

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Judicial

**INFORMAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO
PREVENTIVO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO
DECRETO Nº 34.836 DE 31 DE JANEIRO DE 1995. RESTRIÇÃO
AO FUMO EM BARES E RESTAURANTES NO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO**

Nancy Al-Assal – Procuradora Municipal

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública

Proc. no 225/95
MANDADO DE SEGURANÇA

O SECRETÁRIO DAS ADMINISTRAÇÕES REGIONAIS, prestando as informações requisitadas através do ofício no 318/95 e, a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora, requerendo seu ingresso no feito na qualidade de assistente litisconsorcial passiva, vêm, respeitosa-

mente, à presença de V.Exa., nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO impetrado por FEDERAÇÃO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DO ESTADO SÃO PAULO, expor e requerer o quanto segue:

I - DA SEGURANÇA IMPETRADA

Trata o presente de Mandado de Segurança Coletivo Preventivo, impetrado, de conformidade com a inicial, com fundamento nos artigos 5º, incisos LXIX e LXX, e 8º, III da Constituição Federal, na Lei 1.533/51, no artigo 74, inciso III da Constituição do Estado de São Paulo e art. 2º, letra "a" do Estatuto Social da Federação de Hotéis, Bares e Similares do Estado de São Paulo, objetivando a concessão em definitivo da segurança à categoria que representa, para que seja isenta de obediência das proibições "ilegais" e "inconstitucionais" previstas no Decreto nº 34.836/95, bem como seja a autoridade apontada como coatora impedida definitivamente de exigir seu cumprimento e de proceder qualquer autuação fiscal (sic. fls. 30 da inicial).

Discorre, em primeiro lugar, acerca de sua legitimidade ativa para o ingresso do "mandamus" coletivo, aduzindo ser entidade sindical, reconhecida legalmente pelo Departamento Nacional do Trabalho, por carta sindical expedida em 28/8/1987.

Invoca, ainda, os artigos 8º, inciso III da Constituição Federal e art. 2º, letra "a" do Estatuto Social, com vistas a justificar a impetração coletiva, alegando, ainda, estar diante de interesse coletivo da categoria que representa.

Prossegue, dizendo que por força de dispositivos constitucionais, os sindicatos têm legitimação extraordinária para defender em juízo os interesses coletivos e individuais de seus associados.

Em citações de renomados doutrinadores, conclui que as decisões que beneficiam a categoria, em casos de ações propostas pelo Sindicato, devem ser estendidas à toda ela, independentemente de filiação ao Sindicato, que diz ser livre, nos termos do art. 8º, da CF.

Discrimina, ainda, serem todos os estabelecimentos integrantes da categoria, "sócios contribuintes sindicais", previsto no art. 5º, III dos Estatutos, ao lado daqueles filiados voluntariamente, chamados de "sócios contribuintes efetivos" (art. 5º, inciso II dos Estatutos).

Conclui, ademais, tratar-se de legitimação extraordinária ou substituição processual e não de representação, face à autorização genérica (grifos nossos) dada em Assembléia Geral pelos associados, bem como autorização constitucional existente.

Afirma ser inquestionável a sua legitimidade para impetração do Mandado de Segurança coletivo com vistas a evitar que a fiscalização municipal exija o cumprimento do Decreto que acima de ilegal e inconstitucional, além de arguir prejuízos causados à categoria que representa.

Em considerações preliminares, transcreve o Decreto Municipal nº 34.836, de 31 de janeiro de 1995, citando, pois, o art. 7º, com vistas a demonstrar o cabimento do "writ" em face da autoridade apontada como coatora.

Avançando-se na leitura da inicial, verifica-se que o Decreto nº 34.836, de 31 de janeiro de 1995 que dispôs sobre a restrição ao tabagismo, segundo o impetrante, não pode subsistir, pois afronta o princípio da legalidade, indo além da faculdade regulamentar.

Acerca da faculdade regulamentar, discorre o autor, socorrendo-se da citação de renomados juristas em defesa de sua tese.

Afirma, veementemente, ser ilegal e inconstitucional o aludido decreto. Ilegal, porque entende ofender a Lei Municipal nº 10.862, de 04 de Julho de 1990. Inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade, livre iniciativa e direitos individuais.

Ao manifestar seu inconformismo com a edição do Decreto nº 34.836/95, volta-se em defesa dos fumantes, e da situação constrangedora que entende estarem sujeitos caso não resistirem à vontade de fumar.

Demais disso, repete que o decreto não encontra amparo na lei, que se limitou a exigir dos bares, restaurantes e congêneres, com área superior

a 100 m², espaço reservado aos não-fumantes, *nunca inferior a 50% da área de consumação do público.* (grifos constantes do original)

Salienta, outrossim, na inicial, que os bares, restaurantes etc., com área inferior a 100 m² (cem metros quadrados), sendo a maciça maioria dos filiados do impetrante, de conformidade com a Lei Municipal nº 10.862/90, não estavam sequer obrigados a manter áreas de não fumantes, estando, agora, com sua situação totalmente alterada, visto estar o fumo neles absolutamente proibido.

Ainda, diz que o Decreto nº 34.836/95, em seu art. 6º, aumentou a multa prevista no art. 5º da Lei nº 10.862/90 de 07 para 10 UFMs, insurgindo-se, mais uma vez, contra o aludido diploma legal que, conforme adiante será cabalmente demonstrado, nada tem de ilegal, cumprindo sua função regulamentadora, face às leis municipais vigentes que dispõem acerca da restrição ao fumo.

Continua o impetrante, na inicial, a atacar o referido decreto, discorrendo acerca de seu caráter que entende ser abrangente, mesmo transcrevendo a lei 9.120/80, atualmente em vigor, que determina, em seu artigo 1º, a proibição de fumar em estabelecimentos públicos fechados, exemplificando, em seus incisos, os locais onde tal vedação incide.

Prossegue, em defesa de seus argumentos, historiando a legislação municipal que regulamenta o tabagismo, demonstrando, mais uma vez, o conhecimento dessa legislação, insistindo que o mencionado decreto não deve ter seu cumprimento exigido pela autoridade impetrada, por ser ilegal.

Como supedâneo de sua argumentação em defesa do direito de fumar nos restaurantes, utiliza-se, impropriamente, do art. 3º, da Lei Municipal nº 9.120/80, que prosseguindo-se na leitura da inicial, o mesmo autor entende estar referido diploma legal revogado.

Com vistas a justificar a ofensa ao princípio da livre iniciativa, argumenta que tal medida poderá provocar queda no faturamento de até 60% (sessenta por cento), dizendo que o fumante pensará duas vezes antes de sair para jantar fora.

Para o fim de defender as "liberdades individuais", invoca a liberdade de fumar, caso se queira, afirmando que existindo possibilidade de se separar fumantes de não-fumantes, tal liberdade individual não entraria em choque com o interesse coletivo, entendendo como tal a saúde pública.

Questiona-se, com o objetivo de obstar as determinações do decreto ora em exame, a competência do Município para legislar acerca do assunto.

Ao final, requer a liminar e a concessão em definitivo da ordem.

O feito processa-se com liminar.

Contudo, a argumentação expendida na inicial, não tem o condão de conduzir à segurança pretendida, na medida em que será demonstrada a legalidade do Decreto nº 34.836/95 e sua consonância com o ordenamento jurídico, que permitirão, sem suscitar dúvida alguma, a denegação da ordem rogada.

II - PRELIMINARMENTE

a) DA LITISPENDÊNCIA

Na definição do art. 301, parágrafos 1º e 3º, do Código de Processo Civil, a litispendência ocorre quando há a repetição da ação que está em curso.

O parágrafo 2º do citado artigo, por sua vez, dispõe que uma ação é igual a outra quando há as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

Ora, aplicando-se ao caso concreto os conceitos acima explicitados, não se afigura difícil constatar a existência de litispendência, visto que a ação mandamental proposta pela FEDERAÇÃO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE SÃO PAULO é idêntica à anteriormente ajuizada pelo SINDICATO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE SÃO PAULO.

Tal constatação evidencia-se com a leitura das petições iniciais das entidades acima elencadas, cuja cópia da petição e respectivo estatuto da entidade Sindical pedimos vênia para juntar às presentes informações.

Não há que se cogitar, por óbvio, com vistas a afastar a litispendência que ora se caracteriza, não se tratando das mesmas partes proponentes do "writ".

Na verdade, não se tratam de partes distintas que ajuízam a mesma ação, mas de entidades idênticas, que apenas têm seu grau de abrangência alterado, que no caso da FEDERAÇÃO, está legitimada a agir e representar seus filiados, S.M.J., no âmbito de todo o território deste Estado.

Porém, em que pese a maior abrangência da impetrante, posto que assiste a seus filiados em todo o Estado de São Paulo, cumpre salientar que, neste "mandamus", abarca somente os estabelecimentos existentes no Município de São Paulo, ou seja, os mesmos associados do SINDICATO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE SÃO PAULO.

Desta forma, a identidade de partes é plenamente caracterizada, na medida em que o menor está abrangido pelo maior.

E tal comportamento, segundo o ordenamento jurídico atualmente em vigor, é atentatório ao princípio da lealdade processual, ensejador, inclusive, de aplicação de pena de litigância de má-fé, que, segundo as recentes alterações ocorridas no Código de Processo Civil, poderá ser decretada de ofício, consistindo em flagrante abuso do Poder Judiciário, na medida em que estamos diante de duas ações absolutamente idênticas, ajuizadas pelas mesmas partes, com o mesmo objetivo, sendo que na primeira, já se tem o pronunciamento do Egrégio Tribunal de Justiça, com a SUSPENSÃO DA LIMINAR já decretada.

Mesmo que assim não fosse, o Prof. Arruda Alvim assim nos ensina, em relação à litispendência:

"O n. III do art. 282 exige, para aptidão da inicial, que se indiquem claramente quais são os fatos e os respectivos fundamentos jurídicos do pedido. A referência feita pelo legislador a fatos ("fatos jurídicos") demonstra que o sistema adotou a teo-

ria da substanciação (*relação jurídica de conflito de interesses imantado ou emergente de fatos*), que se opõe à da individuação (*relevante seria só a relação jurídica, praticamente prescindindo-se dos fatos*).

Uma das conseqüências práticas importantes decorrentes dessa teoria adotada pelo Código - em nosso sentir a única realizável ou "verdadeira" - é a de que, embora modificando o autor o nome da ação, porque será caso de litispendência, se a ação primitiva estiver ainda em curso, ou então de coisa julgada, se a primeira decisão já tiver transitado em julgado." (in: Manual de Processo Civil, vol. 2 - Processo de Conhecimento, Editora RT, 4a Edição, 1991, págs. 130/131)

Outrossim, acerca da litispendência aqui suscitada, a jurisprudência, ainda atual para o sistema vigente, apesar de ter ocorrido o julgamento na vigência do Código de Processo Civil de 1939, assim decidiu:

"LITISPENDÊNCIA - Ação de reintegração de posse objetivando impedir poluição de água - Coninatória ajuizada posteriormente pelo mesmo autor com a mesma finalidade - Coexistência de demandas com possibilidade de decisões contraditórias - Inadmissibilidade.

A não alegação de litispendência nos três primeiros dias para a contestação, não impede seja alegada nesta, como defesa direta.

O objetivo da litispendência é, justamente, impedir a coexistência de duas demandas, a possibilitar decisões contraditórias.

N. 76.585 - Jaboticabal - Agravantes: Francisco Carneiro de Albuquerque e outros - Agravado: José Corona.

ACÓRDÃO

"Mas, para a verificação de litispendência, o exato significado de <<ação>> não é atinente ao rito processual, à simples natureza da ação em seu significado restrito; sim à existência de outro procedimento, outra demanda, outra ação em sentido genérico, visando ao mesmo objetivo, na sua tríplice identidade: partes, coisa e <<causa petendi>>. Isso porque o objetivo da litispendência é, justamente, impedir a coexistência de duas demandas, a possibilitar decisões contraditórias, a final.

Na hipótese, evidente é a identidade de objetivo entre as duas demandas, ou ações: a possessória e a cominatória. Ambas têm as mesmas partes, o mesmo objeto, a mesma causa de pedir a prestação jurisdicional. E aquela, sobre ter sido anteriormente proposta, já está julgada em primeira instância, e em grau de recurso. O prosseguimento da cominatória posterior, é simples <<bis in idem>>." (RT 257/277)

Assim, à vista do até aqui exposto, aguarda-se o acolhimento desta preliminar, com o fim precluído de aplicar-se o disposto no art. 267, inciso V do Código de Processo Civil, extinguindo-se o feito, sem julgamento de mérito, aplicando-se, ainda, a pena de litigância de má-fé, face a deslealdade processual aqui configurada.

b) DA ILEGITIMIDADE ATIVA

AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES PARA O SEU EXERCÍCIO

No ordenamento jurídico em vigor, cada indivíduo, tendo interesse e legitimidade, proporá as ações que entende eficazes para proteção de seu direito individual.

A regra geral, portanto, é a de que somente está autorizado a demandar quem for o titular da relação jurídica de direito material, consagrando-se, assim, a legitimação ordinária.

Excepcionalmente, nos casos previstos em lei, como assim dispõe a parte final do art. 6º do Código de Processo Civil, permite-se que alguém, não sendo titular da relação jurídica de direito material, proponha ação visando a defesa de direito de outrem, a qual denomina-se legitimação extraordinária ou substituição processual.

A entidade impetrante fundamenta o mandado de segurança coletivo, nos dispositivos constitucionais constantes do artigo 5º, ou seja, incisos LXIX e LXX e art. 8º, inciso III, bem como na Lei nº 1.533/51 e art. 74, inciso III, da Constituição Federal.

Dessa forma, invocando, ainda, o art. 2º do seu Estatuto Social, que, segundo seu entendimento esposado na inicial, trata-se de autorização **genérica**, pretende configurar sua legitimação extraordinária para figurar no polo passivo da presente ação.

Além do mais, com vistas a demonstrar sua legitimidade na defesa dos interesses coletivos difusos, cita o Código do Consumidor e a Lei que disciplina a Ação Civil Pública, alegando que as decisões judiciais que beneficiem a categoria, devem ser estendidas a toda ela, independentemente de filiação ao Sindicato, que diz ser livre, nos termos do art. 8º, inciso III.

Ora, tal legitimação extraordinária, conferida pela Constituição de 1988 não é ilimitada, e nem tão abrangente, como pretende fazer crer a Entidade demandante.

Com efeito, em seu art. 5º, inciso XXI, determina a expressa autorização das entidades, com vistas a legitimação das mesmas em juízo.

Não há como supri-la, ante a autorização genérica contida no Estatuto Social da Federação, art. 2º, letra "a".

Na verdade, há a necessidade de assembléia geral autorizatória com o fim específico de ingresso do "mandamus" coletivo, individualizando-se os associados, para o fim específico de se determinar a quem se aproveita a decisão a ser proferida neste "writ".

Nesse sentido, assim recomenda a jurisprudência:

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - Entidade Associativa - Impetração em nome dos associados - Necessidade de expressa autorização de cada um, seja a constante dos respectivos estatutos ou aquela deliberada por assembléia-geral especialmente convocada para esse fim - falta que implica carência da ação por ilegitimidade "ad causam" - Aplicação do art. 5º, inciso XXI, da CF." (RT 668/159)

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - Impetração por associação - inexistência de vínculo com os fins associativos - Ausência de previsão estatutária ou autorização da assembleia para impetração inadmissibilidade - Requisito Imprescindível - Carência decretada de ofício.

ACÓRDÃO

Observa JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("Do Mandado de Segurança Coletivo", ed. Forense, 1990, pág. 79) que

'a entidade - partido político, sindicato ou associação - não poderá ir a Juízo sem que, antes, seja convocada Assembleia- Geral, na qual a maioria dos seus membros esteja de acordo com a propositura da ação, devendo-se juntar à petição inicial transcrição da ata, em que foi dada a anuência; mandado de segurança coletivo impetrado sem documento hábil - a Ata da Assembleia - anexado à inicial, que comprove a anuência da maioria dos membros representados, equivale a petição de mandado de segurança simples, sem procuração do impetrante, outorgada ao Advogado, seu patrono." (JTACSP 140/122)

MANDADO DE SEGURANÇA - Coletivo - Sindicato - APEOESP - Interposição sem autorização emanada de assembleia geral - Necessidade - Segurança denegada - Recurso não provido - Votos vencedor e vencido.

Apelação Cível n. 193.816-1 - São Paulo - Apelante: Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado - APEOESP - Apelado: Secretário de Estado de Educação."(JTJ 158/102)

Assim, a Assembleia-Geral autorizadora da impetração coletiva, no presente caso, se faz mister, não se traduzindo em mero formalismo, na medida em que individualiza os associados que serão abrangidos pelo "mandamus", bem como legitima o Sindicato a postular em juízo o interesse de seus associados.

Outrossim, mesmo fundamentando a impetração no art. 8º, inciso III, da CF, não significa que a legitimação ativa seja ilimitada.

A lição do Prof. Octávio Bueno Magano afasta tal entendimento:

“Repudia-se, assim, a idéia de que o art. 8º, III exteriorize-se como consagração de substituição processual indiscriminada. Tal hipótese deve ser rechaçada porque o instituto em causa só se concebe como de aplicabilidade excepcional, cabível apenas nos casos expressamente mencionados e nos estritos termos das respectivas disposições legais.” (in: O Sindicato Perante a Justiça do Trabalho, apud Oswaldo Moreira Antunes, in Os Direitos Coletivos e a Substituição Processual do Sindicato nas Reclamações Individuais na nova Constituição, Revista Ltr, 54-4/411)

Demais disso, não se pode permitir que a decisão que beneficie os associados, deva ser estendida aos não filiados.

Com efeito, o Estatuto Social discrimina, em seu art. 6º, as categorias de associados, que se constituem em sócios fundadores, efetivos e beneméritos, não se podendo olvidar que para as duas primeiras categorias de associados, desde que em dia com as obrigações e deveres (art. 10, letra “c”), serão abrangidos pela decisão judicial que vier a ser proferida.

Necessária, assim, a Assembléia-Geral específica para o fim de autorizar a presente impetração, bem como a individualização dos associados e filiados, com vistas a fiel execução da ordem judicial emanada desse D. Juízo, para que não parem dúvidas, quando da verificação, pela Administração, de quem estaria legitimamente assistido pelo Sindicato da categoria.

Não se presta a fundamentar a extensão pretendida da decisão a ser proferida neste “writ”, a Lei que regulamenta a Ação Civil Pública, bem como o Código de Defesa do Consumidor, que versam sim sobre interesses difusos e coletivos, relativos ao consumidor, de que a presente ação não cuida e não se presta.

Assim, não se configurando um dos requisitos essenciais para a propositura da ação mandamental coletiva, qual seja, a expressa autorização dos membros da Federação para esse fim específico, que normalmente é veiculada através de Assembléia-Geral, bem como o rol de seus filiados não juntados aos autos, constata-se a ilegitimidade ativa da entidade postulante, sendo de rigor a extinção do feito, sem julgamento de mérito, de conformidade com o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

c) DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Antes de se adentrar na análise do mérito, cumpre verificar se presente uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir.

Como é cediço, o mandado de segurança é ação documental, onde se comprova, de plano, o direito líquido e certo a ser protegido.

Nesse sentido, assim nos ensina o saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles:

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança." (in: "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Editora RT., 13ª Edição, 1989, págs. 13/14)

Portanto, a necessidade da medida judicial a ser interposta reside na comprovação, de plano, mediante prova documental, do direito líquido e certo que se visa a proteção.

Ora, da leitura da inicial, infere-se que, ao se insurgir contra o Decreto nº 34.836/95, a Federação impetrante alega ofensa aos princípios constitucionais de legalidade, liberdades individuais, e livre iniciativa, sem, contudo, comprovar, de plano, o direito violado e a ameaça de lesão.

Quanto à afronta a livre iniciativa, não comprova a assertiva de que o mencionado decreto, segundo projeções efetuadas (fls. 22 da inicial), provocaria uma queda no faturamento de 60% (sessenta por cento) do faturamento dos bares e restaurantes.

Limita-se, pois, a juntar recortes de jornais à inicial sem, contudo, preocupar-se em provar, documentalmente, suas alegações, mormente a queda do faturamento.

Aliás, corroborando essa assertiva, assim opina a Prof^ª. Dra. Odete Medauar, em seu brilhante parecer acerca da questão suscitada nestes autos:

"Aleatórias alegações de queda no faturamento ou redução de frequência mostram-se subjetivas e sem comprovação cabal, o que por si só já elide tal invocação em mandado de segurança, mesmo coletivo. O direito líquido e certo deve ser comprovado de plano, por prova documental, não alegações aleatórias." (grifos nossos)

Outrossim, funda a impetração na ofensa de liberdades individuais, ou seja, o direito de fumar.

Ora, saliente-se que tal questionamento transborda os estreitos limites da via mandamental coletiva, vez que totalmente dissociado dos objetivos da entidade demandante.

Assim, por todo o exposto, comprovada está a falta de interesse de agir do impetrante pelos seguintes motivos:

a) ausência de comprovação documental da queda do faturamento dos estabelecimentos de seus filiados alegada;

b) impossibilidade de utilização da via mandamental para a proteção de liberdades individuais dos fumantes, dissociando-se das finalidades do Sindicato delineadas em seu estatuto.

Mister, pois, a extinção do feito, sem julgamento de mérito, de conformidade com o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

III - DO MÉRITO

Superada a análise das preliminares até aqui levantadas, no mérito, a impetração não merece acolhida, como a seguir se demonstrará.

Para melhor compreensão do debate que suscitado em juízo, a temática que o envolve será amplamente explicitada nos tópicos abaixo.

a) DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Tratando a matéria regulamentada pelo Decreto Municipal nº 34.836/95, de saúde pública, mister tecer algumas considerações acerca da competência do Município de São Paulo.

A Constituição de 1988 outorgou ao Município, competência para legislar sobre saúde pública em seu art. 23, inciso II, que assim dispõe:

"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....
II - Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência."

Assim, referido artigo, conjugado com o art. 30, inciso I da CF que dispõe acerca da autonomia municipal para legislar sobre assuntos de seu peculiar interesse, patente é a competência municipal para zelar sobre saúde pública de seus municípios, utilizando de todos os meios legais decorrentes de seu intrínseco poder de polícia para preservar um ambiente saudável em recintos fechados.

Por seu turno, a Constituição Estadual, não difere, assim dispondo sobre a Saúde Pública:

"Artigo 219. - A saúde é um direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo Único - O Poder Público Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

I - políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos.

Artigo 220 - As ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Parágrafo primeiro - as ações e os serviços de preservação de saúde abrangem o ambiente natural, os locais públicos e de trabalho" (grifos nossos)

Outrossim, a Lei Orgânica do Município de São Paulo, define a atuação Municipal na área de saúde, nos seguintes termos:

"Art. 213 - O município, com participação da comunidade, garantirá o direito à saúde, mediante:

I - políticas que visem ao bem estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade, a redução e a busca da eliminação do risco de doenças e outros agravos, abrangendo o ambiente natural, os locais públicos e de trabalho."

Ora, dentro dessa competência que lhe foi conferida, demonstrada pelos citados artigos constantes dos diplomas legais acima elencados, foi editado o Decreto nº 34.386, de 31 de janeiro de 1995, que regulamenta a Lei Municipal nº 10.862, de 04 de julho de 1990.

Tal decreto visa, enfim, disciplinar o uso do cigarro em ambientes fechados, tendo em vista os danosos prejuízos que causa à saúde da população, na sua maioria, "fumantes passivos".

Acerca da competência do Município para legislar sobre a matéria, saliente-se, por oportuno, mais uma vez, o entendimento da Prof^ª. Dra. Odete Medauar esposado em seu parecer:

"III - A competência do Município de São Paulo

2. Tratando o Decreto citado de restrição a fumantes em restaurantes e similares, deve-se verificar a questão da competência do Município na matéria.

Para tanto melhor parece recorrer ao texto da Lei Orgânica do Município (de 04 de abril de 1990) por expressar os preceitos da matéria decorrentes da repartição de competência prevista na Constituição Federal e preceitos da matéria decorrentes de dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim, o art. 160 da Lei Orgânica do Município reza o seguinte:

Art. 160 - O Poder Municipal disciplinará as atividades econômicas desenvolvidas em seu território, cabendo-lhes, quanto aos estabelecimentos comerciais, industriais, de serviços e similares, dentre outras, as seguintes atribuições:

.....
lil- fiscalizar as suas atividades de maneira a garantir que não se tornem prejudiciais ao meio ambiente e ao bem-estar da população.

Depreende-se, de modo claro, que se inclui na competência municipal disciplinar atividades de estabelecimentos comerciais e de serviços, industriais e afins, portanto, atividades econômicas, como as intituladas no capítulo respectivo da mesma Lei Orgânica.

Outro dispositivo da Lei Orgânica complementa o anterior em matéria de medidas atinentes à proteção à saúde da população. Trata-se do art. 212, dotado do seguinte teor:

Art. 212 - O Município, com participação da Comunidade, garantirá o direito à saúde, mediante:

I- políticas que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade, a redução e a busca de eliminação do risco de doenças e outros agravos, abrangendo o ambiente natural, os locais públicos e de trabalho;

Os dispositivos supracitados refletem a realidade contemporânea, sobretudo nas Administrações de grandes núcleos populacionais. As restrições ao exercício de direitos, de pessoas físicas, indústrias, estabelecimentos industriais e de serviços tendem a ampliar-se, quer na forma de proibições, quer na forma de "obrigações de fazer" dadas as condições de convivência nas grandes metrópoles. Basta lembrar as normas de trânsito, às referentes à poluição atmosférica, sonora, da paisagem, que expressam a evolução de novos ramos do Direito, como o direito urbanístico e o direito ambiental."

Assim, cabalmente demonstrada a competência do Município de São Paulo para dispor acerca da matéria constante do decreto que cuida de restrição ao fumo em restaurantes e similares, prosseguir-se-á a defesa nos tópicos que se seguem.

b) DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL EXISTENTE

É de se ressaltar que a restrição ao hábito de fumar não se configura nenhuma novidade, sendo que, no âmbito Municipal, desde 1950, o Poder Público preocupou-se em regular o uso do tabaco, e assim prosseguiu no exercício de seu dever de zelar pela saúde pública através dos anos que se seguiram, conforme demonstra abaixo o quadro da legislação Municipal existente.

LEIS

NÚMERO	DATA	EMENTA
3.938	8.9.50	Proíbe o uso de fumo em veículos de transporte coletivos, elevadores de passageiros e salas de espetáculos e dá outras providências.
8.421	14.7.76	Proíbe o uso de fumo no interior de supermercados e lojas de departamentos e dá outras providências.
9.120	14.7.80	Proíbe o tabagismo nos locais que especifica, e determina outras providências.
10.862	4.7.90	Dispõe sobre a restrição ao tabagismo nos locais que especifica, e dá outras providências.
10.863	4.7.90	Acrescenta dispositivo ao artigo 1º da Lei nº 9.120, de 8 de outubro de 1980.
11.404	9.9.93	Acrescenta incisos ao artigo 1º da Lei nº 9.120, de 8 de outubro de 1980.
11.467	12.1.94	Proíbe a comercialização de cigarros, cigarrilhas, charutos e produtos de fumo dentro dos estabelecimentos da rede de ensino pública e privada e dá outras providências.
11.657	18.10.94	Acrescenta incisos ao artigo 1º da Lei nº 9.120, 8 de outubro de 1980.

DECRETOS

NÚMERO	DATA	EMENTA
17.451	22.7.81	Regulamenta a Lei nº 9.120, de 8 de outubro de 1980, que proíbe o tabagismo nos locais que especifica, e dá outras providências.
29.014	6.9.90	Regulamenta a Lei nº 10.862, de 4 de julho de 1990
34.835	18.1.95	Proíbe o tabagismo nas dependências da Administração Pública Municipal Direta e Indireta e dá outras providências.
34.836	31.1.95	Regulamenta a Lei nº 10.862, de 4 de julho de 1990, que dispõe sobre a restrição ao tabagismo nos locais que especifica.

c) DA PESQUISA EFETUADA

Visando atender aos anseios da população do Município de São Paulo, a Administração realizou uma pesquisa, através da empresa Anhembí Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo, para consulta prévia acerca da opinião da Lei Anti-Tabagismo em Restaurantes e Lanchonetes no âmbito Municipal, na qual foram colhidos os seguintes dados:

Número de pessoas pesquisadas: 98.085
Quantidade de Locais Pesquisados: 5.037

GERAL

FAVOR	76.740	78,23%
CONTRA	21.345	21,77%

HOMENS

FAVOR	34.620
CONTRA	9.767

MULHERES

FAVOR	42.120
CONTRA	11.578

obs: DE CADA QUATRO FUMANTES, TRÊS SÃO A FAVOR DA PROIBIÇÃO.

Ressalte-se que os dados acima foram confirmados pela pesquisa realizada pela DATAFOLHA (cópia anexa), na qual consta que 75% dos entrevistados são a favor da lei proibindo o fumo em restaures e 19% contra a referida legislação.

Assim, comprova-se, documentalmente, mediante a juntada das pesquisas efetuadas, a consulta prévia a população do Município, que manifestou sua aprovação à legislação antitabagismo em restaurantes editada.

d) DA LEGALIDADE DO DECRETO

Ora, em virtude da competência municipal que lhe foi conferida pelos dispositivos legais acima relacionados, face à legislação em vigor e com vistas a atender a vontade da população que, em pesquisas efetuadas, demonstrou ser contrária ao tabagismo nos bares e restaurantes, a Municipalidade editou o Decreto nº 34.836 de 31 de janeiro de 1995, objetivando regulamentar a matéria.

Insurge-se a Federação demandante contra o Decreto nº 34. 836, de 31 de janeiro de 1995, acoimando-o de ilegal por entender ofender a Lei Municipal nº 10.862/90.

Em defesa de sua "tese", alega que o decreto foi além do mandamento legal da Lei nº 10.862/90.

Curiosamente, enumera a legislação municipal reguladora do fumo, sendo que nesta tarefa, omitiu do "caput" do art. 1º, da Lei nº 9.120/80 as palavras "**entre outros**" que, no contexto, tem o condão de dar à relação dos estabelecimentos que menciona, o caráter exemplificativo, só transcrevendo o que lhe interessava, tentando, em vão, induzir esse MM. Juízo a erro.

Contudo, parte o autor de uma análise perfunctória da matéria, que o levou a uma equivocada conclusão acerca da ilegalidade do aludido decreto.

Com efeito, conforme demonstra o item "b" acima, a legislação que restringe o tabagismo não se resume única e exclusivamente à Lei Municipal nº 10.862/90, mas, ao contrário, tem todo um percurso através dos tempos, formando, na verdade, um verdadeiro sistema de leis que devem sempre ser interpretadas sistematicamente e, nunca, isoladamente.

Faz parte desse sistema de leis reguladoras do fumo, a Lei nº 9.120, de 08 de outubro de 1980, de **caráter geral** que, em seu artigo 1º, dispõe sobre a proibição de fumar, nos seguintes termos:

"Art. 1º **É proibido fumar** em estabelecimentos públicos fechados, onde for obrigatório o trânsito ou a permanência de pessoas, assim considerados, entre outros, os seguintes locais:

- I - os elevadores de prédios públicos ou residenciais;
- II- o interior dos meios de transportes coletivos urbanos;
- III- os corredores, salas e enfermarias de hospitais, casas de saúde, prontos-socorros, creches e postos de saúde;

IV- os auditórios, salas de conferências ou de convenções;

V- os museus, teatros, salas de projeção, bibliotecas, salas de exposições de qualquer natureza e locais onde se realizam espetáculos circenses;

VI- o interior de estabelecimentos comerciais;

VII- os estabelecimentos escolares de 1º e 2º Graus;

VIII- as garagens de prédios públicos e edifícios comerciais e residenciais;

IX- o interior dos veículos destinados a serviços de táxi;

X- os locais por natureza vulneráveis a incêndios, especialmente os depósitos de explosivos e inflamáveis, os postos distribuidores de combustíveis, as garagens e estacionamentos e os depósitos de material de fácil combustão."

Por seu turno, a Lei nº 10.862, de 04 de julho de 1990, de caráter especial, dispõe sobre a situação de bares e restaurantes com área acima de 100 m², mantendo a proibição de não fumar constante da Lei nº 9.120/80, determinando a estes dispor de uma área mínima de 50% do total da parte de consumação destinada, frise-se, aos NÃO-FUMANTES, de conformidade com o art. 1º, parágrafo único, "verbis":

"Art. 1º Ficam **obrigados** os bares, restaurantes, churrascarias, lanchonetes e estabelecimentos afins com área superior a 100 m² (cem metros quadrados) a dispor de espaço reservado aos não fumantes, **a fim de que tenham sua saúde e conforto preservados.**

Parágrafo único. O espaço a que se refere o "caput" deste artigo não poderá ser inferior a 50% (cinquenta por cento) da área de consumação do público." (grifos nossos)

Assim, sendo a lei posterior de caráter especial, fica evidente que a Lei nº 9.120/80, que dispõe acerca da proibição geral do fumo em estabelecimentos públicos, notadamente o interior de estabelecimentos comer-

ciais, de acordo com o inciso VI de seu art. 1º, está em vigor, não se podendo concluir, como equivocadamente quer fazer crer a impetrante, que a situação dos bares, restaurantes, etc. não mais estaria à ela submetida, mas tão somente à Lei nº 10.862/90, na medida em que essa lei especial posterior não se constitui em um permissivo legal para o tabagismo nestes estabelecimentos, mas apenas mais uma imposição para tais estabelecimentos, obrigando-os a dispor de certo espaço aos NÃO-FUMANTES, determinando que tal espaço não seja inferior à 50% (cinquenta por cento) da área de consumação do público.

Não trata assim, a Lei nº 10.862/90 de permitir o tabagismo, sendo certo que o restringe, conforme se depreende de sua ementa, obrigando os estabelecimentos nela elencados a disporem de área mínima reservada aos NÃO-FUMANTES, não se podendo acolher o argumento da autora de que em tais estabelecimentos seria permitido o fumo.

A Lei nº 10.862/90, em que pese seu caráter especial, se coaduna perfeitamente com a Lei nº 9.120/80, na medida em que mantém a proibição ao tabagismo dela constante, não a revogando.

A corroborar tal assertiva, o parágrafo segundo do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil assim dispõe, "verbis":

"A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."

Assim, não há que se falar em "lex specialis derogat generalis", visto que a questão colocada nestes autos não se enquadra nessa hipótese.

O decreto nº 34.836/95, veio a lume, na verdade, regulamentando tanto a Lei nº 10.982/90 tal como demonstra sua ementa, quanto a Lei nº 9.120/80, de caráter geral, tal como se depreende do quarto "considerando".

O decreto que ora é objeto de críticas quanto à sua legalidade, em nada inova a legislação existente, cumprindo sua função regulamentadora das leis anti-tabagismo editadas no âmbito Municipal, que vigoram desde 1980, sendo que, na época, nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade foi levantada.

Não há que se falar, por exemplo, que o referido **decreto proíbe o fumo** em seu artigo primeiro, na medida em que se reporta e repete a proibição de caráter geral da Lei nº 9.120/80, constante de seu artigo 1º.

Além do que, com relação ao seu art. 2º, que prevê a criação do "fumódromo", não há que se falar em inovação, na medida em que a Lei 10.862/90, repita-se, estabelece uma área de, **no mínimo**, 50 % (cinquenta por cento) para os NÃO-FUMANTES nos estabelecimentos acima de 100 m², podendo, obviamente, chegar a 100% (cem por cento) da área de consumação reservada aos NÃO-FUMANTES. A Lei cuida do NÃO-FUMANTE e não do FUMANTE. Estabelece um mínimo, sem contudo, balizar o máximo previsto de área reservada, frise-se, uma vez mais ao NÃO-FUMANTE.

Demais disso, o art. 3º, da Lei Municipal 9.120/80, invocado pela demandante, do modo como escrito à fls. 20 da inicial, não corresponde ao significado de sua redação legal que, justamente ao contrário, não é permissiva do fumo, mas sim facultativa à criação de salas ou recintos destinados exclusivamente aos fumantes pelos órgãos e estabelecimentos abrangidos na lei, sendo certo que a criação do "fumódromo" se coaduna, também, com este dispositivo legal.

O art. 3º, por seu turno, apenas regulamenta o art. 2º da Lei no 10.862/90, que excepcionado do cumprimento do art. 1º, assim foi mantido pelo Decreto, respeitando-se, assim, a exceção à regra geral prevista no inciso VI do art. 1º, da Lei 9.120/80, efetuada pela Lei 10.862/90 por este artigo, evidenciando-se, mais uma vez, o caráter regulamentador do Decreto, jamais inovador, como equivocadamente pretende fazer crer o autor.

Da exegese das Leis 9.120/80 e 10.862/90, depreende-se, mais uma vez que, no tocante à proibição do tabagismo e criação do "fumódromo", o Decreto que ora se visa atacar nada criou, apenas regulamentou.

A corroborar essa linha de raciocínio e exemplificando melhor, mister socorrer-nos do brilhante parecer do Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, com muita propriedade, respondeu à questão:

"18. Examine-se cada artigo.

O art. 1º refere-se a estabelecimentos que são, no sentido da Lei nº 9.120/80, estabelecimentos públicos fechados. Na verdade, repete, quanto a eles a proibição geral enunciada pelo art. 1º da Lei nº 9.120/80.

Nada se pode objetar quanto a isso.

19. O art. 2º permite, nos estabelecimentos com área superior a 100 (cem) m², a possibilidade da criação de "área reservada exclusivamente para fumantes."

Ao fazê-lo, não contraria o art. 3º da Lei nº 9.120/80, e segue o disposto no art. 1º da Lei nº 10.862/90.

20. Dir-se-á que, na sua parte final, o art. 2º do Decreto em exame vai além das normas legais, pois exige que a área dos fumantes seja "isolada da área de consumação de alimentos."

É verdade que isso não é expresso em qualquer das duas leis, entretanto, o contrário também não o é.

Ora, não é incompatível com o espírito dessa legislação que se reserve ao fumante lugar para fumar, não para consumir alimentos enquanto fuma.

Em abono disto, veja-se que o art. 2º da Lei nº 10.862/90 é, quanto a isso, expresso em relação a casas noturnas, etc. Por que o fez neste caso e não em geral, com referência aos estabelecimentos que menciona no art. 1º?

Certamente porque não quis a mesma situação em ambos os casos, que são intrinsecamente diversos. Nos restaurantes, normalmente se vai para comer-- o que não combina com o fumo -- nas casas noturnas, para dançar, conversar etc., e até para comer.

21. Os demais artigos do Decreto não oferecem campo para polêmica.

O art. 4º do Decreto, referente aos avisos, repete o art. 3º da Lei nº 10.862/90, com algumas minudências.

O art. 5º do Decreto repete o art. 4º da Lei nº 10.862/90.

O art. 7º contém uma determinação administrativa que evidentemente se enquadra na competência do Chefe do Executivo Municipal.

Certamente, ninguém terá objeções contra eles."

Assim, resta juridicamente demonstrado que o aludido Decreto se insere no ordenamento jurídico vigente, em sua função regulamentadora, ao contrário do que alega o impetrante.

Não se permita olvidar, para fins de acolher os argumentos de que tal decreto seria ilegal, que a Lei 9.120/80 não estaria mais em vigor.

Tal pretensão não prevalece, tendo em vista que a legislação superveniente, compreendendo, inclusive, a própria Lei 10.862/90 (art. 5º), modifica a redação de um de seus artigos, bem como acrescenta incisos ao art. 1º, conforme se depreende do quadro de leis constante do item "c" (Leis de nos 11.618/94 e 11.657/94).

Prosseguindo-se no tema de legalidade, onde reside, precipua-mente, o cerne da questão objeto do "mandamus", cumpre relatar a situação dos estabelecimentos com área inferior a 100 m2, posto que tema da discussão.

Salientou-se na inicial, mais especificamente a fls. 17 e a fls. 26, ser a maioria maior dos filiados do impetrante, estabelecimentos com área inferior a 100 m2 (cem metros quadrados) onde, segundo sua "lógica", em seu interior o fumo estaria liberado, de acordo com a Lei no 10.862/90.

Equivoca-se, uma vez mais o demandante, ao entender que a situação dos estabelecimentos com menos de 100 m2 (cem metros quadrados) estaria sendo alterada pelo decreto.

Em tais estabelecimentos a proibição ao fumo monta de 1980, com a edição da Lei nº 9.120 que, em seu artigo 1º, dispõe sobre a proibição de fumar, em estabelecimentos públicos fechados, listando, exemplificadamente, os locais, sendo que é incisiva, no inciso VI, que trata do **interior de estabelecimentos comerciais**.

Referido diploma legal está em vigor, tendo em vista que, como é cediço, a Lei nº 10.862/90 dispõe acerca de estabelecimentos comerciais com área superior a 100 m² (cem metros quadrados), sendo uma lei de caráter especial.

Em assim sendo, o Decreto nº 34.836/95 em nada inovou com relação aos estabelecimentos com menos de 100 m² (cem metros quadrados), como aparentemente quer fazer crer o impetrante. Ao contrário, **desde 1980 é absolutamente proibido fumar nestes estabelecimentos.**

A Lei nº 9.120/80 é de caráter geral, e ainda está em vigor, pois, as leis que se seguiram posteriormente, somente revogam as disposições em contrário, e cuidam de situações especiais, não revogando o caráter geral desta lei, mas sim dispondo no sentido de confirmá-lo, formando, na verdade, um conjunto de leis que, repita-se, não pode e não deve ser analisado de forma isolada, lendo-se apenas uma ou outra lei, sob pena de se incorrer em sério erro de interpretação a comprometer a saúde pública municipal, a que se visa proteger através dos diplomas legais existentes e que agora são consolidados através do Decreto nº 34.836/95, que ora se visa a atacar.

Nesse sentido, mister transcrever trecho do brilhante parecer do Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ora juntado às presentes informações, acerca da questão suscitada:

"III. Análise da legislação

9. Em face das premissas acima, é incontestável que está em vigor a Lei nº 9.120/80. De todos os ângulos que for encarada, igual é a resposta.

De fato, ela é uma lei geral. Estabelece uma norma dirigida a **todos os estabelecimentos públicos fechados (art. 1º, caput).**

A citada lei posterior, de nº 10.862/90, ao contrário, é uma lei especial que não se preocupa senão com alguns estabelecimentos – bares, restaurantes, churrascarias e lanchonetes, bem como estabelecimentos afins, "com área superior a 100 (cem) m²" (art. 1º, caput)

Conseqüentemente é descabido sustentar que ela tenha revogado a Lei nº 9.120/80." (fls. 9/10)

Outrossim, conforme se depreende dos "Considerandos" do Decreto nº 34.836/95, sua base se afirma nas leis mencionadas, em especial a Lei 9.120/80.

Não é outro o entendimento da Profª. Dra. Odete Medauar em resposta à consulta sobre o tema, cujo trecho permitimo-nos transcrever:

"VI - Ausência de ilegalidade

Como se depreende do confronto dos preceitos supra transcritos, o Decreto n. 34.836/95 no seu teor vedatório, tem como base a Lei n. 9.120/80 que proíbe fumar em estabelecimentos onde há o trânsito e permanência de pessoas. Já se observou que a expressão "entre outros" mencionada no "caput" do art. 1ª dessa lei torna exemplificativos os locais aí arrolados.

Portanto, existe base na lei para a proibição de fumar em estabelecimentos com menos ou mais de 100 m2. O Decreto em tela não criou, assim, nova proibição, pois o impedimento existe e vigora desde a data da Lei nº 9.120/80.

Parece claro que a Lei nº. 10.862/90 preocupou-se, sobretudo, com estabelecimentos de mais de 100 m2, mesmo porque qualquer separação entre fumantes e não fumantes em estabelecimentos com área menor torna-se inócua, ante a propagação da fumaça." (grifos nossos)

Evidente, portanto, a ausência de permissão ao fumo nos estabelecimentos com menos de 100m2, face ao teor de legislação embaixadora do decreto ora increpado.

Outro ponto em que se apóia o demandante, para fins de, em vão, tentar inquirir de ilegal o aludido decreto, se resume no tocante à multa, que, segundo sua argumentação, teria sido modificada de 07 para 10 UFMs pelo art. 6ª.

Mais uma vez, engana-se o impetrante, induzindo, claramente, este MM. Juízo a erro.

Com efeito, como bem V.Exa. poderá constatar através da legislação ora juntada, a referida multa foi modificada pelo artigo 2º da Lei nº 11.618/94, que assim dispõe:

"Art. 2º O artigo 4º da Lei Municipal nº. 9120, de 08 de outubro de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º Os infratores desta Lei sujeitar-se-ão à multa de 10 (dez) Unidades Fiscais do Município - UFMs, aplicada em dobro na reincidência"

Dessa forma, nem por esse fundamento, se pode cogitar de ilegalidade na edição do Decreto, na medida em que o art. 6º repete o artigo acima discriminado

Vale novamente citar, sobre esse tópico, os pareceres proferidos pelos Professores Doutores Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Odete Medauar que tão bem elucidam a questão, respectivamente:

"22. Quanto ao art. 6º que concerne à multa, advirta-se que reitera o disposto no art. 4º da Lei nº 9.120/80, com a redação que lhe deu a Lei no 11.618, de 13 de julho de 1994. Esta última Lei, com efeito, elevou a multa aplicável para 10 (dez) Unidades Fiscais do Município -- UFMs."

.....

"7- Outro motivo de alegação de ilegalidade do referido decreto pode ser, de maneira equivocada, a mudança do valor da multa aos infratores. Ora, como já se mencionou, essa alteração ocorreu por força da Lei n. 11.618, de 13/4/94, que em seu art. 2º mudou a redação do art. 4o da Lei nº 9.120/80, a qual fixava em 07 UFM esse valor. A Lei 11.618/94 fixou em 10 UFM."

Portanto, do até aqui exposto e, espera-se, bem posto, não resulta outra conclusão senão a de que o Decreto nº 34.836 de 31 de janeiro de 1995 é absolutamente **legal** e cumpre sua função prevista no ordenamento jurídico que é a de regulamentar a legislação vigente.

Passa-se, assim, a análise de outro tópico que, face à repercussão do tema, importa salientar.

e) DA INQUESTIONÁVEL CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 35.836 de 31/01/95

Ao tentar caracterizar o Decreto Municipal de 31 de janeiro p.p. de inconstitucional, o Sindicato impetrante alega ofensa aos princípios da legalidade, livre iniciativa e liberdades individuais.

Quanto ao princípio da legalidade, já restou amplamente demonstrado acima que, o Decreto não lhe infringe, sendo absolutamente legal, sob todos os ângulos a que foi submetido à análise.

Aliás, diga-se, o Decreto é **super legal**.

A sua legalidade é manifesta não só no plano jurídico, como também no fim que visa atingir, ou seja, a saúde pública da população, o direito de se ter, em ambientes públicos fechados, mais especificamente aqueles que se destinam à alimentação, proteção contra os agentes nocivos à saúde.

Portanto, tentar invocar o princípio da livre iniciativa e liberdades individuais para a fins de obstar sua execução se configura, na verdade, em verdadeira deturpação dos princípios constitucionais que, tão valiosos, não se podem prestar à defesa de interesses mezinhos, como o dos comerciantes e, porque não dizer, dos fumantes.

Afirmar, sem contudo comprovar, que a execução do Decreto causaria prejuízos aos filiados do Sindicato demandante é, no mínimo leviano e, como já salientado em preliminar, não comprova a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental.

Aliás, argumente-se que a verdade é justamente oposta a esse engano entendimento, posto que, as pessoas normalmente não fumam enquanto comem e sim ao terminarem a refeição, após o tradicional "cafezinho". E, nesta hora é que se alonga a permanência no local entre conversas, novos cigarros e novos cafés, **sem qualquer faturamento ao estabelecimento**. Ao revés, perdem-se outros clientes que desistem de esperar, em longas filas, por uma mesa vaga.

Em outras palavras, pode-se afirmar que os clientes, enquanto fumam nos restaurantes não consomem, gerando um período improdutivo de ocupação de mesas sem qualquer retorno ao estabelecimento, impedindo o rodízio mais rápido de consumidores e, em consequência, aumento de faturamento.

Caem por terra, assim, as alegações do impetrante de supostos prejuízos aos seus filiados.

Outrossim, bravatear contra o aludido Decreto, aduzindo ferido o princípio da liberdade individual na defesa do fumante configura, isto sim, a subversão dos direitos e garantias individuais estabelecidos na Carta Magna de 1988 que, decorrentes de sérias violações individuais ocorridas em nossa recente história, a esse fim não se presta.

Protege-se sim, com a medida, o interesse público, que se traduz, aqui, na defesa da saúde da população nos lugares públicos e não o fumante, que, de forma egoísta, impõe à comunidade a absorção da nicotina produzida pelo seu cigarro, indesejada e nociva.

A "liberdade individual" do fumante, face ao interesse público a que se visa resguardar instrumentalizando-se na legislação do fumo e sua exequibilidade, não se sobrepõe, jamais, à saúde pública.

Com relação às inconstitucionalidades lançadas ao aludido diploma legal, a Prof^ª. Dra. Odete Medauar em seu parecer as afasta, com a clareza das idéias que lhe é peculiar, como bem se depreende do trecho abaixo transcrito:

"VII - Ausência de Inconstitucionalidade

8. Para alegar a inconstitucionalidade do Decreto em apreço vem sendo invocado o princípio da livre iniciativa, que é indicado no "caput" do art. 170 da Constituição Federal como um dos norteadores da ordem econômica brasileira.

Na verdade, a lesão ao princípio significaria o impedimento total ao exercício de atividades comerciais, industriais, de prestação de serviço, profissionais, dentre do setor econômico. E essa não

é certamente a consequência do Decreto. As atividades de restaurantes, bares, lanchonetes e similares não estão impedidas. Se assim se pensasse, também lesariam o princípio da iniciativa privada todas as normas que disciplinam tais atividades, como as leis de zoneamento, as leis sobre poluição sonora, as exigências de equipamentos contra poluição, a disciplina nos horários de funcionamento etc.

Aleatórias alegações de queda no faturamento ou redução de frequência mostram-se subjetivas e sem comprovação cabal, o que por si só elide tal invocação em mandado de segurança, mesmo coletivo. O direito líquido e certo deve ser comprovado de plano, por prova documental, não alegações aleatórias.

Deve-se lembrar, ainda, que a proibição de fumar existe há muito tempo para cinema, teatros, por exemplo, em que a permanência se dá por cerca de duas horas no mínimo, sem que os fumantes aí fumem e com casas habitualmente lotadas.

9- Quanto ao argumento da violação da liberdade individual, ou seja, do direito de fumar, querendo, cabe recordar o reiterado dito, que é até popular: "O direito de um vai até onde esbarra no direito do outro." Como invocar-se o direito de prejudicar a saúde e o bem-estar de outrem?"

A respeito das liberdades individuais invocadas, mister ater-se às sábias ponderações bem colocadas no brilhante parecer proferido pelo eminente advogado Dr. ODYR PORTO, que ora juntamos à presente.

Fica evidenciado, pois, que, no que concerne à constitucionalidade do Decreto nº 34.836 de 31/01/95, não paira qualquer dúvida, restando, cabalmente refutados, todos os argumentos expendidos no sentido que impingir e macular seu texto de inconstitucional.

f) DA PROTEÇÃO À SAÚDE PÚBLICA

A saúde pública, como um bem inalienável e cujos direitos devem ser preservados, sempre foi o escopo da edição da legislação anti-tabagismo durante os anos que se seguiram e, com certeza, continuará sendo durante os anos que vierem.

No segundo "considerando" do Decreto nº 34.836/95, ressalta-se os prejuízos causados pelo cigarro aos "fumantes passivos" em ambientes fechados.

Saliente-se que, além de incômoda a fumaça exalada pelo cigarro do fumante, a fumaça que sai da lateral do produto é, comprovadamente extremamente prejudicial à saúde.

Em artigo publicado no Jornal "O ESTADO DE SÃO PAULO", datado de 12 de fevereiro de 1995, foi ouvida a opinião do médico Ronaldo Laranjeira sobre o assunto:

"Na opinião do médico Ronaldo Laranjeira, levando-se em conta apenas a questão da saúde pública, a restrição ao cigarro em restaurantes proposta pelo prefeito Paulo Maluf faz sentido. Segundo Laranjeira, existem dois tipos de fumaça produzida pelo cigarro: a que o fumante inala quando traga e a lateral (a que sai da queima do produto).

O segundo tipo foi incluído em 1992, pela agência norte-americana de proteção ao meio ambiente, no grupo de fumaças classificadas como muito deletérias à saúde. "Nesse tipo estão as substâncias cancerígenas de moléculas menores que, por conta do seu tamanho, atingem o pulmão de forma mais profunda," explica Laranjeira. "Quem sofre mais com isso são os chamados fumantes passivos ou indiretos."

Acerca do câncer de pulmão em mulheres não fumantes, o Jornal semanal "Shopping News" de 12.02.95 publicou matéria que comprova que a incidência de câncer de pulmão atinge até 50% (cinquenta por cento) das fumantes-passivas, no convívio social.

Tais dados, na verdade, são aqui trazidos apenas para ilustrar a adequação da medida adotada para o Município de São Paulo, que, desde 31 de janeiro p.p., integra a lista de cidades no mundo que fazem parte do projeto Cidade Saudável, lançado em Toronto, no Canadá, no qual se desenvolvem ações com as comunidades para melhorar a qualidade de vida da população (vide recorte do jornal "DIÁRIO POPULAR" de 01.02.95).

O tabagismo, como já é notório, é um agente extremamente nocivo à saúde. Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, as mortes por

câncer relacionados ao fumo tiveram aumento significativo, sendo responsável, hoje, por 50% (cinquenta por cento) das mortes dos fumantes.

Constatado o mal que o tabaco faz, especialmente em locais públicos fechados, a vedação ao fumo vem a calhar.

Principalmente em bares e restaurantes, onde a freqüência se dá com o intuito de se degustar o tipo de cardápio oferecido no estabelecimento, a restrição ao tabagismo nesses locais se torna oportuna, pois fumaça de cigarro e comida não têm que andar juntos.

Nota-se que, no mundo todo, mormente nos países desenvolvidos, o fumo tem sido drasticamente restringido e banido dos lugares públicos.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, nos vôos internos, não mais é permitido fumar, não se designando áreas específicas para os fumantes, sendo que, nos aeroportos, existe apenas uma área reservada à fumantes, consistente em uma sala hermeticamente fechada e ventilada.

Muito material existe sobre o tema, cuja parte dele pedimos vênha para juntar à presente, que ilustra o tratamento a que o tabagismo vem sendo submetido.

Portanto, sob a ótica da saúde pública, o Decreto nº 34.836/95 com ela se coaduna, cumprindo sua função regulamentadora.

IV- DA NECESSIDADE DA REVOGAÇÃO IMEDIATA DA MEDIDA LIMINAR

De todo o até aqui exposto, depreende-se que o Decreto nº 34.836/95 é absolutamente legal, consolidando, na verdade, uma série de dispositivos já existentes na legislação anterior que restringe o tabagismo, em especial as Leis nºs 9.120/80 e 10/862/90, em nada inovando no mundo jurídico, apenas cumprindo sua função regulamentadora das leis em vigor.

Quanto à constitucionalidade do referido Decreto, têm-se que é incontestável, pois não fere os princípios constitucionais invocados pela autora, como amplamente já foi demonstrado no item "e".

Assim, resta patente que os requisitos autorizadores para a concessão da medida liminar, quais sejam, o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora" não estão configurados no presente caso, razão pela qual, sua revogação é medida de rigor.

Acerca deste tema, discorre com peculiar proficiência o eminente advogado Dr. ODYR PORTO, em seu parecer respondendo à consulta formulada, em anexo.

Nesse sentido, conforme amplamente divulgado pela imprensa, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve por bem deferir o pedido de suspensão de liminar requerido pela Municipalidade de São Paulo, nos autos dos Mandados de Segurança ajuizados pelo Sindicato dos Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo (proc. no 135/95 - 12a V.F.P.) e Bar e Restaurante Danton Ltda. (proc. no 119/95 - 7a V.F.P.), cuja cópia segue anexa.

RESUMINDO E CONCLUINDO:

a) litispendência caracterizada, pela identidade da presente ação com a ação anteriormente ajuizada pelo Sindicato dos Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo (proc. no 135/95 - 12a V.F.P), sendo a extinção deste feito, sem julgamento de mérito, de conformidade com o art. 267, inciso V, e condenação da impetrante à pena de litigância de má-fé, medida de rigor, face à existência de lide idêntica à presente pendente de julgamento e a conduta atentatória à lealdade processual a que estão obrigadas as partes no processo;

b) ilegitimidade de parte do Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de São Paulo para o ingresso com a impetração coletiva, dada a ausência de assembléia geral específica autorizadora da medida judicial intentada, bem como do rol dos associados;

c) falta de interesse de agir do demandante, por não ter comprovado direito líquido e certo que visa a assegurar pela via mandamental, bem como pela impossibilidade de invocar a defesa de direitos individuais dos "fumantes", posto que dissociada das finalidades de seu Estatuto Social;

d) legalidade do Decreto nº 34.836/95, tendo em vista que, na sistemática da legislação existente, não inova, apenas regulamenta dispositivos legais constantes das Leis 9.120/80 e 10.862/90.

e) constitucionalidade absoluta do Decreto nº 34.836/95 que se coaduna com os princípios da legalidade e liberdade individual, frise-se, do **não-fumante**, e não do fumante, e nem sequer arranha o invocado e repita-se, **ofensa e prejuízos de seus filiados não comprovados com a edição medida**, princípio da livre iniciativa.

e) a proteção à saúde pública da população, se constitui em interesse público, garantida e consolidada pelo Decreto nº 34.836/95.

Assim, por todo o exposto, a Autoridade Impetrada e a Municipalidade de São Paulo, aguardam o acolhimento das preliminares levantadas e a conseqüente extinção do feito e, no MÉRITO, reiteram toda a argumentação até aqui expendida, objetivando a **DENEGAÇÃO DA ORDEM** e a cassação da medida liminar anteriormente concedida, pugnando, ainda, pela condenação da requerente à pena de litigância de má-fé.

Termos em que,

P.Deferimento.

São Paulo, 15 de março de 1995.

FRANCISCO NIETO MARTIN
Secretário das Administrações Regionais

NANCY AL-ASSAL
Procuradora Municipal
JUD.31