-por-pichacoes-do-que-em-todo-o-ano-passado,70001748255>. Acesso em 11 de julho de 2017.

lei não for declarada, ao todo serão 2109 detenções por pichação, mais do que o triplo do ano anterior.

**Isso significa que a aprovação desta lei tem sido acompanhada de uma política de priorização da sua execução, e que todas essas pessoas ficarão submetidas a uma inconstitucional pena perpétua e, caso se enquadrem no disposto da legislação, jamais poderão trabalhar para a administração municipal.**

Ademais, para o devido dimensionamento do tamanho da violação constitucional perpetrada pelo mencionado dispositivo, vale breve comparação com as cláusulas pétreas. A Constituição Federal estabelece como rígido limite ao poder de reforma constitucional disposições tendentes a abolir os princípios constitucionais sensíveis, que são os elementos centrais ao nosso estado democrático e a sua forma federativa, abrangendo expressamente os direitos e garantias individuais.

Assim, se a própria Constituição Federal estabelece como barreira intransponível previsões legais como a veiculada no art. 8º da lei de pichação, entendendo como um limite material intransponível ao poder constituinte, da mesma maneira devem se guiar disposições veiculadas ao controle das constituições estaduais. Assim, patente a violação do art. 8º da lei da pichação a Constituição do Estado de São Paulo.

Novamente, invoca-se como argumento jurídico o princípio da simetria enquanto fundamento da declaração de inconstitucionalidade, já que os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal são de repetição obrigatória nas constituições estaduais, fazendo com que disposições que contrariam o devido processo legal, a vedação a pena perpétua e o direito ao silêncio (ou não realização de prova contra si mesmo) violem a constituição do estado de São Paulo.

#### **4. DA INCONSTITUCIONALIDADE PELA FALTA DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS PENAS DA LEI Nº. 16612/17**

O art. 4º da Lei Municipal nº. 16612/17 informa:

“Art. 4º O ato de pichação constitui infração administrativa passível de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), independentemente das sanções penais cabíveis e da obrigação de indenizar os danos de ordem material e moral porventura ocasionados.



§ 1º (VETADO)

§ 2º Se o ato for realizado em monumento ou bem tombado, a multa será de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), além do ressarcimento das despesas de restauração do bem pichado.

§ 3º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro”.

O mencionado artigo, assim como o art. 8º, foi redigido de forma atécnica e em violação a princípios constitucionais básicos, como o da proporcionalidade e razoabilidade.

A disposição, sem dar margem a qualquer tipo de interpretação e adaptação ao caso concreto, estabeleceu rigidamente pena de multa de valores fixos, apenas diferenciando o primário do reincidente, sem permitir adequada ponderação de acordo com o caso concreto, trazendo grandes problemas à sua aplicação prática.

O problema na aplicação prática decorre da falha do trabalho legislativo, cartesiano e afastado das diversidades próprias da vida, tornando a previsão do art. 4º da Lei de Pichação niveladora de situações muito díspares.

Como os doutos magistrados bem sabem, em razão da sua atuação, disposições legislativas engessadas como essas, além de inconstitucionais, nivelam de maneira superficial situações múltiplas, fazendo com que casos distintos sejam equiparados, quando não deveriam. Isto gera decisões injustas, desproporcionais, desarrazoadas.

Em uma análise puramente normativa, fica muito clara a impossibilidade de se dar a mesma punição daquele que grafitou uma parede inteira àquele que apenas desenhou uma letra, pois isso é desproporcional.

Uma boa lei é aquela dentro dos parâmetros constitucionais, que confia na atuação criteriosa dos responsáveis pela sua aplicação e permite que sua previsão se adeque ao caso concreto. Não por outro motivo as penas têm um patamar mínimo e máximo, que os danos morais e material são arbitrados pelos magistrados e não numericamente no código civil, etc.

Em relação a este ponto, é essencial ressaltar, conforme será aprofundado mais adiante, que a proporcionalidade é um princípio basilar da ordem jurídica democrática, cujo desenvolvimento se deve à necessidade de estabelecimento de parâmetros para a restrição de direitos fundamentais em eventual conflito. Dessa forma, se a dosimetria de penas e a aplicação de sanções são norteadas pelo princípio da proporcionalidade uma vez que

implicam limitações ao exercício de direitos, no caso concreto também é essencial que este princípio seja observado, sob pena de excessivo comprometimento de direitos e garantias fundamentais como a privacidade e a liberdade de expressão, conforme se verá posteriormente.

Tanto é que sua origem, junto ao princípio da razoabilidade, é a legalidade, remontando à necessidade de limite a um poder arbitrário, excessivo. Assim, os princípios, como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento em um contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de proteção, como o controle de constitucionalidade de atos de natureza administrativa ou legislativa.

Nesse sentido, lei que pune da mesma maneira o autor de uma conduta maior ou menor, é arbitrária.

Dessa forma, e não restando dúvida sobre a falta de razoabilidade e proporcionalidade da disposição em comento, é medida obrigatória a declaração de inconstitucionalidade com fulcro no princípio da simetria que determina como de repetição obrigatória nas constituições estaduais princípios elementares a ideia central da Constituição Federal, ainda que implícitos, como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

## **5. DA INCONSTITUCIONALIDADE PELA VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE**

Para além das referidas sanções, a lei impugnada também prevê outros mecanismos que geram preocupação do ponto de vista da proteção e promoção de direitos fundamentais. Dentre eles, destaca-se a criação de cadastros oficiais, disciplinados nos artigos 8º, § 1º e 11, III da Lei, conforme segue:

Art. 8º (...)

§ 1º As Prefeituras Regionais, nas áreas das respectivas competências, manterão cadastro atualizado dos infratores apenados nos termos desta lei, contendo os números do documento de identidade e da inscrição no Cadastro de Pessoa Física – CPF do Ministério da Fazenda, data de nascimento, filiação e endereços residencial e comercial.

(...)

Art. 11. Constituem infrações administrativas punidas com multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao estabelecimento comercial:

(...)

III – não manter cadastro atualizado dos adquirentes do produto com nome, endereço, números de Cédula de Identidade e de Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do Ministério da Fazenda, marca e cor da tinta adquirida.

Verifica-se, portanto, duas possibilidades de registro de dados pessoais em decorrência de envolvimento (em maior ou menor medida) com as atividades consideradas ilícitas segundo a nova lei: a primeira, para aqueles indivíduos “infratores”, que tenham sido “apenados”, isto é, que tenham sofrido as sanções impostas pela Lei Municipal nº 16.612/17.

Em relação a este aspecto, vale ressaltar que se trata de medida correlata às outras sanções previstas e anteriormente discutidas e, dessa forma, é atingida pelos mesmos vícios já apontados, com destaque para a ausência do devido processo legal na aferição de culpa e aplicação das respectivas punições. Isso significa que um flagrante ou posterior notícia de ocorrência de “pichação” são suficientes para fazer constar os dados pessoais de indivíduos atrelados à conduta, sem que se explicita o objetivo da custódia destes dados, o uso que deles será feito ou quaisquer outras informações.

Tal prática é confirmada em resposta dada ao pedido de informação realizado pela ARTIGO 19 à Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais, no qual esta informa que “para lavrar multa a pichador, é preciso flagrá-lo, abordá-lo e colher seus dados pessoais”. Assim, não há dúvidas de que, imediatamente após ser flagrada a realização da “pichação”, os dados pessoais dos indivíduos são colhidos e armazenados pelo órgão.

Além disso, considera-se grave que a Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais tenha informado que “os níveis de acesso ao cadastro ainda estão em fase de definição de regras” ao ser questionada em um pedido de informação sobre quais autoridades e órgãos possuem acesso aos dados pessoais armazenados. É preocupante que um Programa que já está sendo aplicado ainda não tenha **regras claras e específicas** sobre quais são os servidores da Administração Pública que possuem acesso aos dados pessoais dos indivíduos.

Ainda, em relação à segunda hipótese de cadastro, as mesmas críticas são plenamente cabíveis, porém a situação agrava-se na medida em que (i) a obrigação de realizar o cadastro recai sobre particulares e (ii) trata-se de um cadastro “preventivo”, não necessariamente relacionado à existência de qualquer conduta ilícita. A previsão legal, neste caso, obriga os comerciantes a guardarem registros detalhados de adquirentes de tintas aerosol, sob pena de sofrerem multa de R\$ 5.000,00 e risco de suspensão total ou parcial de suas atividades. A medida parece sugerir a possibilidade de que se “rastreiem” infratores com base na análise de tintas utilizadas em atos de pichação.

Esta previsão legal tem sido aplicada em casos concretos, conforme resposta dada ao pedido de informação feito pela ARTIGO 19, no qual a própria Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais atestou que a Prefeitura Regional da Sé já lavrou “auto de multa” para um estabelecimento que não teria cumprido as determinações dos artigos 8º, § 1º e 11, III da Lei. Também salta aos olhos a informação dada pela Secretaria, em resposta a este mesmo pedido de informação, de que os estabelecimentos “serão solicitados a apresentar informações sobre seus compradores toda vez que forem fiscalizados por um agente vistor, tanto de ofício, quanto através de denúncias por meio dos canais oficiais da Prefeitura”.

Observa-se que a segunda hipótese de cadastro é questionável por diversos aspectos, a começar pelo fato de que, ainda que as autoridades competentes sejam capazes de ultrapassar os obstáculos técnicos para a identificação de tintas, é uma verdade incontestável que não há garantia de que a pessoa que adquira determinado produto seja a mesma pessoa a utilizá-lo. Dessa forma, se utilizado com este fim prático, o cadastro é efetivamente inócuo e não há garantia de que possa trazer algum resultado efetivo.

Entretanto, ainda que houvesse uma utilidade concreta destacada na elaboração dos referidos cadastros, nos parece ser imprescindível uma ponderação entre o suposto interesse público por trás de tal medida e os direitos por ela atingidos. Uma vez que nem tal utilidade, nem o interesse público restam demonstrados, diante a vagueza da própria elaboração do texto legal, pode-se concluir que a exigência é uma medida desnecessária e extremamente onerosa, tanto para os comerciantes que devem arcar com este dever, quanto para os compradores, cuja privacidade, direito garantido pelo art. 5º, inciso X da Constituição Federal<sup>9</sup>, é frontalmente violada.

No que concerne aos lojistas, há que se levar em consideração que a previsão do art. 11, III transfere uma obrigação para o particular sem, por outro lado, padronizar o tipo de cadastro a ser realizado, deixando às lojas, que muitas vezes sequer possuem um sistema automatizado, a responsabilidade pela guarda de dados pessoais dos indivíduos. Mais grave do que esta exigência, entretanto, é o acesso indiscriminado destes particulares a dados, em um cadastro associado diretamente a uma atividade cercada por estigma, aos quais provavelmente não teriam acesso em condições normais. Tal situação contraria os padrões internacionais de direitos humanos contidos em documentos da ONU, que caracterizam a privacidade como “a capacidade dos indivíduos de determinar quem guarda informações sobre eles e como esta informação é utilizada”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> “Art. 5º, X (...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

<sup>10</sup> Fonte: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/133/03/PDF/G1313303.pdf?OpenElement>

Em suma, este caso representa uma verdadeira compulsoriedade na entrega dos dados, que passam a ser livremente conhecidos por diversas pessoas, sem que haja, por outro lado, a demonstração da sua necessidade, do interesse público que a justifica ou sequer dos fins a que se destina.

Embora os comerciantes possam acessar os referidos dados - e considerando toda a problemática já exposta - , obviamente o seu destinatário final é o Município, ente que, vale lembrar, pode ter acesso, por outros meios, a diversas informações de seus munícipes. Nesse caso, entretanto, não se trata do mero acesso a dados pessoais dos indivíduos pelo Poder Público, mas de informações específicas relativas a compras lícitas realizadas por cidadãos, e que não seriam coletadas em outras circunstâncias, o que invade a esfera da privacidade destas pessoas.

Assim, o cadastro dos pichadores insere-se em contexto que merece uma leitura global do dispositivo legal impugnado, cujo espírito é de combate a todo custo às práticas de pichação e a qualquer pessoa relacionada, de qualquer forma, a ela. Dessa forma, a análise conjunta de todos os pontos levantados ao longo deste documento – o estigma sobre a pichação, o ímpeto de combate e “solução” do problema, a elaboração de sanções desproporcionais e, por fim, a obrigatoriedade de criação de cadastros – sugere um descuido geral com a proteção e garantia de direitos fundamentais, suprimidos em favor do objetivo declarado de extirpar a pichação. Diante deste contexto, os cadastros, em poder da Administração municipal, funcionam como verdadeiros registros de “antecedentes”: no caso art. 8º, § 1º sem o devido processo legal e no caso do art. 11, III, ainda mais contestável, sem que sequer haja qualquer conduta ilícita envolvida.

Tal preocupação estende-se para outros aspectos correlatos da Lei nº16.612/17, com destaque para a “posterior identificação” de supostos autores de pichação. Embora não seja explicitada a forma de identificação, pode-se pressupor que a utilização de câmeras dispostas pela cidade de São Paulo deva cumprir um importante papel nesta identificação.

Sem adentrar na avaliação sobre a efetividade e legalidade do uso de tais equipamentos, novamente deve-se ter em conta o cenário de crescente estigmatização e criminalização da pichação, bem como os elementos previamente mencionados da lei atacada, que podem sugerir a ideia de uma vigilância em massa contra a prática e todas as pessoas envolvidas de alguma forma a ela. Tal percepção é fortalecida pela previsão, na própria lei, da possibilidade de denúncias por particulares, bem como o estímulo a este tipo de comunicação

por outras vias<sup>11</sup>.

Neste ponto, é importante salientar novamente que os direitos fundamentais, inclusive a privacidade, estão sujeitos a restrições e que, inclusive, práticas de vigilância podem ser aceitáveis em determinados contextos democráticos. Entretanto, há uma série de limites, nos planos nacional e internacional, para que isso possa ser realizado sem que se comprometa excessivamente o exercício dos direitos. A este respeito, por exemplo, o então Relator Especial para Liberdade de Expressão da ONU pronunciou-se, em 2011:

“No entanto, tal interferência é permitida apenas se os critérios para limitações permissíveis sob a lei internacional de direitos humanos forem cumpridos. Assim, deve haver uma lei que defina claramente as condições em que o direito dos indivíduos à privacidade possa ser limitado em circunstâncias excepcionais e as medidas de usurpar este direito sejam tomadas com base em uma decisão específica por uma autoridade do Estado expressamente autorizada por lei a fazê-lo, geralmente o Judiciário, com a finalidade de proteger os direitos dos outros, como por exemplo, assegurar provas para evitar a execução de um crime e deve respeitar o princípio da proporcionalidade”<sup>12</sup>.

Evidentemente, o “vigilantismo” a que se refere a declaração não diz respeito à vigilância em massa, revelada como prática corriqueira de diversos Estados, e por diversos meios, por Edward Snowden a partir de 2013. Entretanto, a análise apresentada é a mesma que foi posteriormente materializada nos 13 Princípios Internacionais sobre a Aplicação Dos Direitos Humanos na Vigilância Das Comunicações<sup>13</sup>, já a partir deste contexto, e que é a base norteadora dos princípios internacionais de direitos humanos: restrições de direitos fundamentais, como aquelas causadas pelo vigilantismo em suas diversas formas, devem obedecer a fins legítimos, devem ser necessárias e proporcionais, e devem basear-se em normativas e regulamentos claros e transparentes.

No caso em tela, é evidente que tanto a criação dos cadastros com dados pessoais de “infratores” e de compradores de tinta aerosol, como os métodos de “posterior identificação” e denúncia não se ativeram à busca por um equilíbrio de direitos ou interesses conflitantes; pelo contrário, sob o pretexto de defesa do interesse da sociedade no fim da pichação,

<sup>11</sup> Fonte: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/doria-faz-acordo-para-taxista-denunciar-pichador-e-vai-plantas-onde-havia-grafite.ghtml>

<sup>12</sup> Fonte: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)

<sup>13</sup> Fonte: <https://pt.necessaryandproportionate.org/text>

oficializaram-se mecanismos desnecessários e desproporcionais, que não podem ser mantidos no ordenamento jurídico.

## 6. DA VIOLAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Neste ponto, é importante esclarecer que o objetivo deste item não é realizar uma discussão profunda acerca da natureza da pichação. Porém, a respeito deste complexo debate, basta dizer que, ainda que haja uma série de ponderações e reflexões que devem ser realizadas pelo Poder Público e pela sociedade a respeito da pichação, é evidente que o ato de pichar compreende uma modalidade de expressão.

Os padrões internacionais reconhecem todo tipo de discurso, em regra, como exercício da liberdade de expressão, que pode ser veiculada por qualquer meio. Isso inclui, segundo decisões como a do caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*<sup>14</sup>, ideias que ofendam, choquem, inquietem, ou perturbem a sociedade ou o próprio Estado. Isso porque a liberdade de expressão é um corolário dos Estados democráticos e constitui-se como um dos mais celebrados direitos humanos, previsto em tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>15</sup> e a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>16</sup> e também nos ordenamentos pátrios. O respeito e promoção ativa desta liberdade são essenciais para a “consolidação e desenvolvimento da democracia” e inclusive para o desenvolvimento da “compreensão e cooperação entre os povos”.<sup>17</sup>

**A grande questão, portanto, reside em se a liberdade de expressão nestes casos deve ou não ser parcialmente ou integralmente restringida com o fim de proteger outros direitos igualmente consagrados.** Trata-se de uma questão de equilíbrio: se, de fato, é inegável que há questões relativas à proteção do patrimônio público e privado que merecem atenção, por outro, não se pode tratar a “pichação” como “caso de polícia” sem que se direcione um olhar mais profundo sobre o tema.

Feitas estas considerações iniciais, o ponto que se pretende aqui sustentar é que, diante de um tema com contornos bastante indefinidos, não se deva criar medidas desproporcionais e, em última instância, violadoras da liberdade de expressão. Dessa forma, em um regime democrático, deve haver a possibilidade de restrições legítimas ao exercício de direitos fundamentais, em especial quando colidem com outros de igual importância. No entanto, como já se defendeu exaustivamente neste documento, estas restrições devem ser limitadas e

<sup>14</sup> Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, supra nota 12, párr. 110;

<sup>15</sup> Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)

<sup>16</sup> Fonte: Resolução da Assembleia Geral da ONU 217A(III), adotada em 10 de Dezembro de 1948

<sup>17</sup> Fonte: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic21.Principles%20Freedom%20of%20Expression.htm>



balizadas por parâmetros claros, para que uma eventual limitação de um direito não se torne verdadeira criminalização.

É o que se extrai do consagrado "teste das três partes", um parâmetro para restrições legítimas à liberdade de expressão previsto no art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>18</sup>. Este artigo determina que quaisquer restrições devem ser previstas em leis claras, devem servir à proteção de fins legítimos (como a honra e a reputação de terceiros, a segurança nacional, a ordem e moral públicas) e, por fim, devem ser necessárias à consecução destes fins. Em relação a este último ponto, trata-se de uma aplicação do princípio da proporcionalidade, discutido previamente.

A este respeito, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, por meio de seu Comentário Geral nº 34 sobre o Pacto, salientou: "Restrições não devem ser excessivas. O Comitê observou no Comentário nº 27 que 'medidas restritivas devem conformar-se ao princípio da proporcionalidade, devem ser apropriadas para atingir sua função protetiva e devem ser o meio menos intrusivo dentre os disponíveis para este fim; elas devem ser proporcionais ao interesse protegido...' "<sup>19</sup>

No caso concreto, pode-se dizer, em primeiro lugar, que não houve uma discussão qualificada, pública e transparente a respeito dos diferentes aspectos da pichação e sua relação com a liberdade de expressão. **Além disso, mesmo que se considere que tal liberdade deve ser eventualmente restringida, o conjunto de medidas estabelecidas na lei questionada para "combater" a pichação, todas previamente discutidas, é desproporcional e inaceitável.**

As multas exorbitantes, a pena perpétua, os cadastros com violação à privacidade, dentre outros aspectos relativos ao processo político que culminou com a aprovação da lei constituem um cenário extremamente inibidor para a manifestação do pensamento, na medida em que ultrapassam os limites da razoabilidade e proporcionalidade. Dessa forma, deixam de ser uma restrição e passam a de fato violar e contribuir para um cenário de criminalização deste direito fundamental.

Tal cenário é evidenciado pelo fato de que a Lei nº 16.612 não surge em um vácuo; pelo contrário, ela está diretamente ligada a um processo político e midiático de condenação e estigmatização dos pichadores, o que torna mais visível a faceta de criminalização desta

---

<sup>18</sup> "3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas."

<sup>19</sup> Fonte; [http://direitoshumanos.gdcd.pt/2\\_1/IIPAG2\\_1\\_2\\_1\\_2.htm](http://direitoshumanos.gdcd.pt/2_1/IIPAG2_1_2_1_2.htm)



atividade e, por consequência, da própria liberdade de expressão. Quando se fala em criminalização de liberdades não se trata exclusivamente da aplicação de sanções penais, mas também da construção de medidas legais (de outras naturezas) excessivamente restritivas, associadas à propagação de um discurso público que tem como objetivo aprofundar a marginalização e estigmatização de determinados grupos.

Nesse sentido, pode-se entender que, além da violação à liberdade de expressão pela desproporcionalidade das restrições que a lei impõe, o cenário geral de criminalização também representa uma violação indireta a esta garantia essencial.

Em síntese, sustenta-se que a pichação, independente das importantes discussões que a circundem, é uma modalidade de expressão e que o debate jurídico a ser realizado centra-se na necessidade de restringi-la ou não para garantir outros direitos. No caso concreto, o processo legislativo antidemocrático que culminou na Lei nº 16.612, bem como seus dispositivos desproporcionais, ultrapassam qualquer restrição legítima que poderia ser eventualmente imposta à liberdade de expressão e contribuem para a sua efetiva criminalização.

## 7. DA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE LIBERDADE ARTÍSTICA E DE MANIFESTAÇÃO CULTURAL

A importância de se discutir a constitucionalidade desta lei está atrelada não apenas a uma discussão sobre o direito à liberdade de expressão, mas também a importância de criar desenvolver mecanismos que garantam o exercício de direitos culturais no âmbito municipal.

Nesse contexto, a Constituição Estadual de São Paulo garante **a todos o pleno exercício dos direitos culturais** (artigo 259), bem como salvaguarda expressamente a **liberdade de manifestação cultural**, garantindo seu incentivo (artigo 262).

Os **direitos culturais** são parte integrante e fundamental do que hoje se compreende como *direitos humanos*, sendo **expressamente positivados no plano de proteção internacional**, em especial no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU – documento que contempla expressamente a **liberdade de expressão e criação artística**

### ARTIGO 15

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) **Participar da vida cultural;**
- b) **Desfrutar o processo científico e suas aplicações;**
- c) **Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de**

*toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.*

2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de **assegurar o pleno exercício desse direito** incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a **respeitar a liberdade indispensável** à pesquisa científica e à **atividade criadora**.

4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Tal liberdade também colhe salvaguarda do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também da ONU, que em seu artigo 19.2 estabelece que “**toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha**”

Para verificar o cumprimento e delimitar as melhores práticas relacionadas aos direitos culturais, estabeleceu o Conselho de Direitos Humanos da ONU o mandato à sua Relatoria Especial no campo dos Direitos Culturais.

Tal órgão técnico das Nações Unidas elaborou, em 2013, o **Informe da Relatora Especial sobre os direitos culturais, Farida Shaheed, sobre o direito às liberdades de expressão e criação artísticas (A/HRC/23/34)**.<sup>[1]</sup>

Neste documento, que serve de diretriz sobre o entendimento internacional acerca do tema, delineou-se como forma de expressão da liberdade artística a chamada “arte pública”, que faz uso do espaço público, salientando que:

65. [...] Utilizar el espacio público para el arte es crucial, ya que permite a las personas, entre ellas las marginadas, acceder libremente a las artes, incluidas sus formas más contemporáneas, disfrutar de ellas y aportar a veces su contribución. En algunos casos, las expresiones y creaciones artísticas se utilizan en espacios públicos como forma pacífica de manifestar puntos de vista disidentes o alternativos.

Resta, pois, inegável que as manifestações artísticas no espaço público urbano se inserem no âmbito de proteção dos direitos culturais, e, na mesma linha, devem se amoldar

aos contornos estabelecidos pelos órgãos de supervisão internacional do cumprimento de deveres relacionados a tais direitos.

Nessa linha, padece de inconstitucionalidade a norma impugnada também diante da vagueza e limitação arbitrária ao discriminar as manifestações artísticas no Município de São Paulo.

Isto porque a Lei Municipal 14.451/2017 traz dissociação sensível de tratamento entre “pichação” e “grafite”:

Art. 3º Para fins de aplicação desta lei, considera-se ato de pichação riscar, desenhar, escrever, borrar ou por outro meio conspurcar edificações públicas ou particulares ou suas respectivas fachadas, equipamentos públicos, monumentos ou coisas tombadas e elementos do mobiliário urbano.

Parágrafo único. Ficam excluídos do programa instituído por esta lei os grafites realizados com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico.

A questão que se coloca é: **quem** dirá o que se enquadra como “pichação” e o que se enquadra como “grafite” e, ainda mais, “com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística”, especialmente quando a “tipificação” do que seja “pichação” conta com cláusulas de tamanha abertura como “riscar, desenhar, escrever, borrar”? A resposta decorrente da legislação em questão – e inaceitável do ponto de vista dos direitos culturais, garantidos nos instrumentos mencionados – é: o Poder Público municipal.

É dizer: a legislação impugnada deixa à plena discricionariedade do governo municipal a imposição de duríssimas (desproporcionais e inconstitucionais) sanções quando reputar determinada manifestação “pichação” e reconhecimento e proteção quando a reputar “grafite”, sem balizas objetivas bem delineadas.

Nesse ponto, novamente, é necessário verificar o que determina a Relatoria Especial da ONU para os direitos culturais, no corpo do documento já mencionado *supra*, em seu item 89:

f) Los Estados deben ocuparse de las cuestiones relativas a la utilización del espacio público para actuaciones o exposiciones artísticas. La regulación del arte público puede ser aceptable cuando este entra en conflicto con otros usos públicos del espacio, pero dicha **regulación no debe discriminar arbitrariamente a determinados artistas o contenidos**. Los actos culturales merecen el mismo nivel de protección que las protestas políticas. Debe alentarse a los Estados, instituciones privadas y donantes a que busquen soluciones creativas que permitan a los artistas exponer o actuar en el espacio público, por ejemplo ofreciéndoles espacios abiertos. Cuando proceda, **en particular en el caso de las obras de arte visuales permanentes, los Estados deben facilitar el diálogo y el entendimiento con las comunidades locales**.

Importante destacar que a Relatora Especial é expressa ao **proibir que o Estado estabeleça determinadas concepções particulares do belo ou sagrado a que se dará proteção oficial** (parágrafo 32), assinalando, ainda, que **as expressões e criações artísticas nem sempre transmitem uma mensagem ou informação específicos – não se podendo restringir a estas, tampouco a proteção estatal** (parágrafo 37).

Assim, a possibilidade de discriminação arbitrária trazida pela legislação a macula de inconstitucionalidade, pois desrespeita os direitos culturais cujo respeito é cláusula expressa estabelecida pela Constituição Estadual, consoante já indicado.

Ademais, como se verifica da recomendação “f” do item 89 do aludido **Informe da Relatora Especial sobre os direitos culturais, Farida Shaheed, sobre o direito às liberdades de expressão e criação artísticas (A/HRC/23/34)**, verifica-se que **a solução preconizada pelo direito internacional dos direitos humanos para o caso de obras de arte visuais permanentes é o diálogo e entendimento com as comunidades locais**, o que retira, novamente, a proporcionalidade da medida legislativa proposta.

Concluindo, a forma de regulamentação proposta viola também os direitos culturais constitucional e internacionalmente previstos, em especial no aspecto da liberdade de manifestação cultural e artística, por mais este motivo devendo ser reputada contrária aos ditames da Constituição Estadual e, portanto, inconstitucional.

## 8. CONCLUSÃO

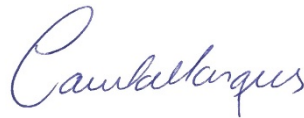
Diante dos argumentos apresentados, as organizações consideram que a Lei 16612/17 que instituiu a Política Municipal de Combate a Pichação viola direitos da Constituição Federal de repetição obrigatória na Constituição Estadual de São Paulo e, portanto, é inconstitucional.

São Paulo, 28 de agosto de 2017.



**Michael Mary Nolan**

Presidente do INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA  
OAB/SP 81.309



**Camila Marques**

Advogada e Coordenadora do Centro de Referência Legal da ARTIGO 19  
OAB SP 325.988



**Francisco de Barros Crozera**  
Advogado da Pastoral Carcerária  
OAB/SP 332622