

PARECER Nº 515/2010 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 63/10.

Trata-se de projeto de lei, de autoria do Nobre Vereador Atílio Francisco, que visa disciplinar o uso de banheiros em shopping centers localizados no Município de São Paulo, vedando a cobrança pelo seu uso e qualquer forma de discriminação, bem como determinando sejam os mesmos mantidos seguros e limpos.

O projeto pode prosperar, na forma do substitutivo ao final proposto.

A proposta envolve matérias que exigem considerações de diversas ordens.

De início analisaremos a questão da gratuidade no uso dos banheiros.

Os banheiros disponibilizados nos shopping centers integram o domínio do estabelecimento comercial e argumentos vários conduziram à conclusão de que estaria fora do alcance da legislação municipal franquear sua utilização de forma gratuita.

É que por intervir na relação contratual entre o shopping e seu cliente violada estaria a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil e Comercial (art. 22, inciso I, CF); que tratando-se de atividade econômica, a atuação do Estado com relação à iniciativa privada estaria restrita às funções de fiscalização, incentivo e planejamento, não podendo ser vinculante (art. 174, CF), havendo cerceamento da liberdade econômica; ou ainda que importaria restrição que não configura limitação administrativa, da espécie que sujeita o proprietário urbano à observância de posturas municipais ditadas por razões de interesse público, de natureza urbanística, sanitária ou de segurança, mas, ao revés, grave afronta ao exercício normal e ordinário do Direito de propriedade, assegurado no art. 5º, inciso XXII, da CF, cujas limitações também competiriam à União, conforme art. 22, incisos II e III, da Carta Magna.

Esta argumentação foi ventilada no âmbito de Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, as quais tinham por objeto leis que disciplinavam a gratuidade de estacionamento em estabelecimentos privados a pessoas determinadas (ADI 1.918-1 e ADI 3.710-2).

Contudo, no âmbito da própria ADI 3.710-2 acima mencionada, é certo que os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence já ponderaram que a matéria não é de tão fácil deslinde, merecendo a norma atacada considerações favoráveis à sua constitucionalidade, em razão de configurar-se aí não ofensa ao direito de propriedade, mas norma urbanística amparada no art. 24, inciso I, da CF, fundamentada ainda em outro preceito constitucional, qual seja o da função social da propriedade urbana.

Ademais, não se pode olvidar que no tocante ao exercício das atividades econômicas, as quais regem-se pelos princípios da livre concorrência, da livre iniciativa e da propriedade privada, embora seja permitido ao Estado, via de regra, a intervenção indireta, em que ele como agente regulador exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, "caput", CF), deve este mesmo Estado pautar sua atuação levando em consideração outros princípios constitucionais igualmente importantes expressos no art. 170, dentre eles justamente o da função social da propriedade (inciso III).

Vejamos abaixo o entendimento de Marçal Justen Filho:

"A função social da propriedade está expressamente determinada no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição (...) O regime jurídico geral da propriedade privada é produzido pelas normas privatísticas, de natureza civil e comercial. Essas normas são editadas pela União, no exercício de competência legislativa privativa (Constituição Federal, art. 22, I). Mas é assegurada competência comum para os entes políticos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) produzirem, sob regime de direito público, a harmonização das faculdades inerentes ao domínio com os interesses coletivos e a realização dos direitos fundamentais (...) Todas

essas competências administrativas dependem da edição de leis. Em alguns casos, a competência legislativa é de titularidade exclusiva da União. Assim se passa no caso de desapropriação (art. 22, II). No entanto, há competências legislativas comuns entre União, Estados e Distrito Federal, previstas no art. 24. Tal ocorre em matéria de direito urbanístico (art. 24, I), meio ambiente (inc. VI), proteção ao patrimônio histórico e cultural (inc. VII). Lembre-se de que a discriminação constitucional de competências não elimina a competência legislativa municipal, no tocante a assuntos de interesse local (art. 30, I) (...) Portanto, é possível afirmar que o regime jurídico da propriedade privada é delineado de modo genérico pelo direito privado, mas também é integrado por normas específicas de direito público, produzidas pelos entes políticos, que impõem limites às faculdades de usar, fruir e dispor dos bens visando à preservação e à realização de valores de interesse coletivo." (grifamos)

(in "Curso de Direito Administrativo", Editora Saraiva, 4ª edição, págs. 512/513)

Ademais, entendemos que o caso em tela assume contornos peculiares.

Com efeito, com fundamento no poder de polícia das construções, na competência do Município para disciplinar assuntos de interesse local e na competência suplementar para legislar sobre Direito Urbanístico (art. 24, inciso I, c/c art. 30, incisos I e II, da Carta Magna) determinou o Código de Obras e Edificações, Lei nº 11.228, de 1992, que os estabelecimentos não residenciais, excetuados os hospitais ou clínicas e os locais de reunião deverão contar com uma bacia e um lavatório para cada 20 pessoas (Seção 14.1.2). A Lei nº 11.495, de 1994, por seu turno, especificamente com relação às agências bancárias, dispôs sobre a obrigatoriedade de instalação de sanitários e bebedouros destinados aos seus usuários, matéria esta objeto de apreciação pelo STF, que em nenhum momento questionou a gratuidade do uso dos referidos sanitários, senão vejamos:

E M E N T A: ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA, MEDIANTE LEI, OBRIGAR AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A INSTALAR, EM SUAS AGÊNCIAS, DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA - INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL - ALEGAÇÃO TARDIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 144, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO - MATÉRIA QUE, POR SER ESTRANHA À PRESENTE CAUSA, NÃO FOI EXAMINADA NA DECISÃO OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - RECURSO IMPROVIDO. - O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes. (grifamos)

(STF, AI 347717 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL, AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31/05/2005)

Ora, se a instituição de tais regras tem por objetivo obrigar o estabelecimento comercial de determinado porte a ter número suficiente de banheiros para seus frequentadores, resguardando assim o interesse dos munícipes quanto à utilização de sanitários, não faria sentido permitir que o estabelecimento criasse empecilhos à utilização dos mesmos exigindo pagamento dos usuários, devendo o próprio empreendedor arcar com os custos de manutenção e limpeza, sob pena do objetivo da norma, qual seja, dispor de número suficiente de sanitários para os frequentadores, sequer se concretizar.

Não se trata aqui da restrição indevida ao exercício de uma atividade econômica, mas de dar guarida a necessidades básicas dos usuários de referido estabelecimento determinando, também com amparo no poder de polícia das atividades urbanas, que abarca quaisquer espaços cujo uso é público, aberto à coletividade, condições de funcionamento com o fim de garantir a eficácia da norma já legitimamente imposta no Código de Obras e Edificações.

Todavia, importa ressaltar que a natureza da atividade do shopping center faz com que um público variado o freqüente, muitas vezes não apenas para consumir em suas lojas, cinemas e praças de alimentação, mas também simplesmente para passear e olhar vitrines, o que por questões mercadológicas é interessante na medida em que o cliente que passeia muitas vezes é levado também a comprar. Tal realidade permite, no entanto, que qualquer pessoa, potencialmente consumidora ou não, adentre ao local, às vezes com o único intuito de usar o banheiro.

Não pode a lei municipal, sob pena de criar um ônus ao particular que não obedece ao princípio da proporcionalidade, considerado o trinômio adequação, necessidade e compatibilidade com os valores consagrados na Constituição, obrigá-lo a disponibilizar banheiros públicos gratuitos para toda a população, mas pode determinar que a população que freqüenta o shopping, nele consumindo bens ou serviços, faça jus a esta utilização gratuita, assim como o usuário que vai à instituição bancária ou ao restaurante. Se por seu turno, o shopping não desejar instalar meio de controle de acesso à instalação sanitária para verificar se seu usuário consumiu ou não, poderá optar por franquear a entrada a qualquer pessoa, por uma decisão sua.

Quanto à manutenção da limpeza e segurança nos banheiros salientamos que a norma não encontra qualquer óbice jurídico, mais uma vez fundamentada no poder de polícia de que dispõe a administração para restringir a liberdade dos munícipes em prol do interesse público.

Com relação à segurança pública, é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida pelos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal.

A despeito deste dispositivo, é sabido que têm os estabelecimentos públicos, como shoppings e estacionamentos o dever de guarda e vigilância sobre o estabelecimento e seus freqüentadores, podendo haver inclusive responsabilização civil quando se comprova uma conduta omissiva, senão vejamos:

Indenização por Danos Morais e Materiais - Homicídio ocorrido em cinema localizado dentro de Shopping Center - Responsabilidade solidária do empreendedor e do lojista decorrente da relação de consumo estabelecida entre o consumidor e aquelas pessoas-Estabelecimentos que angariam freqüentadores em razão da segurança que oferecem - Verba fixada, entretanto, que se mostra exagerada quanto a um aspecto - Recursos das rés e das autoras parcialmente providos. (grifamos) (TJSP, Apelação com revisão 385.046.4/3-00, Comarca de São Paulo, apelantes e reciprocamente apelados : Karina V Adasz e Outras e Grupo Internacional Cinematográfico Ltda. e Outros, 7ª Câmara de Direito Privado)

Responsabilidade civil - Ação de conhecimento sob o rito ordinário — Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento de hipermercado - Tentativa de estupro - Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo - Relação de consumo - Fato de Serviço - Força maior — Hipermercado e Shopping Center — Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor — Atividade inerente ao negócio. (grifamos) (STJ, REsp 419059-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20.11.04)

Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento".

RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTACIONAMENTO. SUPERMERCADO. FURTO. Ante o interesse da empresa em dispor de estacionamento para angariar clientela é de presumir-se seu dever de guarda dos veículos ali estacionados, sendo indenizável o prejuízo decorrente de furto. Recurso especial conhecido pelo dissídio porém desprovido (STJ, REsp 9.022-RJ, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 28/05/91).

CIVIL. RESPONSABILIDADE. FURTO DE AUTOMÓVEL. ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. 1. Consoante a orientação jurisprudencial que veio a prevalecer nesta Corte, deve o estabelecimento comercial responder pelos prejuízos causados à sua clientela no interior de área própria destinada ao estacionamento de veículos.

2. Recurso especial conhecido, mas desprovido (STJ, REsp 11.872-SP, Rel. Min. Bueno de Souza, j. 09/06/92).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado quanto à constitucionalidade de leis municipais que, visando à segurança dos munícipes frequentadores de instituições bancárias obriga tais estabelecimentos a disporem de portas eletrônicas e câmaras filmadoras, conforme jurisprudência antes mencionada.

No tocante à ausência de discriminação no uso dos sanitários, por óbvio encontra a regra respaldo no texto de nossa Lei Maior, que expressamente prevê em seu art. 3º, inciso IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e no art. 5º, inciso XLI, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a qual punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Por se tratar de matéria sujeita ao quórum de maioria simples para deliberação, é dispensada a votação em Plenário, cabendo tal prerrogativa às Comissões Permanentes, na forma do artigo 46, inciso X, do Regimento Interno desta Casa.

O projeto está amparado no art. 13, incisos I e II e art. 160, incisos II e IV, da Lei Orgânica Municipal e no art. 30, inciso I; art. 3º, inciso IV e art. 5º, inciso XLI, todos da Constituição Federal, razão pela qual somos,
PELA LEGALIDADE.

Contudo, a fim de adequar o projeto à melhor técnica de elaboração legislativa, bem como às considerações supra quanto à necessidade de restrição da gratuidade dos sanitários, sugerimos o substitutivo a seguir :

SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 63/10.

Disciplina o uso de banheiros públicos existentes nos shopping centers localizados no Município de São Paulo, e dá outras providências.

A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art.1º Fica proibida a cobrança, dos frequentadores consumidores de bens ou serviços, pelo uso dos banheiros públicos existentes nos shopping centers localizados no Município de São Paulo.

Art. 2º Fica vedada qualquer forma de discriminação em virtude de raça, cor, origem, condição social ou presença de deficiência ou doença não contagiosa por contato social na utilização dos banheiros de uso público existentes nos shopping centers localizados no Município de São Paulo.

Art. 3º Os banheiros de uso público de que trata esta Lei deverão ser mantidos limpos devendo o responsável pelo estabelecimento instalar sistema ou disponibilizar vigilância que vise promover a segurança durante sua utilização, preservando a intimidade do usuário.

Art. 4º A infração ao disposto nesta Lei acarretará multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), valor que será dobrado na reincidência.

Parágrafo único. O valor da multa de que trata o « caput » deste artigo será atualizado anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que no caso de extinção desse índice será adotado outro, criado por lei federal, que reflita e recomponha o poder aquisitivo da moeda.

Art. 5º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, no que couber, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 19/05/2010.

Ítalo Cardoso – PT - Presidente
João Antonio – PT – Relator
Abou Anni – PV
Agnaldo Timóteo – PR
Carlos A. Bezerra Jr. – PSDB
Florianio Pesaro – PSDB
Gabriel Chalita – PSB
Kamia – DEM
Netinho de Paula – PCdoB