

PARECER Nº 1218/2010 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0403/10.

Trata-se de projeto de lei, de autoria da Nobre Vereadora Noemi Nonato, que dispõe sobre a obrigatoriedade da instalação do “Banheiro Família” em shoppings centers e supermercados no âmbito do Município de São Paulo.

O “Banheiro Família” consiste em um 01 (um) banheiro com lavabo para ser utilizado por crianças, de ambos os sexos, até 10 (dez) anos de idade devidamente acompanhadas por seus responsáveis, de modo, que o uso do “Banheiro Família” fica restrito às crianças, sendo, contudo, autorizada apenas a permanência dos responsáveis.

A proposta enuncia, ainda, que a utilização do “Banheiro Família” será gratuita.

A propositura merece prosperar, na forma do substitutivo ao final proposto, como veremos a seguir.

O projeto insere-se no âmbito da competência municipal para legislar sobre assuntos predominantemente locais e encontra seu fundamento no poder de polícia administrativa do Município, dada a necessidade de proteção do interesse social.

Segundo dispõe o art. 78, do Código Tributário Nacional:

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Ao impor a obrigatoriedade da instalação do “Banheiro Família” em shoppings centers e supermercados localizados neste Município, a fim de possibilitar uma maior proteção da intimidade dessas crianças, que não mais passariam pelo constrangimento de terem que utilizar banheiros de adultos de sexo diferente, denota-se claramente a manifestação do poder de polícia administrativa municipal, na modalidade polícia das construções, a qual, segundo Hely Lopes Meirelles “se efetiva pelo controle técnico-funcional da edificação particular, tendo em vista as exigências de segurança, higiene e funcionalidade da obra segundo a sua destinação. (...) O regulamento das construções urbanas, ou seja, o Código de Obras e normas complementares, deverá estabelecer minuciosamente os requisitos de cada modalidade de construção (residencial, comercial, industrial etc.), objetivando a segurança, a higiene, a funcionalidade e a estética da obra, em harmonia com a planificação e o zoneamento da cidade. Dentre as exigências edilícias, são perfeitamente cabíveis as que se relacionam com a solidez da construção, altura, recuos, cubagem, aeração, insolação, coeficientes de ocupação, estética das fachadas e demais requisitos que não contrariem as disposições da lei civil concernentes ao direito de construir.” (In, Direito Municipal Brasileiro, Ed. Malheiros, 6ª Ed., p. 352).

No que concerne à gratuidade do uso do “Banheiro Família” ressalte-se que, no julgamento da ADI 3.710-2, os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence ponderaram que a matéria merece 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 Constituição Federal, 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", da Constituição Federal), 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 Ed., p. 512/513)

Contudo, 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 AGRAVO 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 freqüentadores, 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 freqüentadores, 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 e dos grandes supermercados 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 supermercado ou 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 estabelecimento 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.

Observe-se, por oportuno, que, a despeito da matéria contida na propositura não encontrar óbices quanto à legalidade ou constitucionalidade, caberá às Comissões de mérito pertinentes a manifestação quanto à oportunidade e conveniência da pretensão veiculada no projeto, especialmente no tocante à avaliação de inclusão na norma de qualquer supermercado, independentemente do porte do estabelecimento.

Por fim, versando o projeto de lei sobre matéria correlata ao Código de Obras e Edificações, é obrigatória a convocação de pelo menos duas audiências públicas durante a sua tramitação pela Câmara, nos termos do artigo 41, inciso VII, da nossa Lei Orgânica, dependendo sua aprovação do voto da maioria absoluta dos membros da Câmara, em respeito à determinação contida no artigo 40, parágrafo 3º, inciso II, do citado respectivo diploma legal.

Ante o exposto somos PELA CONSTITUCIONALIDADE e LEGALIDADE

Todavia, visando adequar a proposta à melhor técnica de elaboração legislativa, é necessária a apresentação do seguinte substitutivo.

SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 0403/10.

Dispõe sobre a obrigatoriedade da instalação do Banheiro Família em shopping centers e supermercados no Município de São Paulo, e dá outras providências."

A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art. 1º Ficam os shopping centers e os supermercados, localizados no Município de São Paulo, obrigados a instalar o Banheiro Família.

§1º O Banheiro Família consiste em um 01 (um) banheiro com lavabo para ser utilizado por crianças, de ambos os sexos, de até 10 anos de idade, devidamente acompanhadas por seus responsáveis.

§2º A utilização do Banheiro Família fica restrita à criança, sendo autorizada, apenas, a permanência dos responsáveis.

Art. 2º O Banheiro Família deverá estar de acordo com as Normas da Vigilância Sanitária Municipal, sendo vedada a cobrança pela utilização dos freqüentadores dos estabelecimentos mencionados no artigo 1º desta Lei, consumidores de bens ou serviços.

Art. 3º Nenhuma construção ou reforma de shopping centers ou supermercados no âmbito do Município de São Paulo será licenciada, se o projeto não contemplar o disposto no art. 1º desta Lei.

Art. 4º Os shopping centers e os supermercados terão o prazo de 90 (noventa) dias para se adequarem ao disposto nesta Lei.

Art. 5º O descumprimento ao disposto nesta Lei acarretará as seguintes sanções:

I – multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

II – multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e suspensão do Alvará de Funcionamento por 30 (trinta) dias na reincidência;

III – cassação do Alvará de Funcionamento na segunda reincidência.

Parágrafo Único. A multa de que trata este artigo será atualizada anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que, no caso de extinção deste índice, será aplicado outro que venha a substituí-lo.

Art. 6º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

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 13/10/2010.

Ítalo Cardoso – PT - Presidente

Kamia – DEM – Relator

Abou Anni – PV

Agnaldo Timóteo – PR

José Police Neto – PSDB (Com restrições)

Floriano Pesaro – PSDB

Gabriel Chalita – PSB

João Antonio – PT

Netinho de Paula – PC do B