

instituto brasileiro de
administração municipal

PARECER

Nº 2461/2014¹

- PG – Processo Legislativo. Projeto de lei que dispõe acerca da cassação de estabelecimentos comerciais no âmbito do município que permitam a prática, facilitem ou façam apologia, incentivo ou mediação de exploração sexual de crianças e adolescentes, comércio de substâncias entorpecentes ou exploração de jogos de azar. Análise da validade. Considerações.

CONSULTA:

Indaga o consulente acerca da validade de projeto de lei, de iniciativa do Chefe do Executivo, que dispõe acerca da cassação de estabelecimentos comerciais no âmbito do município que permitam a prática, facilitem ou façam apologia, incentivo ou mediação de exploração sexual de crianças e adolescentes, comércio de substâncias entorpecentes ou exploração de jogos de azar.

A consulta vem acompanhada do respectivo projeto de lei.

RESPOSTA:

Inicialmente, cumpre deixar consignado que o legislador constituinte atribuiu aos municípios competência para restringir e condicionar a prática de atividades que possam trazer perigo ou prejudicar a população local, de modo a zelar pelo pleno desenvolvimento da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (arts. 30, incisos I e VIII e 182).

¹PARECER SOLICITADO POR PAULO CÉSAR TAMIAZO, DIRETOR GERAL - CÂMARA MUNICIPAL (CORDEIRÓPOLIS-SP)

Para tanto, cabe ao Poder Público local estabelecer normas e padrões para o licenciamento de atividades, fixar critérios para as edificações, ditar regras sobre zoneamento urbano, entre outras medidas de polícia urbanística. No dizer de Hely Lopes Meirelles, esta competência típica do Município tem o fito de "propiciar segurança, higiene, saúde e bem-estar à população local", para o quê "pode regulamentar e policiar todas as atividades, coisas e locais que afetem a coletividade de seu território" (in Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 492).

O art. 78 do Código Tributário Nacional conceitua o poder de polícia da seguinte forma:

"Art. 78. 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."

Ainda, cabe ao Município atuar em defesa da Proteção da Infância e Juventude, à luz do critério de interesse local, mediante interpretação sistemática dos arts. 24, XV c/c 30,II da Constituição da República. A União estabelece normas de caráter geral e os demais entes estabelecem suas regras específicas, atendendo ao definido pela União, com fulcro no art. 24, § 2º da Lei Maior. No caso do Município, tais regras específicas devem atender ao interesse local, na forma do art. 30 da Constituição Federal.

Com efeito, aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local, com observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. A normação municipal, no exercício dessa competência,

ainda há de respeitar as normas federais e estaduais já existentes.

Neste prisma, registre-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 258, dentre outros, categoricamente dispõe:

"Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo: (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias." (Grifos nossos).

Especificamente quanto a efetividade desta penalidade administrativa direcionada aos estabelecimentos, veja os seguintes julgados:

"INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MENORES ENCONTRADOS EM BAILES NOTURNOS. REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR. PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA E FECHAMENTO TEMPORÁRIO DO ESTABELECIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO REFORMADA. 1. Não constando da representação, formulada pelo Conselho Tutelar, a identificação dos menores e o fato de estarem acompanhados ou não de seus pais ou responsáveis, impossível a caracterização da infração administrativa, prevista no art. 258 do ECA. 2. Nesse caso, aplicada a multa ao estabelecimento, onde foram encontrados os menores, reforma-se a decisão para afastar tal condenação. "Para configurar a infração prevista no art. 258 ("Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo") do ECA, é indispensável que os menores sejam identificados e que estes estejam ou não acompanhados de seus

responsáveis."(RECURSO DE APELAÇÃO Nº 98.44-5, DE PARANAGUÁ).

"ECA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - Constatada a permanência de menores, sem documento de identidade e desacompanhados dos responsáveis, em estabelecimento destinado a diversões noturnas, em afronta ao estabelecido em alvará judicial, configurada esta a infração prevista no art. 258 do ECA. Apelo improvido."(TJRS - AC 598050649 - RS - 7ª C.Cív. - Rel. Des. Maria Berenice Dias - J. 29.04.1998, g.n.)

"ECA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - Permitir o ingresso de menores de 16 anos em casa noturna a despeito de determinação judicial em contrário configura a infração prevista no art. 258 do ECA. Apelo improvido, retificando-se a sentença para fixar a pena pecuniária em salários mínimos."(TJRS - AC 598428373 - RS - 7ª C. Cív. - Rel. Des. Maria Berenice Dias,g.n.)

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA: PRESENÇA VEDADA DE MENORES - A infração administrativa, definida no art. 258, ECA, é puramente objetiva. Irrelevância da ausência ocasional e transitória do proprietário ou da presença de outros adolescentes. Multa: Valor em Salário Mínimo de Referência." (TJRS - AC 594.183.634 - 7ª C.C. - Rel. Des. Waldemar L. de Freitas Filho - J. 06.09.1995)

"ECA - PORTARIA REGULANDO INGRESSO DE ADOLESCENTES A BOATE - O interesse público na educação e proteção de adolescentes se sobrepõe ao interesse mercantilista do comerciante. Mostra-se equilibrada a decisão limitativa estabelecida na portaria, que regular situação específica, adequada as peculiaridades locais. Inteligência do art. 149 do ECA. Recurso desprovido." (TJRS - AI 598015469 - RS - 7ª C.Cív. - Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves - J. 15.04.1998)

Por outro lado, os atos de fiscalização e autorização a serem

exercidos pelo Poder Executivo local já devem obediência à legislação federal sobre o tema. Frise-se que conforme devidamente assinalado no parecer IBAM nº 3898/2013:

"Cumpre, todavia, esclarecer que toda e qualquer atividade ilícita desempenhada nos estabelecimentos da municipalidade, em desarmonia com o ordenamento jurídico local, pode ensejar a aplicação de penalidades administrativas, uma vez que estão são ínsitas ao regular exercício do poder de polícia (...) Desta forma, qualquer atividade que contrarie a legislação em vigor poderá ser objeto das referidas medidas que deverão ser aplicadas em harmonia com o princípio da proporcionalidade. (...) não vislumbramos óbices para que, no legítimo exercício do poder de polícia administrativo, sejam adotadas medidas administrativas pretendidas, tais como as vislumbradas pelo consultante (caçação de alvará de funcionamento, multa, advertência). **Muito provavelmente, a legislação local já as prevê, sendo certo portanto que não se trata de editar mais um diploma legislativo para proibir, por exemplo, a concessão de alvará a uma determinada atividade ilícita, e sim em efetivar as medidas de fiscalização a serem desempenhadas pelos agentes do Executivo que se deparem com estas práticas já vedadas.**" (Grifos nossos).

Iguais considerações, com as adaptações pertinentes, são cabíveis para os casos de comércio de "substâncias tóxicas" e exploração de jogos de azar. Desta forma, projetos de lei como este violam, simultaneamente, os limites da competência suplementar do município, os princípios da razoabilidade/proporcionalidade e da necessidade.

Razoabilidade é aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, deve ser aferido no caso concreto e mostra-se vulnerado haja vista a diversidade de condutas ilícitas e direitos existentes no ordenamento jurídico dos quais o município já deve conferir concreção.

Para que a conduta municipal observe o princípio da proporcionalidade, deverá ser comprovado o seu tríptico fundamento, o

que não foi feito no caso em tela, quais sejam: (i) o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado (adequação), (ii) a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos (exigibilidade) e (iii) as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens (proporcionalidade em sentido estrito).

Quanto ao princípio da necessidade, confira-se as lições de Gilmar Ferreira Mendes:

"Embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar" (MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Teoria.htm).

Por conseguinte, verifica-se que o exercício do poder de polícia local não depende da edição do pretendido ato normativo. Como visto, a presença de menores em estabelecimentos destinados a diversões noturnas já afronta ao estabelecido pelo art 258 do ECA, conduta esta passível de gerar a aplicação de multa e até o fechamento do estabelecimento por 15 dias, em caso de reincidência. E caso o empresário exerça, permita, tolere ou incentive a prática de qualquer atividade ilícita em seu estabelecimento, seja ela prostituição infantil, pedofilia, tráfico de drogas ou ainda qualquer atividade lícita que estrapole dos limites da licença concedida, por óbvio que o Município poderá aplicar as penalidades endereçadas a todos os estabelecimentos, inclusive com a cassação do alvará, nos moldes já estabelecidos na legislação local.

Por fim, é de se dizer que a pretensão veiculada na propositura é



de cassar a licença de estabelecimentos que comercializem substância tóxica de forma genérica, o que se levado a rigor ensejaria na interdição de todos os bares, restaurantes, farmácias e supermercados da localidade que comercializam cigarros, bebidas alcoólicas, determinados medicamentos ou até mesmo produtos de limpeza, defensores agrícolas, inseticidas e outros artigos de primeira necessidade da população em geral que igualmente contém substâncias tóxicas que podem inclusive levar a óbito se ingeridos em excesso.

Por tudo que precede, conclui-se que o conteúdo da propositura em tela, além de não respeitar o regramento legal já existente e exorbitar o escopo da competência legislativa suplementar nesta seara, revela-se inócua, desproporcional e desarrazoada, motivo pelo qual não reúne condições para que possa validamente prosperar.

É o parecer, s.m.j.

Priscila Oquioni Souto
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 15 de setembro de 2014.