



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

SENTENÇA

Processo nº: **053.09.015779-9 - Mandado de Segurança**
Impetrante: **Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo ABRESI**
Impetrado: **Diretor Executivo da Fundação Procon – SP; Diretor do Centro de Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo; Coordenador da Vigilância em Saúde do Município de São Paulo; Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo; Delegado Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo; Comandante Geral da Guarda Civil Metropolitana do Município de São Paulo.**

Tabagismo. Produto lícito. Fabricação liberada sem limites. Produto prejudicial à saúde. Propaganda e consumo já restringidos por lei federal. Exacerbação da restrição ao consumo, por lei estadual, em recintos coletivos privados, com e sem acesso ao público. Suposta proteção do fumante-passivo. Regra que ignora a dependência química (e social) pior que o álcool, maconha, cocaína, heroína, morfina e *crack*, decorrente de dezenas de anos de propaganda de estímulo ao consumo. Previsão de campanha de desestímulo que deve preceder com tempo razoável a proibição.

Promessa irrealizável de assistência terapêutica e medicamentosa aos que querem parar de fumar por não ter o Estado recursos suficientes nem para cumprir deveres atuais e igualmente importantes nas áreas de saúde, educação, segurança. Desvio de recursos. Princípio da proibição do excesso. Desproporção entre os fins almejados e os meios despendidos. Princípio da proibição do excesso.

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança preventivo pelo qual a Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo – ABRESI quer a suspensão da ameaça de aplicação a seus associados das sanções previstas na lei estadual nº 13.541, de 07 de maio de 2009, e seu Regulamento, decreto nº 54.311, da mesma data, que proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno em recintos de uso coletivo, públicos ou privados; exige a aquisição e afixação de placas indicativas da proibição e a aquisição e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

distribuição gratuita de formulários para denúncia de infrações; transfere ao empresário o poder de polícia estatal. Sustenta, em resumo, que a matéria já é regulada pela lei federal nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que exige e permite a existência de áreas exclusivas para tal finalidade (os “fumódromos”), em respeito à liberdade individual dos fumantes e em proteção dos não-fumantes, enquanto a norma estadual, de forma radical, na prática suprime totalmente o direito daqueles; a competência legislativa concorrente sobre saúde possibilita aos Estados editar normas que apenas especifiquem as normas gerais federais, mas não extrapolá-las ampliando a restrição de direitos dos usuários e dos empresários; estes têm direito adquirido de manter os “fumódromos”, instalados com alto custo por exigência da lei federal; o tabaco não é produto ilícito, tanto que autorizados a produção e consumo; há afronta ao princípio da proporcionalidade, por suprimir totalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade individual e o direito de propriedade.

O exame da liminar foi adiado para depois das informações, que foram prestadas, a sustentar a legalidade da exigência e a suscitar preliminares de ilegitimidade passiva e ativa e inadequação da via eleita.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.
Decido.

Concedo a segurança.

Observação inicial necessária e conveniente: qual magistrado seria mais imparcial (com perdão da tautologia) para apreciar a controvérsia – o fumante ou o não-fumante? Tenho ouvido opiniões ora num, ora noutra sentido, o que leva à conclusão de que nenhum dos dois pode ser considerado suspeito. Assim também ocorre em relação a questões sobre aborto, pesquisa de células-tronco embrionárias, casamentos “gay”, divórcio, guarda de filhos etc. Em todos esses casos, o pressuposto é que a decisão será orientada sem preconceitos morais ou religiosos, ser o magistrado casado, divorciado ou solteiro, nem por abstrações teóricas, mas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

exclusivamente por fundamentação jurídica, esta mesma não despregada dos princípios éticos e dos fatos da realidade concreta da vida. Aliás, juristas de escol, confessadamente não-fumantes, já se manifestaram pela inconstitucionalidade da norma.

Rejeito as preliminares.

A de legitimidade ativa foi suscitada com fundamento em falta de autorização dos filiados; ocorre que é em sentido diverso a orientação do Supremo Tribunal Federal¹.

Não há falar de ilegitimidade passiva. A norma prevê a fiscalização (e imposição de multa) pelo PROCON e pela vigilância sanitária estadual; a intervenção da polícia militar (e conseqüentemente da polícia civil); prevendo a possibilidade de convênios com os municípios, presume-se que a vigilância sanitária municipal e a guarda municipal também poderão ser utilizadas.²

A via eleita é adequada, não há necessidade de dilação probatória. Possível o controle incidental de constitucionalidade em primeiro grau, quando isso não constituir objeto do pedido, mas questão prejudicial indispensável para a solução do caso concreto. Nesse sentido: STF, Rcl. 1733-SP, Min. Celso de Mello; Nelson Nery Júnior, Constituição Federal Comentada, RT, ed. 2006, pg. 480; Ada Pellegrini Grinover, O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Coisa Julgada Erga Omnes das Ações Coletivas, in O Processo – Estudos & Pareceres, Ed. DPJ, 2006, pg 177 e 182; STF, Rcl 2687/PA, Min. Marco Aurélio; RE 227159/GO, Min. Néri da Silveira; Rcl-MC 2460/RJ, Min. Marco Aurélio; STF, Rcl 2460-MC/RJ, Min. Marco Aurélio.

¹ **Súmula 629.** A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes. **Súmula 630.** A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.

² O governador José Serra (PSDB) cobrou ontem maior empenho dos secretários de Saúde (...) e da Justiça (...) na **mobilização das prefeituras** para o sucesso da lei anti-fumo no Estado. (...) fez um apelo para que os **prefeitos** trabalhem pelo cumprimento da lei, pois o Estado atuará "no atacado". (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1706200912.htm>).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

E não se trata de lei em tese: os empresários que construíram os recintos adequados determinados pela lei federal terão de readaptá-los e dar-lhes outra destinação útil, ou construir outros ambientes em que seja possível cumprir a nova regra, assim como os responsáveis pelos recintos públicos e privados deverão mandar confeccionar e afixar placas de avisos e fornecer gratuitamente impressos para denúncia ou delação de supostas infrações. Isso tudo demanda custo e tempo, não podendo ser concretizado no curto período previsto na lei; mister pesquisa de preço e da fonte de recursos (utilização de eventual sobra de caixa, obtenção de financiamento bancário, aumento do preço de suas mercadorias e serviços etc.).

Claro que tal tipo de preocupação, que constitui o cotidiano de qualquer empresário sério e bem sucedido, não costuma entrar nas cogitações de parte dos legisladores e dos administradores públicos, nem dos juristas de gabinete, ainda que notáveis. Leis são feitas com propósitos demagógicos ou com os mais saudáveis propósitos, mas sem a exata noção de sua viabilidade e conseqüências (veja-se a enorme dívida de precatórios contraídas sem a necessária dotação orçamentária).

Ensina HELY LOPES MEIRELLES:

“A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. (...) Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos (...). Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis (...) que proíbem atividades ou condutas individuais. (...) Em geral, as leis, decretos e demais atos proibitivos são sempre de efeitos concretos, pois atuam direta e imediatamente sobre seus destinatários.”

(Mandado de Segurança, Malheiros, 26ª Ed., pp 39/40).

I – A legislação sobre a matéria (sem grifos no original).

Lei estadual nº 13.541, de 07/05/2009



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Art. 1º Esta lei estabelece normas de proteção à saúde e de responsabilidade por dano ao consumidor, nos termos do artigo 24, incisos V, VIII e XII, da Constituição Federal, para criação de ambientes de uso coletivo livres de produtos fumígenos.

Art. 2º Fica proibido no território do Estado de São Paulo, em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados, o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco.

§ 1º Aplica-se o disposto no “caput” deste artigo aos recintos de uso coletivo, total ou parcialmente fechados em qualquer dos seus lados por parede, divisória, teto ou telhado, ainda que provisórios, onde haja permanência ou circulação de pessoas.

§ 2º Para os fins desta lei, a expressão “recintos de uso coletivo” compreende, dentre outros, os ambientes de trabalho, de estudo, de cultura, de culto religioso, de lazer, de esporte ou de entretenimento, áreas comuns de condomínios, casas de espetáculos, teatros, cinemas, bares, lanchonetes, boates, restaurantes, praças de alimentação, hotéis, pousadas, centros comerciais, bancos e similares, supermercados, açougues, padarias, farmácias e drogarias, repartições públicas, instituições de saúde, escolas, museus, bibliotecas, espaços de exposições, veículos públicos ou privados de transporte coletivo, viaturas oficiais de qualquer espécie e táxis.

§ 3º Nos locais previstos nos parágrafos 1º e 2º deste artigo deverá ser **afixado aviso** da proibição, em pontos de ampla visibilidade, com indicação de telefone e endereço dos órgãos estaduais responsáveis pela vigilância sanitária e pela defesa do consumidor.

Art. 3º O **responsável** pelos recintos de que trata esta lei **deverá advertir** os eventuais infratores sobre a proibição nela contida, bem como sobre a obrigatoriedade, caso persista na conduta coibida, de imediata retirada do local, se necessário mediante o auxílio de força policial.

Art. 4º Tratando-se de fornecimento de produtos e serviços, o empresário deverá cuidar, proteger e **vigiar** para que no local de funcionamento de sua empresa não seja praticada infração ao disposto nesta lei.

Parágrafo único - O **empresário omissor** ficará sujeito às **sanções** previstas no artigo 56 da Lei federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis na forma de seus artigos 57 a 60, sem prejuízo das sanções previstas na legislação sanitária.

Art. 5º Qualquer pessoa poderá **relatar** ao órgão de vigilância sanitária ou de defesa do consumidor da respectiva área de atuação, fato que tenha presenciado em desacordo com o disposto nesta lei.

§ 1º O relato de que trata o “caput” deste artigo conterá:

- 1 - a exposição do fato e suas circunstâncias;
- 2 - a declaração, sob as penas da lei, de que o relato corresponde à verdade;
- 3 - a identificação do autor, com nome, prenome, número da cédula de identidade, seu endereço e assinatura.

§ 2º - A critério do interessado, o relato poderá ser apresentado por meio eletrônico, no sítio de rede mundial de computadores - “internet” dos órgãos referidos no “caput” deste artigo, devendo ser ratificado, para atendimento de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

todos os requisitos previstos nesta lei.

§ 3º - O relato feito nos termos deste artigo constitui prova idônea para o procedimento sancionatório.

Art. 6º - Esta lei **não se aplica**:

I - aos locais de culto religioso em que o uso de produto fumígeno faça parte do ritual;

II - às instituições de tratamento da saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelo médico que os assista;

III - às vias públicas e aos espaços ao ar livre;

IV - às residências;

V - aos estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada.

Parágrafo único - Nos locais indicados nos incisos I, II e V deste artigo deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação de ambientes protegidos por esta lei.

Art. 7º As penalidades decorrentes de infrações às disposições desta lei serão impostas, nos respectivos âmbitos de atribuições, pelos **órgãos estaduais** de vigilância sanitária ou de defesa do consumidor.

Parágrafo único - O início da aplicação das penalidades será precedido de ampla **campanha educativa**, realizada pelo Governo do Estado nos meios de comunicação, como jornais, revistas, rádio e televisão, para esclarecimento sobre os deveres, proibições e sanções impostos por esta lei, além da nocividade do fumo à saúde.

Art. 8º Caberá ao Poder Executivo **disponibilizar** em toda a rede de saúde pública do Estado, **assistência terapêutica e medicamentos** antitabagismo para os fumantes que queiram parar de fumar.

Art. 9º Esta lei entra em vigor no prazo de 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

Lei federal nº 9.294, de 15/07/96

Art. 1º O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac.

Art. 2º **É proibido o uso** de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, **salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente.**

§ 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema.

§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no **caput** nas aeronaves e veículos de transporte coletivo.

(...)³

Art. 9º Aplicam-se ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes **sanções**: (...)

§ 3º **Considera-se infrator**, para os efeitos desta Lei, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja **responsável pela divulgação** da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação.

§ 4º Compete à **autoridade sanitária municipal** aplicar as sanções previstas neste artigo, na forma do art. 12 da [Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977](#), ressalvada a competência exclusiva ou concorrente:

I – do órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde, inclusive quanto às sanções aplicáveis às agências de publicidade, responsáveis por propaganda de âmbito nacional; II – do órgão de regulamentação da aviação civil do Ministério da Defesa, em relação a infrações verificadas no interior de aeronaves; III – do órgão do Ministério das Comunicações responsável pela fiscalização das emissoras de rádio e televisão; IV – do órgão de regulamentação de transportes do Ministério dos Transportes, em relação a infrações ocorridas no interior de transportes rodoviários, ferroviários e aquaviários de passageiros.

5º (...)

II – Competência legislativa concorrente e suas limitações.

Não há controvérsia sobre ser **concorrente** a competência legislativa da União, Estados e municípios sobre saúde, meio-ambiente e consumidor, nos termos e com as limitações previstas na Constituição Federal:

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;

³ Os artigos 3º até 8º tratam da propaganda; o art. 3º-C, § 2º exige a inserção da frase “O ministério da saúde adverte: ... VII – **“a nicotina é droga e causa dependência”**.”]



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

VI - proteger o meio ambiente e **combater a poluição** em qualquer de suas formas;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao **meio ambiente**, ao **consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

XII - previdência social, proteção e defesa da **saúde**;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer **normas gerais**.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência **suplementar** dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Sobre tal competência **e suas limitações**, assim se posiciona o C. Supremo Tribunal Federal:⁴

"O art. 24 da CF compreende competência estadual **concorrente** não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de **afeiçoá-la às peculiaridades** locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena 'para atender a suas peculiaridades' (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º). A Lei 10.860, de 31-8-2001, do Estado de São Paulo foi além da competência estadual concorrente não-cumulativa e cumulativa, pelo que afrontou a Constituição Federal, art. 22, XXIV, e art. 24, IX, § 2º e § 3º." ([ADI 3.098](#), Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 24-11-05, *DJ* de 10-3-06)

"A competência dos Estados para legislar sobre a proteção e defesa da saúde é concorrente à União e, nesse âmbito, a União deve limitar-se a editar normas gerais, conforme o artigo 24, XII, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Não usurpa competência da União lei estadual que dispõe sobre o beneficiamento de leite de cabra em condições artesanais." ([ADI 1.278](#), Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 16-5-07, *DJ* de 1º-6-07)

⁴ (<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> - A Constituição e o Supremo):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

5

"**Competência concorrente** entre a União, que define as normas gerais e os entes estaduais e Distrito Federal, que fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido no art. 24, inc. IX, da Constituição da República, ou seja, para legislar sobre **educação**. O art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República enfatiza a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, **deixando as singularidades no âmbito de competência dos Estados** e do Distrito Federal." ([ADI 3.669](#), Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. em 18-6-07, *DJ* de 29-6-07)

"Ação direta. Resolução n. 12.000-001, do Secretário de Segurança do Estado do Piauí. Disciplina do horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos. Inadmissibilidade. Aparência de ofensa aos arts. 30, I, e 24, V e VI, da CF. **Usurpação de competências legislativas do Município e da União**. Liminar concedida com efeito *ex nunc*. Aparenta inconstitucionalidade a resolução de autoridade estadual que, sob pretexto do exercício do poder de polícia, discipline horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, matéria de consumo e assuntos análogos." ([ADI 3.731-MC](#), Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 29-8-07, *DJ* de 11-10-07). No mesmo sentido: [ADI 3.691](#), Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 29-8-07, *DJE* de 9-5-08.

"Lei 14.861/05, do Estado do Paraná. Informação quanto à presença de organismos geneticamente modificados em alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano e animal. Lei federal 11.105/05 e Decretos 4.680/03 e 5.591/05. Competência legislativa concorrente para dispor sobre produção, consumo e proteção e defesa da saúde. Art. 24, V e XII, da Constituição Federal. (...) Ocorrência de substituição — e não suplementação — das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. **Extrapolação**, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: [ADI 3.035](#), Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 14-10-05." ([ADI 3.645](#), Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 31-5-06, *DJ* de 1º-9-06)

"Surge relevante pedido voltado ao implemento de tutela antecipada quando estão em jogo competência concorrente e extravasamento do campo alusivo a normas gerais considerada providência estadual." ([ACO 830-TA](#), Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 29-10-07, *DJE* de 11-4-08)

⁵ ADI 1278 — no caso, a lei estadual previu, para o processo de pasteurização, gradação de apenas um grau centígrado superior à prevista na norma federal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

“Lei n. 3.706/2006, do Distrito Federal, que dispõe sobre 'a afixação de tabela relativa a taxas de juros e de rendimentos de aplicações financeiras pelas instituições bancárias e de crédito'. Usurpação da competência privativa da União para fixar normas gerais relativas às relações de consumo (CF, art. 24, V, §1º). ([ADI 3.668](#), Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 17-9-07, *DJ* de 19-12-07)

“A Constituição da República, nos casos de competência concorrente (...), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (Raul Machado Horta, 'Estudos de Direito Constitucional', p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (...), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (...). Doutrina. Precedentes. Se é certo, de um lado, que, nas hipóteses referidas no art. 24 da Constituição, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para, assim, invadir, de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos Estados-membros, não é menos exato, de outro, que o Estado-membro, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, consubstanciada na Lei Complementar n. 80/94), não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade. A edição, por determinado Estado-membro, de lei que contrarie, frontalmente, critérios mínimos legitimamente veiculados, em sede de normas gerais, pela União Federal ofende, de modo direto, o texto da Carta Política. Precedentes.” ([ADI 2.903](#), Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-12-05, *DJE* de 19-9-08)

"Nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), nas quais se estabelece verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal e os Estados-Membros (Raul Machado Horta, *Estudos de Direito Constitucional*, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de entender incabível a ação direta de inconstitucionalidade, se, para o específico efeito de examinar-se a ocorrência, ou não, de invasão de competência da União Federal, por parte de qualquer Estado-Membro, tornar-se necessário o confronto prévio entre diplomas normativos de caráter infraconstitucional: a legislação nacional de princípios ou de normas gerais, de um lado (CF, art. 24, § 1º), e as leis estaduais de aplicação e execução das diretrizes fixadas pela União Federal, de outro (CF, art. 24, § 2º). Precedentes. É que, tratando-se de controle normativo abstrato, a inconstitucionalidade há de transparecer de modo imediato, derivando, o seu reconhecimento, do confronto direto que se faça entre o ato estatal impugnado e o texto da própria Constituição da República." ([ADI 2.344-QO](#), Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-11-00, *DJ* de 2-



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

8-02)

“Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei n. 9.055/95). Consequência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria.” ([ADI 2.656](#), Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8-5-03, DJ de 1º-8-03) [nota: refere-se à lei estadual nº 10.813/01]

Em resumo: existindo norma geral federal, Estados e Municípios não podem ultrapassar os limites da competência meramente **suplementar**.

No caso, segundo a firme orientação do Supremo Tribunal Federal, a norma estadual **extrapola** os limites da competência meramente suplementar, pois não cuida de **singularidades e peculiaridades locais**, mas ostenta natureza de verdadeira **substituição** e não mera suplementação. Com efeito, não há qualquer indicação de singularidade própria do Estado a justificá-la.

Há, sim, visível distinção entre brasileiros, restrição à liberdade individual, ao direito de propriedade, ao direito à intimidade.

É que, enquanto a norma federal restringe drasticamente **a propaganda e o uso** do fumo, mas **permite** sua produção, comercialização e uso em locais restritos, ou seja, previamente adaptados em proteção dos não-fumantes (“**fumódromos**”), a norma estadual **o proíbe** quase que totalmente, sob pretexto de proteger o não-fumante, ignorando aquela proteção **já prevista** na norma federal.

Por que não é proibida a produção e comercialização do fumo? Simples: é do interesse óbvio não apenas da indústria produtora, mas também dos governos federal, estaduais e municipais, em face da alta arrecadação com o **IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados**, entre



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

todos repartido (C.F., artigo 159). Veja-se o paradoxo: o governo federal aumentou a alíquota para os cigarros e a reduziu para os carros, supostamente para reduzir o consumo daqueles em proteção da saúde. Na verdade, trata-se apenas de compensar a perda (1,5 bilhão) com a redução tributária de um setor, transferindo-a para o outro. Ora, os veículos (dada a péssima qualidade do combustível) poluem muito mais e prejudicam muito mais a saúde. E nada indica que haverá redução do consumo de cigarro, porque 40% não pagam impostos (contrabandeados ou produzidos por sonegadores), mas sim estimular a ilegalidade.⁶

Não se pode esquecer do ICMS incidente sobre o fumo. Na verdade, o Estado de São Paulo parece mesmo, com essa lei antitabagismo, ter outros propósitos, que não os anunciados: retaliar o comportamento de outros Estados que produzem muito e consomem pouco mas arrecadam mais com essa indústria. A Folha de São Paulo de 8 de junho de 2009 revela o forte incentivo fiscal que o Rio Grande do Sul concede à Souza Cruz. Em estudo realizado pela FIECAFI (USP) em 2006 a pedido do Sindifumo SP, denominado “Análise dos Efeitos dos Benefícios Fiscais concedidos pelos Estados Brasileiros às Indústrias de Cigarros sobre a Arrecadação do ICMS no Estado de São Paulo”, mostra que o Governo paulista contabilizou perda de 4,9 bilhões de reais em função das concessões de incentivos fiscais oferecidas por outros Estados no período de 1997 a 2003; São Paulo realiza menos de 5% da produção nacional de cigarros, mas consome mais de 40%; o maior volume de entradas é originário do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro.⁷

Tudo indica que o inimigo é outro e mais forte, não convindo enfrentá-lo. Ou enfrentá-lo obliquamente, através da utilização de meios não adequados.

Estes os termos da **exposição de motivos** do projeto de lei nº 577

⁶

www.disturb.com.br/forum/index.php?s=e90b2fb767f4b17961f2cff483be7940&showtopic=12738;
[http://blog.estadao.com.br/blog/advdefesa/?title=alta_do_imposto_do_cigarro_vai_pagar_a_c&more=1&c=1&tb=1&pb=1;](http://blog.estadao.com.br/blog/advdefesa/?title=alta_do_imposto_do_cigarro_vai_pagar_a_c&more=1&c=1&tb=1&pb=1) [www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/07/11/materia.2007-07-11.1811206631/.](http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/07/11/materia.2007-07-11.1811206631/)

⁷

http://www.planin.com/new/mostra_release.php?rls=1580;

[http://www.portaldoagronegocio.com.br/conteudo.php?id=22585.](http://www.portaldoagronegocio.com.br/conteudo.php?id=22585)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

(mensagem nº 138/08 do Senhor Governador do Estado):

“Tenho a honra de encaminhar, por intermédio de Vossa Excelência, à elevada deliberação dessa nobre Assembléia, o incluso projeto de lei que proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados, na forma que especifica, e cria ambientes de uso coletivo livres de tabaco.

A medida decorre de estudos realizados no âmbito da Secretaria da Saúde, consoante tendência mundial fundada em critérios de prevenção e preservação da saúde pública, e busca promover o assentamento de normas destinadas à criação de ambientes de uso coletivo livres de tabaco.

Comporta salientar, reproduzindo destaque dado pelo Senhor Secretário da Pasta, que há muitos anos existem estudos científicos que estabelecem a relação do uso do tabaco com problemas de saúde, com grande significado para a saúde pública, conforme, aliás, apontado pelo INCA - Instituto Nacional do Câncer: “milhares de estudos acumulados, até o momento, evidenciam o uso do tabaco como fator causal de quase 50 doenças diferentes, destacando-se as doenças cardiovasculares, o câncer e as doenças respiratórias obstrutivas”.

A matéria é objeto da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco – CQCT (Tratado Internacional de Saúde Pública), aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto legislativo nº 1.012, de 2005) e promulgado pelo Presidente da República (Decreto nº 5.658, de 2006), em cujo artigo 8º se lê:

“1. As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.

2. Cada Parte adotará e aplicará, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho, meios de transporte público, lugares públicos fechados e, se for o caso, outros lugares públicos, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais”.

Como se vê, esse tratado determina que os Países signatários impeçam, em ambientes fechados, a exposição de pessoas à fumaça do tabaco, o que está em harmonia com o artigo 196 da Constituição Federal, que atribui ao Estado o dever de proteger a saúde.

Os ambientes livres de fumo visam preservar o direito de todos à saúde, fumantes e não fumantes, sejam eles os freqüentadores dos ambientes coletivos, sejam eles os trabalhadores que ali exercem sua atividade.

É certo que esse objetivo insere-se na competência concorrente dos entes federativos e que o propósito da Lei federal nº 9.294, de 15 de julho de 1996, entre outros, é preservar a saúde, e, portanto, igualmente é certo o cabimento de legislação estadual ou municipal mais rigorosa, de forma a garantir tal direito.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

No caso de ambientes livres de fumo, respeitado o mínimo previsto na legislação federal, pode o Estado, no exercício da competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde, editar normas mais restritivas ao tabagismo.

Cabendo aos Estados e Municípios complementar a legislação federal, qualquer medida que busque ampliar a proteção à saúde, restringindo o fumo, estará cumprindo a norma constitucional, já que esse bem jurídico tutelado se sobrepõe à liberdade de fumar.

De par com isto, cuida o projeto de efetivar também a defesa do consumidor, garantia fundamental afirmada no inciso XXXII do artigo 5º e princípio inscrito no inciso V do artigo 170, ambos da Constituição Federal, materializada no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

São direitos básicos do consumidor, segundo o artigo 6º, inciso I, do Código, a proteção da vida e saúde nas relações de consumo de produtos e serviços, de modo que a proibição do tabagismo vem ao encontro da preservação do bem-estar geral do consumidor por ocasião da sua presença, forçosa ou voluntária, em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados, objeto da restrição imposta pelo projeto.

Portanto, ainda sob este aspecto, mostra-se imprescindível a edição de normas que assegurem ao consumidor a defesa do seu direito de não ser exposto ao tabagismo passivo, notoriamente nocivo e grave. Trata-se, enfim, de passo decisivo no sentido de propiciar melhores condições da saúde à população paulista.

Por fim, importa ressaltar que a medida legislativa ora proposta acompanha a evolução do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade de adaptação da legislação às regras contidas nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. De fato. Situação semelhante ocorreu no caso da proibição de uso de produtos derivados do **amianto**, alçado à apreciação daquela Corte, que reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 12.684, de 26 de agosto de 2007, sob o fundamento de que a lei paulista está respaldada pela Convenção 162 da Organização Mundial do Trabalho – OIT, também ratificada pelo Congresso Nacional.

Enunciados, assim, os motivos que embasam a propositura, submeto o assunto ao exame dessa egrégia Assembléia Legislativa.”
(Revista Consultor Jurídico, 7 de abril de 2009)

A medida se apóia, fundamentalmente, em dois pontos: (1) na decisão do STF sobre amianto e, (2) no decreto legislativo nº 1.012/2005 e decreto nº 5.658/2006, sobre controle do tabaco.

(1) A referência à decisão do Supremo Tribunal Federal na [ADI](#)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

[3.937-MC](#) – a respeito da comercialização do **amianto**, objeto da lei paulista nº 12.684/2007 – tem o claro objetivo de fundamentar a edição da lei anti-fumo, olvidando que se trata de decisão preliminar e provisória, concedida em caráter cautelar (dependendo, portanto, de futuro julgamento de mérito). Demais disso, tal decisão – que **contraria** a jurisprudência sedimentada da Suprema Corte a respeito da matéria – decorreu de duas distintas circunstâncias: a **peculiaridade** e a **ausência de alternativas**.

A primeira é a que se colhe do voto do Ministro Carlos Brito:

“Acontece que esse caso em parece peculiar, e muito peculiar – se o superlativo for admitido eu diria **peculiaríssimo** –, porque a lei federal faz remissão à Convenção da OIT n. 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como de direito fundamental (saúde), tem o *status* de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte, etc., do amianto. (...) De maneira que, retomando o discurso do Ministro Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a Constituição Federal nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral. E, como estamos em sede de cautelar, há dois princípios que desaconselham o *referendum* à cautelar: o princípio da precaução, que busca evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para gerações presentes; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para gerações futuras. Nesse caso, portanto, o *periculum in mora* é invertido e a plausibilidade do direito também contraindica o *referendum* a cautelar. Senhor Presidente, portanto, pedindo todas as vênias, acompanho a dissidência e também não referendo a cautelar.” ([ADI 3.937-MC](#), Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Carlos Brito, j. 4-6-08, *DJE* de 10-10-08)

A segunda se extrai do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

“ (...)

Volto ao caso em exame.

Alega-se que os estados da federação têm legislação de forma contrária à Constituição. Estou convencido de que essas normas não são



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

inconstitucionais. Por duas razões.

A primeira é a existência de norma que respalda a postura legislativa adotada pelos estados. Trata-se da Convenção nº 162, da OIT, promulgada por meio do decreto nº 126, de 22 de maio de 1991. Esse tratado internacional é um compromisso, assumido pelo Brasil, de desenvolver e implementar medidas para **proteger o trabalhador exposto ao amianto.**

(...)

O conteúdo dessa Convenção é um critério definitivo para se avaliar o exercício da competência legislativa dos estados. No caminho que vem sendo aberto pela Corte, a Convenção possui, no mínimo, o status de norma supralegal e infraconstitucional. (nota de rodapé: Refiro-me, obviamente, aos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello nos RE 466.643 e 349.703). Além de proteger o direito humano à saúde, a Convenção foi muito feliz ao exigir que os Estados-partes condicionassem possíveis exceções nacionais à proibição do amianto ao progressivo desenvolvimento de materiais que pudessem substituir a crisotila. Penso que é essa a norma a ser extraída do artigo 3º da Convenção:

(...)

Não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para os estados e municípios. (...)

Passo à **segunda razão** pela qual estou convencido da legitimidade da legislação estadual impugnada. É que não vejo sentido prático em se saber se são leis específicas que devem ser confrontadas com uma lei geral. Penso que é inadequado concluir que a lei federal exclui a aplicação de qualquer outra norma ao caso. A preexistência da Convenção impede que se tente elevar a lei ordinária federal ao status de norma geral. Em verdade, é a Convenção que possui tintas de generalidade.

(...)

A limitação estadual ao amianto é razoável também pela inexistência de alternativas. O contexto fático indica que não há uma medida intermediária à proibição.

(...)"

Assim, porque a Convenção da OIT proíbe o uso do amianto, a Convenção para o Controle do Tabaco constituiria fundamento para proibir o uso do fumo.

Há, entretanto, dois equívocos. Primeiro: quanto ao amianto, **proíbe-se** não apenas o uso, mas a **própria produção** e comercialização, enquanto a produção/comercialização de cigarros (como de bebidas alcoólicas) é permitida (lícita) e apenas o uso é praticamente proibido.

Segundo: “a limitação estadual ao amianto é razoável também pela **inexistência de alternativas.** O contexto fático indica que **não há uma**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

medida intermediária à proibição”. Quanto ao tabaco, existem alternativas, há medida intermediária à proibição: de um lado, áreas reservadas ou fumódromos; de outro, a **livre escolha dos não-fumantes** em frequentar tais ambientes.

As **discotecas** (danceterias) são ambientes de marcante **poluição sonora** (também prejudicial à saúde, inclusive dos empregados) e frequentadas voluntariamente pelos que gostam de barulho, sem qualquer proibição em respeito à liberdade individual. Quem não aprecia, não é obrigado a nelas ingressar. Se o faz, pratica ato de opção (alguém dirá que o frequentador está viciado por dependência química? Ou está apenas ficando surdo?).

(2) A referência ao decreto legislativo nº 1.012/2005 e decreto nº 5.658/2006, que respectivamente aprovou e promulgou a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco também é equivocada.

Não se está a dizer que a legislação federal (seja a lei nº 9.294/96, sejam as normas que aprovaram tratado internacional) prevalecem sobre a lei estadual sobre matéria concorrente. Não. O que sustentamos é que (perdoada a obviedade), sejam umas, sejam outras, todas elas se submetem à Constituição Federal, pouco importando a categoria de tratado internacional.

Assim, se a norma federal contrariar o Estatuto Supremo, será inconstitucional.

Claro que (não esquecer que o Governador do Estado é um dos prováveis - quiçá o mais forte - concorrentes à Presidência da República) se vier lei federal dispendo de forma diversa da atual e no mesmo sentido da lei estadual, também estará incidindo no vício da desproporcionalidade e na violação do princípio da proibição do excesso. Ao contrário da lei federal sobre amianto, esta sim aparentemente inconstitucional, na visão do Ministro



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Eros Grau em voto (negando a liminar) na já referida ADI nº 3.937-MC/SP:

“Sou relator da ADIn nº 3.356, da qual pediu vista o Ministro Joaquim Barbosa. Nela adotei uma posição essencialmente formalista, referindo uma inconstitucionalidade formal. Depois disso, em razão dos debates quando proferi aquele meu voto e de ponderações que foram feitas, entre outros ministros, pelo Ministro Joaquim Barbosa, pareceu-me – e eu aguardava a ocasião para manifestar esse entendimento – que estava equivocado, que a matéria não pode ser examinada única e exclusivamente desde a perspectiva formal. Isso por quê?

Porque há uma lei federal, a de nº 9.055, que, no meu modo de ver, é inconstitucional na medida em que agride o preceito disposto no artigo 196 da Constituição. É bem verdade que, tanto naquela ocasião como nessa, o que se está ponderando é a constitucionalidade da lei estadual, não da lei federal. Em relação a esse aspecto, quero reafirmar posição – que já afirmei anteriormente – no sentido de que a esta Corte incumbe apreciar toda e qualquer inconstitucionalidade que lhe chegue ao conhecimento direta ou indiretamente. (...) Mas o que me parece importante assinalar é a circunstância de que há aí, no meu modo de ver, uma agressão ao art. 196 da Constituição. (...)”.⁸

O vício (!) da lei estadual anti-fumo não decorre de ser contrária à lei federal, mas por afrontar a própria Constituição Federal.

III – O princípio da proporcionalidade/razoabilidade e a proibição do excesso.

Aqui se chega à desproporcionalidade e irrazoabilidade da norma estadual. **Os fins não justificam os meios.**

O princípio da razoabilidade, no dizer de Luis Roberto Barroso (Interpretação e Aplicação da Constituição, Saraiva, 6ª Ed., 2008), “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. (...) É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio,

⁸ A ADI nº 3.356 tem por objeto lei pernambucana que dispõe sobre a proibição do uso do amianto ou asbesto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar” (p. 224). “A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas: será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios” (p. 226).

Prossegue o autor: “Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos” (p. 228).

Nesse mesmo sentido as lições do **Ministro Celso de Mello**:

“(…)

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao **princípio da proporcionalidade**, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos **excessos** do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do “*due process of law*” (RAQUEL DENIZE STUMM, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

FILHO, “Direitos Humanos Fundamentais”, p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da **atividade de caráter legislativo**. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria **constitucionalidade material** dos atos estatais.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da **teoria do desvio de poder** ao plano das atividades legislativas do Estado, que este **não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.**

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que **ofendem os padrões de razoabilidade** e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)” (...)

(despacho de 19/12/2008 no HC nº 96715-MS/SP, in Informativo STF nº 533 – Transcrições).

“A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como a liberdade) - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo.

A essência do “*substantive due process of law*” reside na necessidade de conter os excessos do Poder, quando o Estado edita legislação que se revele **destituída do necessário coeficiente de razoabilidade**, como parece ocorrer na espécie ora em exame.

Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do **desvio de poder** ao plano das **atividades legislativas** do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Daí a advertência de CAIO TÁCITO (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

legislativo impõe o reconhecimento de que a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com padrões de razoabilidade. (...)”

(Despacho de 31/03/2008 no HC 92525 MC/RJ, in Informativo STF nº 500 – Transcrições).

E como se manifesta a violação desses princípios na lei estadual examinada? De variadas formas: desde a proibição quase absoluta, sem **prazo razoável de adaptação** aos empresários e aos dependentes do vício, até a promessa de fornecer assistência terapêutica e medicamentosa gratuita, marcadamente irrealizável, passando pela violação da liberdade individual, da intimidade, da discriminação entre brasileiros e entre presidiários e os demais cidadãos. Pela desproporção entre os fins e os meios para atingi-los. Pelo desvio de recursos necessários a obrigações estatais já consolidadas e mais urgentes.

Reiteramos que **os fins nem sempre justificam os meios**.

A **intenção** governamental é altamente **elogiável**: proteger a **saúde** da população, fumante ou não-fumante. Presume-se que ninguém seja contra isso; pelo contrário, todos devem colaborar para a melhoria da **qualidade de vida**, cada vez mais degradada por variadas razões: poluição da água, poluição sonora, poluição atmosférica, transporte coletivo deficiente, trânsito excessivamente congestionado, aumento de criminalidade, insegurança pública, insuficiência de hospitais públicos, insuficiência no fornecimento de medicamentos aos necessitados, falta de vagas em escolas e creches, péssima qualidade do ensino, desamparo dos deficientes físicos e mentais (escola e transporte especializados), favelização e habitação subnormal etc.

Mas os **meios** são inadequados: o Poder Público não dispõe de recursos suficientes para atender a todas as demandas relativas aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, sendo obrigado a eleger **prioridades**. Metendo-se a enfrentar tudo, não resolverá a contento os mais relevantes e urgentes. Se não é dado ao Poder Judiciário interferir na política governamental, cabe-lhe, entretanto, coibir os excessos, inclusive legislativos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Fixado um fim lícito, razoáveis devem ser **os meios** para atingi-lo – o que não ocorre na espécie.

(1) Primeiro, pela abrupta **extinção dos fumódromos** de recintos coletivos, com proibição quase absoluta do ato de fumar em locais especialmente destinados a tal fim, tais sejam aqueles previstos na lei federal e dotados de soluções técnicas que protegem os não-fumantes.

Eis a propaganda oficial: “Com a medida, **SP acaba com os fumódromos** e se alinha às tendências internacionais de combate aos males causados pelo tabagismo, especialmente em relação ao fumo passivo. Cidades como Paris, Nova York e Buenos Aires já adotaram medidas similares de restrição ao fumo para promoção de ambientes livres da poluição pela fumaça do cigarro.” Dom, 10/05/09 - 19h00.⁹

Ora, a contradição é absoluta: ou o local reservado é adequado, ou não o é. Se não for, a providência é obrigar a que o seja; se já o é, *tollitur quaestio*: não há **razão** para suprimi-lo, porque suficiente para os fins a que se destina.

Há quem diga que o objetivo é proteger os **garçons**, “que não têm opção de evitar as áreas de fumantes, porque nelas trabalham horas a fio”.

Data vênua, trata-se de sofisma (paralogismo): se a área é “reservada” apenas para tal fim, nela somente ingressam os fumantes, não os serviçais, porque ali nada é servido. O raciocínio seria verdadeiro se se tratasse, v.g., de restaurante dotados de dois espaços contíguos ou independentes: um com mesas de refeição para fumantes e outro com mesas de refeição para não-fumantes. Mas não é isso que diz a lei federal (art. 2º), que permite o fumo somente

“em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente”.

⁹ <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=200990&c=6>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Atendida tal condição, não há risco para os não-fumantes nem para os empregados; em consequência, não há razão para a proibição. Se, pelo contrário, tal condição não for cumprida, se tal recinto não é dotado do isolamento necessário e do arejamento conveniente, então o dever do Estado é fiscalizar e punir os infratores – mas não há notícia de que isso esteja sendo feito.

Daí decorre que os empresários, **cumprindo** determinação legal, despenderam recursos para adaptação de seus estabelecimentos com a criação de “áreas devidamente isoladas e com arejamento suficiente”, não podem, **ex abrupto**, ser considerados infratores.

Onde o princípio da segurança jurídica, em face de normas conflitantes?

Mais: na Capital, já existe a **lei municipal nº 14.805**, de 4/7/2008, que revogou normas mais antigas (Leis nº 3.938/50, 8.421/76, 9.120/80, 10.862/90, 10.863/90, 11.404/93, 11.467/94, 11.618/94, 11.657/94, 13.704/03, 13.720/04, 14.695/08 e 14.695/08) e consolidou a legislação sobre o uso e comércio de tabagismo no município de São Paulo. Tal norma proíbe o fumo em diversos lugares e também exige dos bares e restaurantes com área superior a 100m² a reserva de espaço aos não-fumantes, bem como a afixação de **avisos** indicativos de dimensão não superior a 0,15m²). Estabelece multas para os infratores, assim considerados os fumantes e os responsáveis pelos estabelecimentos.

Pelo decreto estadual nº 54.311/2009, os avisos de proibição deverão ser confeccionados “na forma e **dimensões** indicadas em resolução conjunta dos Secretários da Saúde e da Justiça e da Defesa da Cidadania” (art. 7º).

Como se vê, há 3 (três) normas legais a respeito da mesma matéria, com algumas regras reciprocamente conflitantes e sujeitando os empresários a múltiplas penalidades. Entretanto, enquanto duas delas têm natureza



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

suplementar para disciplinar as especificidades locais, apenas uma tem caráter geral.

A municipal considera infrator o empresário e também o fumante; a estadual, apenas o empresário; a federal, o responsável pela propaganda. As placas terão as dimensões exigidas pela norma municipal ou pela norma estadual?

(2) O excesso vai além¹⁰: proíbe o fumo em “recintos de uso coletivo, **privados**, total ou parcialmente **fechados** em **qualquer** dos seus **lados** por parede, divisória, teto ou telhado, ainda que provisórios, onde haja permanência ou circulação de pessoas” (§ 1º do art. 2º).

Pergunto: existe algum terreno que não seja dotado de pelo menos quatro (4) divisórias? Não são as divisórias (paredes, cercas) que **delimitam** uma propriedade? Imagine-se uma festa ao ar livre num **sítio** ou em área comum de condomínio (local próprio de churrasqueira): os convidados não poderão fumar nesse ambiente, repito, ao ar livre (sem cobertura), apenas porque existem não uma, mas quatro paredes (ou cercas) divisórias (divisórias dos imóveis vizinhos)?

Para superar a aparente antinomia interna entre tal dispositivo e o artigo 6º (“Esta lei não se aplica às vias públicas e aos espaços **ao ar livre**”), dever-se-á entender que o espaço ao ar livre significará praças, jardins, parques. Mas não é isso que está escrito.

Mais: em quaisquer desses locais – **propriedade particular** - é exigida a afixação de **aviso** da proibição, em pontos de ampla visibilidade, com indicação de telefone e endereço dos órgãos estaduais responsáveis pela vigilância sanitária e pela defesa do consumidor (§ 3º do art. 2º), o que constitui evidente **invasão da privacidade**.

Curiosidade: o decreto (não a lei) diz que “os **estabelecimentos prisionais** e as unidades de cumprimento de medidas socioeducativas se

¹⁰V. Nota 7, acima, voto do Ministro Eros Grau na ADI 3.937-MC/SP.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

sujeitarão às normas próprias de execução penal e de proteção à criança e ao adolescente, respectivamente” (art. 5º, § 1º, 2).

Pelo quanto se sabe, as “normas próprias de execução penal” não tratam dessa matéria.

Ora, os presídios são, por definição, recintos **públicos**, de uso **coletivo**, de trânsito e **permanência obrigatória**. Na propriedade particular coletiva (condomínios) ou de uso coletivo **voluntário** (estabelecimentos comerciais) a restrição ao fumo é total. Nos recintos públicos, de uso e permanência obrigatórios poderá não haver restrições? E como fica a proteção dos presidiários não-fumantes? E dos funcionários carcerários não-fumantes? E nos pátios internos sem cobertura, com paredes divisórias (digase, bastante espessas) dos quatro lados também haverá restrição ou liberação? Se houver liberação, terão os presidiários mais direitos do que os demais cidadãos?

Aliás, há milhões de cidadãos que, ao contrário dos presos, não têm recursos para três refeições diárias; daí o “sucesso” do Programa Bolsa Família, auxílio mensal de R\$ 20,00 a R\$ 182,00 distribuído a nada menos de 52 milhões de pessoas no país, 5 milhões em São Paulo (O Globo, 03/5/2009).

Diz-se que aqueles (os presos) estão no limite da dignidade humana, daí que não seria razoável suprimir-lhes também o direito ao cigarro (valiosa moeda-de-troca nos presídios). O miserável faminto também não está no limite da dignidade?

(3) A proteção dos trabalhadores e a poluição ambiental causada pelos veículos automotores e pela indústria.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

A promessa subliminar (!) da lei estadual no sentido de que a erradicação do fumo tornará a vida mais saudável é evidentemente enganosa. Ignora às inteiras o fato de a poluição atmosférica causada pela indústria e pelos veículos automotores é muito mais prejudicial à saúde do que o cigarro, considerada a desigual quantidade de fumantes e desses outros agentes poluidores.

Perceba-se: não apenas os garçons, mas todos os trabalhadores e toda a população usuária ou não de transportes coletivos ou individuais estão sujeitas à poluição do ar por monóxido de carbono e enxofre. O ar contaminado é respirado por quem está dentro das casas e do trabalho, ou está caminhando pelas ruas, ou está dirigindo veículos particulares, ou está em trânsito (altamente congestionado) para a escola e o trabalho (há trabalhadores que gastam 4 horas diárias apenas nesse deslocamento). Prejudica especialmente os motoristas de ônibus, caminhões e táxis que passam horas a fio nessa atividade, sem qualquer proteção contra o ar poluído.

Quem se lembrará dos “**frentistas**” de postos revendedores de combustível – onde, evidentemente, não se fuma! -, que também cumprem extensa jornada expostos ao contato manual (sem luvas) e olfativo (sem máscara) aspirando os gases que evaporam desses produtos maléficos à saúde?

Essa poluição extremamente danosa decorre não apenas da péssima **qualidade do combustível** produzido e consumido no Brasil (um dos piores do mundo), como da **antiguidade da frota** circulante e da **ausência de revisão dos veículos** quanto à emissão de gases.

Inspecção veicular, qualidade dos motores e do combustível

Há anos se discute a necessidade de inspecção de veículos para reduzir a poluição. A lei federal nº 8.723, de 28/10/1993 (há mais de 15 anos!), dispôs que “Como parte integrante da Política Nacional de Meio



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Ambiente, os **fabricantes de motores e veículos** automotores e os **fabricantes de combustíveis** ficam obrigados a tomar as providências necessárias para reduzir os níveis de emissão de monóxido de carbono, óxido de nitrogênio, hidrocarbonetos, álcoois, aldeídos, fuligem, material particulado e outros compostos poluentes nos veículos comercializados no País, enquadrando-se aos limites fixados nesta lei e respeitando, ainda, os prazos nela estabelecidos” (art. 1º), previstos nos artigos 2º a 11. Previu também que “os **governos estaduais e municipais ficam autorizados** a estabelecer, através de planos específicos, normas e medidas adicionais de controle da poluição do ar para veículos automotores em circulação, em consonância com as exigências do Proconve e suas medidas complementares”. ([art. 12, na red. da Lei nº 10.203, de 22.2.2001](#)). Finalmente, dispôs que “Os órgãos ambientais governamentais, em nível federal, estadual e municipal, a partir da publicação desta lei, **monitorarão a qualidade do ar atmosférico** e fixarão diretrizes e programas para o seu controle, especialmente em centros urbanos com população acima de quinhentos mil habitantes e nas áreas periféricas sob influência direta dessas regiões” (art. 15).

A lei paulistana nº 11.733/95 criou o Programa de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso, dispondo:

Art. 2º Para implementação do Programa serão instalados no território do município de São Paulo centros de inspeção e certificação de veículos, de forma a controlar as emissões de poluentes pela frota licenciada no município de São Paulo.

Art. 5º A inspeção e a certificação de veículos da frota licenciada no município de São Paulo são obrigatórias e deverão ser feitas anualmente, com antecedência máxima de 90 dias da data limite para licenciamento anual dos veículos.

Parágrafo único. No primeiro ano de funcionamento do programa serão obrigatórias a inspeção e a certificação dos veículos de ano modelo 1989 em diante, e, em cada ano subsequente, a inspeção e a certificação abrangerão também os veículos de modelos anteriores a 1989, incorporando um modelo anual, em ordem decrescente, a cada novo ano.

Parágrafo Único - O Executivo, por meio de decreto, estabelecerá o **cronograma de inspeção** dos veículos integrantes da frota licenciada no Município de São Paulo." (NR, dada pela lei nº 14.717, de 17/4/2008)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

O regulamento atual, baixado pelo decreto nº 50.232, de 17/11/2008, alterado pelo decreto nº 50.351, de 24/12/2008, estabelece que a frota-alvo a ser inspecionada e o respectivo calendário serão definidos em portaria da Secretaria do Verde e do Meio Ambiente; os veículos fabricados antes da Resolução CONAMA nº 16/95 não serão reprovados, ainda que poluidores; dispensou da inspeção veículos agrícolas, tratores, máquinas de terraplanagem e de pavimentação; fixou o início da inspeção em maio de 2008 para veículos movidos a diesel e fevereiro de 2009 para motores do ciclo Otto fabricados a partir de 2003 e as motocicletas e até o final de 2010 para a totalidade da frota. Quanto aos veículos fabricados **antes de 2003**, serão alvo de **inspeção viária, convocados aqueles considerados mais poluentes**, para inspeção em centros fixos.

Quer dizer, além de o programa chegar com excessivo atraso, justamente os veículos mais velhos e portanto mais poluidores estão desobrigados da inspeção, salvo alguns que tiverem o azar de ser flagrados pela fiscalização !

O decreto municipal nº 50.232, de 17/11/2008, assim fundamenta o Programa de Inspeção veicular:

“CONSIDERANDO que **a frota de veículos em uso é a principal fonte de poluição do ar** e de poluição sonora no Município de São Paulo, e que essas formas de poluição contribuem para a deterioração das condições de saúde pública e da qualidade de vida da população;

CONSIDERANDO que as características originais dos veículos sofrem, ao longo do uso, alterações resultantes do desgaste de peças e componentes, da utilização de combustíveis adulterados ou fora de especificação, de modificações propositais ou outros fatores, contribuindo para o aumento significativo da emissão de poluentes e geração de ruído;”.

O portal da Prefeitura de São Paulo na internet, a respeito, encaminha ao endereço eletrônico da empresa contratada (<http://www.controlar.com.br>), onde se encontram importantes informações:

“O QUE É POLUIÇÃO?

Dá-se o nome de poluição a qualquer degradação ou estrago das condições ambientais, do habitat de uma coletividade humana. É uma perda, mesmo que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

relativa, da qualidade de vida em decorrência de mudanças ambientais. São chamados de poluentes os agentes que provocam a poluição, como um **ruído** excessivo, um **gás** nocivo na atmosfera, detritos que sujam os rios ou praias, ou ainda um cartaz publicitário que degrada o aspecto visual de uma paisagem. (...) **O preço da poluição:** 10 a 14 pessoas morrem por dia em São Paulo em decorrência da poluição do ar.

POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA

A poluição atmosférica caracteriza-se basicamente pela presença de gases tóxicos e partículas sólidas no ar. As principais causas desse fenômeno são a eliminação de resíduos por certos tipos de indústrias (siderúrgicas, petroquímicas, de cimento, etc.) e a queima de carvão e petróleo em usinas, automóveis e sistemas de aquecimento doméstico. O ar poluído penetra nos pulmões, ocasionando o aparecimento de várias doenças, em especial do aparelho respiratório, como a bronquite crônica, rinite, asma e até o câncer pulmonar. Nos grandes centros urbanos, tornam-se freqüentes os dias em que a poluição do ar atinge níveis críticos, seja pela ausência de ventos, seja pelas inversões térmicas, que são períodos nos quais cessam as correntes ascendentes do ar, importantes para a limpeza dos poluentes acumulados nas camadas próximas à superfície. A maioria dos países capitalistas desenvolvidos já possui uma rigorosa legislação antipoluição, que obriga certas fábricas a terem equipamentos especiais (filtros, tratamento de resíduos, etc.) ou a usarem processos menos poluidores. Nesses países, também é intenso o controle sobre o aquecimento doméstico a carvão e o **escapamento dos automóveis**. Tais procedimentos alcançam resultados consideráveis, embora não eliminem completamente o problema da poluição do ar.

Principais poluentes	Principais fontes	Efeitos gerais sobre a saúde * (simplificamos a descrição)
Monóxido de carbono CO ²	Veículos	Tonturas, vertigens e alterações do sistema nervoso central. Os mais prejudicados são os doentes cardíacos, portadores de angina crônica.
Dióxido de enxofre SO ²	Indústria e veículos a diesel	Danos irreversíveis aos pulmões; afeta plantas e espécies mais sensíveis e contribui para a destruição, por corrosão, do patrimônio histórico.
Dióxido de nitrogênio NO ²	Processo de combustão geral: veículos.	Pode provocar desconforto respiratório, diminuição da resistência a infecções e alterações celulares.
Ozônio O ³	Decorre ação da luz solar sobre os hidrocarbonetos e óxidos de nitrogênio, resultantes do processo de queima de combustíveis principalmente por veículos.	Envelhecimento precoce; diminui a resistência a infecções; irritação nos olhos, nariz e garganta, e muito desconforto.
Material particulado	Veículos movidos a diesel, industriais, desgaste de pneus e	Agrava quadros alérgicos de asma e bronquite; as partículas mais grossas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

MP	freios dos veículos em geral da suspensão de poeiras assentadas.	causam irritação e infecções gripais; as mais finas agravam doenças respiratórias ou cardíacas. Pode causar câncer.
Hidrocarb onetos HC	Queima incompleta e evaporação dos combustíveis (álcool, gasolina e diesel) e outros produtos voláteis	aumento da incidência de câncer no pulmão; irritação nos olhos, nariz, pele e aparelho respiratório

Fonte: Plano de controle de poluição de veículos em uso - PCPV para o Estado de São Paulo, publicado pela Secretaria do Meio Ambiente, no diário Oficial do Estado de São Paulo de 12.12.2000.¹¹

PORQUE FAZER A INSPEÇÃO?

Porque respirar ar limpo é mais que um desejo, é um direito de todos. A poluição do ar é atualmente um dos problemas mais graves que afetam os grandes centros urbanos, comprometendo a saúde, principalmente de idosos e crianças, podendo até causar a morte. São Paulo, com seus cerca de 12 milhões de habitantes, é a quinta cidade mais poluída do mundo, segundo estudo elaborado pelo Centro de Informações e Pesquisa Atmosférica da Inglaterra. A instituição, das mais respeitadas do Reino Unido, listou as 20 maiores metrópoles com altos índices de poluição ambiental. A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) constatou que a capital paulistana recebe uma carga anual aproximada de 3 milhões de toneladas de poluentes. O que justifica o quinto lugar entre as cidades mais poluídas.

E já está comprovado que **os carros são os principais vilões dessa história. Eles poluem mais que as indústrias** e superam até mesmo a queima de produtos que geram material particulado. **Estima-se que os 6 milhões de veículos que circulam em São Paulo lançam na atmosfera 70% de toda a poluição que compromete a qualidade do ar, chegando a 90%, se for considerada apenas a emissão de monóxido de carbono.**

www.controlar.com.br/poluicao_arqueRespitramos.php?tipo=1)

Faz-se referência a países desenvolvidos para justificar a proposta de erradicação do fumo, **omitindo-se** a realidade de que, naqueles, também se exige (e se efetiva) a produção e utilização de combustíveis e motores de muito melhor qualidade do que o brasileiro. Observe-se o disparate: aqui, o diesel contém **2.000 ppm** (partes por milhão) de enxofre nas áreas não-urbanas e **500 ppm** nas urbanas; nos EUA, **15 ppm** e na Europa, **10 ppm**.

À evidência, o governo não tem interesse ou não consegue superar a forte resistência do poder econômico dos fabricantes:

¹¹ http://www.controlar.com.br/poluicao_arqueRespitramos.php?tipo=1.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

“Sentença de morte, artigo de Oded Grajew

O acordo judicial foi uma sentença de morte e um estímulo à impunidade. A sociedade brasileira deve cobrar explicações

[Folha de S.Paulo] EM OUTUBRO de 2002, o Conama (Conselho Nacional do Meio Ambiente) emitiu a resolução 315 determinando que, a partir de janeiro de 2009, a quantidade de enxofre no diesel baixasse de **2.000 ppm** - quando vendido nas áreas não urbanas (70% do total) - e de 500 ppm - vendido nas áreas metropolitanas- para 50 ppm. **Nos EUA**, por exemplo, essa proporção é de **15 ppm; na Europa, de 10 ppm**; e, em alguns países da América Latina, já é de 50 ppm. O Conama determinou também que a indústria automobilística passasse a comercializar a partir da mesma data motores menos poluidores (Euro 4). A resolução se deve ao terrível impacto que as partículas de enxofre têm sobre a saúde pública, sendo responsáveis por graves doenças pulmonares e pela morte prematura (sobretudo de crianças e idosos) de cerca de 3.000 pessoas por ano na cidade de São Paulo e de 10 mil nas principais regiões metropolitanas do país. Embora tivessem quase sete anos para se prepararem, a Petrobras e a Anfavea (representando a indústria automobilística) declararam que **não irão cumprir** a resolução, apesar de a Petrobras possuir imensos recursos financeiros e tecnológicos e as indústrias automobilísticas fabricarem os motores da geração Euro 4 nos seus países de origem e mesmo no Brasil (só que apenas para exportação). Ao assumir o Ministério do Meio Ambiente, Carlos Minc disse publicamente que seria inadmissível o descumprimento da resolução. Pouco a pouco, atemorizando-se diante das pressões econômicas e políticas, mudou de atitude e, em vez de continuar exigindo o cumprimento, enviou o caso para o Ministério Público. A promotora Ana Cristina Bandeira Lins, encarregada de conduzir o processo, adotou inicialmente, em declarações e entrevistas, uma atitude firme pelo cumprimento integral da resolução. Pouco a pouco se recolheu, passou a não atender a mídia, afastou qualquer contato com a sociedade civil, negociando basicamente com Petrobras, Anfavea e Minc. Diante da mobilização e pressão de várias organizações sociais que tentavam evitar um péssimo acordo, o ministro Carlos Minc se comprometeu a promover uma audiência pública com a sociedade civil antes da assinatura de qualquer acordo judicial. Mas não cumpriu sua promessa. A promotora Ana Cristina aceitou praticamente todas as propostas da Petrobras e da Anfavea (por exemplo, só em 2014 o diesel 2.000 ppm será substituído totalmente pelo diesel 500 ppm -o mesmo que hoje já circula nas regiões metropolitanas) e impôs compensações pífias (doação de um laboratório e campanha educativa para regulação de motores). Todos os leitores deste artigo e suas famílias, especialmente se estiverem morando em algum centro urbano, terão a saúde afetada por essa decisão. Desse episódio, ficam uma pergunta e algumas conclusões.

1) Quem pagará pelas graves doenças pulmonares e pelas mortes resultantes do descumprimento da resolução 315 do Conama? A Faculdade de Medicina da USP estima em **US\$ 400 milhões por ano o custo para o SUS** apenas na cidade de São Paulo. 2) Descumprir a legislação ainda compensa no Brasil



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

para quem tem poder político e econômico. 3) A promotora Ana Cristina B. Lins, ao aceitar acordo tão lesivo à saúde pública, ao cobrar um preço baixíssimo pelo desrespeito à legislação, ao recusar qualquer diálogo com a sociedade civil, arranhou a imagem do Ministério Público, instituição tão importante para a democracia e a defesa dos direitos humanos no Brasil. 4) Há ainda empresas que confundem responsabilidade social com marketing, com patrocínios e ações filantrópicas, e não entendem que a ética deve se estender a todas as atividades produtivas e, de forma igual, a todos os países em que atuam. 5) O ministro da Saúde, José Gomes Temporão, não deveria aceitar passivamente pagar a conta em doenças, vidas e recursos, mas exigir o cumprimento integral da resolução. 6) O ministro Minc, por descumprir a palavra e por se mostrar tão vulnerável a pressões econômicas e políticas, perde importante patrimônio para um servidor público: a credibilidade, a confiança e o respeito da sociedade. Não se confundem ações pirotécnicas e performances midiáticas com real compromisso com o meio ambiente, a saúde pública e a ética.

O acordo judicial foi, na realidade, uma sentença de morte para milhares de brasileiros e um estímulo à impunidade. A sociedade brasileira deve cobrar explicações e responsabilidade de quem patrocinou, participou, assinou e compactuou com essa lamentável decisão.

ODED GRAJEW, 64, empresário, é um dos integrantes do Movimento Nossa São Paulo e presidente do Conselho Deliberativo do Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. É idealizador do Fórum Social Mundial e idealizador e ex-presidente da Fundação Abrinq. Foi assessor especial do presidente da República (2003).

Artigo originalmente publicado na Folha de S.Paulo, 13/11/2008.

[EcoDebate, 14/11/2008]¹²

A resposta da Procuradora da República em artigo publicado pela Folha de São Paulo sob o revelador título “**Acordo possível**”, embora corrija algumas afirmações, reafirma que o combustível brasileiro continuará sendo de péssima qualidade e a inspeção dos veículos velhos é absolutamente necessária (ao contrário do que prevê o Programa em vigor:

“A resolução Conama 315/02 não impunha a adoção do diesel com 50 ppm de enxofre (S-50), nem extinguiu o diesel S-2.000 ou o S-500. (...) Se veículos novos não fossem produzidos a partir de 2009, causaríamos graves problemas ambientais, além de sociais e econômicos, **já que os veículos antigos teriam seu uso intensificado. A poluição do ar decorre principalmente dos veículos antigos.** Enquanto os veículos produzidos **até 1999** (31% da frota) emitem **63% dos poluentes**, os veículos produzidos a partir de 2006 (26% da frota) emitem apenas 8% dos poluentes. (...) O acordo impôs muito mais que

¹²<http://www.ecodebate.com.br/2008/11/14/sentenca-de-morte-artigo-de-oded-grajew/>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

o noticiado: além do diesel S-50 para as frotas de ônibus das metrópoles, destacamos a extinção do diesel S-2.000 (75% do diesel comercializado), que **passará a S-500** apenas em virtude do acordo; campanhas de revisão nas frotas e educação dos motoristas nas 14 regiões metropolitanas; a construção de laboratório público para testes de homologação; duas novas fases do Proconve, exigindo redução ainda maior das emissões de poluentes por veículos novos; a criação de política de renovação de frota. Tais medidas implicarão investimentos pela indústria da ordem de bilhões de reais. Ressalte-se **ser imprescindível a realização de inspeção veicular pelos Estados, disciplinada há mais de 15 anos e ainda não efetivada.** [EcoDebate, 15/11/2008]¹³

O **acordo** acima referido foi assinado em 30/10/2008 entre o MPF, o **governo de São Paulo**, a Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Petrobras, a Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores (Anfavea), a Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental de S.Paulo (Cetesb), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e 17 fabricantes de veículos e motores. (Matéria de Elaine Patricia Cruz, da Agência Brasil, publicada no EcoDebate, 01/11/2008. [EcoDebate, 01/11/2008]¹⁴

Reportagem de Marta Salomon na Folha de São Paulo de 4/9/2008:

Carlos Minc cede à pressão e muda prazo para redução de poluente

Acordo feito por ministro com montadoras de veículos e Petrobras adia de 2009 para 2012 o uso do diesel mais limpo por toda a frota.

Padrão africano: “O nosso padrão de emissão de poluentes continuará no ano que vem mais próximo do africano”, resume **Fábio Feldmann**, secretário do fórum paulista de mudança do clima.” (Blog de Ecologia Urbana, 09/8/2008)¹⁵

O insucesso da inspeção veicular e a falta de estrutura do Poder Público para resolver a questão:

Na cidade de S.Paulo, a inspeção ambiental obrigatória começou em fevereiro com somente 4,7% de adesão. Um total de 2,6 milhões de veículos deve passar pela vistoria municipal neste ano. Dois meses depois, os números continuam desanimadores: mais da metade dos proprietários de veículos convocados ainda não agendaram a inspeção veicular. Já o índice de

¹³<http://www.ecodebate.com.br/2008/11/15/acordo-possivel-artigo-de-ana-cristina-bandeira-lins/>

¹⁴ <http://www.ecodebate.com.br/2008/11/01/mpf-envia-a-justica-acordo-que-preve-reducao-de-enxofre-do-diesel-para-veiculos-pesados/>.

¹⁵ Blog de Ecologia Urbana, 09/8/2008 - <http://ecourbana.wordpress.com/2008/09/08/>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

reprovação dos 75.416 veículos verificados entre 2 de fevereiro e 31 de março ficou em cerca de 3%, segundo balanço divulgado pela Secretaria de Verde e Meio Ambiente paulistana. (Ambiente Brasil, 3/4/09).¹⁶

Carro sem catalisador polui cerca de 20 vezes mais

A cena é comum: o motorista chega na loja de escapamento com o catalisador ruim, pergunta o preço e toma um susto: “R\$ 700?”. Por R\$ 40, o mecânico “resolve” o problema: troca o catalisador entupido por um pedaço de cano ou retira o miolo da peça e a deixa oca. Essa prática, porém, está com os dias contados. Desde o dia 2, a Prefeitura de São Paulo exige que os carros fabricados entre 2003 e 2008 passem por uma vistoria de emissões. Em minutos, o catalisador pode se tornar o mocinho ou o vilão. Matéria de Fabiano Severo, da Folha de S.Paulo, na Folha Online, 08/02/2009 - 10h10. (Portal EcoDebate - Cidadania e Meio Ambiente, 10/02/2009)¹⁷

Poluição causada por motos diminui, mas ainda é sete vezes maior que a dos carros

Automóveis podem transportar mais pessoas que uma motocicleta e poluem muito menos. Atualmente, as emissões de gases das motocicletas novas são sete vezes maiores do que as emitidas pelos carros zero quilômetro. Por *Peterson Rodrigues e Paulo Montoia, repórteres da Agência Brasil*.¹⁸

Poluição do tráfego é prejudicial às coronárias, contribuindo para as doenças cardíacas, por Henrique Cortez (09/2/2009)¹⁹

Pesquisa conclui que exposição à poluição durante a gravidez aumenta o risco de asma no bebê (17/02/2009)²⁰

Enxofre no diesel, artigo de Ricardo Abramovay

[Folha de S.Paulo] Há um abismo entre o avanço tecnológico e organizacional da Petrobras e das empresas que compõem a Associação Nacional de Fabricantes de Veículos Automotores e o atraso de seu comportamento no caso do enxofre no diesel. Enquanto nos países desenvolvidos investimentos são feitos para reduzir a presença de 10 a 15 partes por milhão de enxofre no diesel, aqui a meta de baixar de 2.000 para 500 ppm, fora das regiões metropolitanas, e para 50 ppm nas regiões metropolitanas é adiada. (17/01/2009)²¹

Em uma década a frota de motos poluirá mais que a de carros

Programa antipoluição prevê metas mais leves para motocicletas do que para

¹⁶ <http://noticias.ambientebrasil.com.br/noticia/?id=44699>

¹⁷ <http://www.ecodebate.com.br/tag/poluiacao/page/2/>

¹⁸ <http://www.ecodebate.com.br/tag/poluiacao/page/2/>, 24/01/2008

¹⁹ <http://www.ecodebate.com.br/tag/poluiacao/page/2/>

²⁰ <http://www.ecodebate.com.br/tag/poluiacao/page/2/>

²¹ <http://www.ecodebate.com.br/tag/poluiacao/page/3/>



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

automóveis. Mesmo após a redução dos níveis de emissão de poluentes prevista para 2009 pelo Ministério do Meio Ambiente, motores de motos continuarão poluindo muito mais que os de carros. A partir de 1º de janeiro, a última etapa do Proconve (Programa de Controle de Poluição do Ar por Veículos Automotores) deixará os motores das motos com padrões que os carros adotaram em 1997. Por Ricardo Sangiovanni, da Folha de S.Paulo, 10/09/2008.²²

Poluição do ar aumenta em 50% o risco de morte de recém-nascidos na cidade de São Paulo

População sufocada - Se puder escolher onde morar em metrópoles como São Paulo, Rio de Janeiro ou mesmo Porto Alegre, é melhor optar por uma casa ou apartamento o mais distante possível – a dois quarteirões, no mínimo – das ruas e avenidas mais movimentadas. Será bom para a sua saúde e a de seus filhos. É que os poluentes emitidos pelo motor de automóveis, ônibus e caminhões geralmente se espalham por um raio de até 150 metros a partir do ponto em que são lançados ao ar e transformam as grandes avenidas, a exemplo da Paulista ou da 23 de Maio, em São Paulo, por onde circulam dezenas de milhares de veículos por dia, em imensas chaminés que despejam sobre a cidade toneladas de partículas e gases tóxicos. Matéria de Ricardo Zorzetto, da Revista Pesquisa FAPESP, Edição 154 - Dezembro 2008.²³

Cidade de São Paulo gasta, por ano, US\$ 208 milhões com os efeitos da poluição atmosférica na saúde. A estimativa considera apenas os custos diretos que a cidade tem com as doenças e mortes causadas pelo coquetel de gases que os paulistanos inalam toda vez que encham os pulmões. Em dias em que há paralisação do metrô e conseqüente aumento na concentração de poluentes, ocorrem nove mortes a mais do que nos dias pós-greve. Quem vive em cidades poluídas como esta tem a vida abreviada em 2,5 anos. Por Daniela Chiaretti, do Valor Econômico, 14/10/2008.²⁴

Brasil: Gastos com internações e mortes causadas pela poluição chegam a US\$ 3 bilhões

Com metade disso, a Petrobras poderia diminuir percentual de enxofre no diesel. A poluição do ar mata cerca de 2,5 milhões de pessoas no mundo a cada ano. Para essa mazela não existe vacina, mas há tratamentos preventivos, como a redução do nível de enxofre do óleo diesel. Só no Brasil, os gastos com internações e mortes causadas pela poluição chegam a US\$ 3 bilhões. As estimativas são do professor Paulo Saldiva, coordenador do Laboratório de Poluição da Universidade de São Paulo (USP). Por Queila Ariadne, do jornal O Tempo, MG, 28/09/2008.²⁵

²²<http://www.ecodebate.com.br/tag/poluicao/>

²³<http://www.ecodebate.com.br/tag/poluicao/page/4/>, 17/12/2008

²⁴<http://www.ecodebate.com.br/tag/poluicao/page/6/>.

²⁵<http://www.ecodebate.com.br/tag/poluicao/page/6/>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Poluição custa R\$ 400 mi por ano ao sistema de saúde de SP

28 de maio de 2009 • 11h54 • atualizado às 12h00

Estudo elaborado pelo Laboratório de Poluição Atmosférica Experimental da USP aponta que São Paulo gasta aproximadamente R\$ 400 milhões anualmente com internações causadas por problemas de saúde relacionados à poluição. De acordo com o diretor da entidade, Paulo Saldiva, o custo chega a R\$ 2,01 bilhões em todo o Brasil. O estudo analisou os gastos do sistema de saúde em seis regiões metropolitanas do país. Segundo Saldiva, a apresentação do custo da poluição aos cofres públicos surte mais efeito junto a população do que o número de pessoas afetadas pelo problema. "Acho que ninguém se impressiona muito com pilhas de corpos", afirmou em entrevista ao Jornal do Terra. Segundo Saldiva, de 19 a 20 pessoas tem a vida encurtada todos os dias por problemas causados pelo nível de poluição em São Paulo. O estudo aponta que a diminuição na expectativa de vida média do paulistano chega a um ano. Redação Terra.²⁶

A poluição industrial - A batalha contra a poluição produzida pelos veículos automotores parece que foi perdida pelo Poder Público. Parece que isso também ocorre em relação à indústria.

Reportagem do jornal O Estado de São Paulo, de 30/04/2008, informa:

“um grupo de dez indústrias responde por quase 70% das emissões de gás carbônico (CO²) de todo o setor industrial de São Paulo. Algumas dessas indústrias informam que investiram ou estão investindo em equipamentos para a redução da emissão de CO², mas um estudo da Secretaria de Estado do Meio Ambiente deixa claro que os resultados são insatisfatórios. No total, a indústria de São Paulo lança no ar 29 milhões de toneladas de CO² por ano, e as dez maiores poluidoras no setor industrial lançam 19,8 milhões de toneladas. (...) Para identificar os principais emissores de CO² no Estado, a Secretaria convidou 379 empresas para participar da pesquisa. Dessas, 329 manifestaram sua disposição de **colaborar** com as autoridades. Muitas indústrias substituíram combustíveis fósseis, mais poluentes, por combustíveis de fontes renováveis, o que evitou o agravamento da poluição. O secretário do Meio Ambiente, Xico Graziano, observa que, sem essa substituição, teria havido uma emissão adicional de 50 milhões de toneladas de CO². Mesmo assim, **a redução das emissões está sendo muito lenta**. (...) A Secretaria do Meio Ambiente pretende discutir com as empresas uma forma de reduzir mais rapidamente a emissão do gás carbônico, o principal causador do efeito estufa, **mas não dispõe de instrumentos para forçá-las a fazer isso**. É preciso definir metas de redução de emissão e criar mecanismos legais que obriguem as empresas a cumpri-las. Sem isso, a adesão das empresas será voluntária. E o que a pesquisa mostra é que, **se o combate à poluição depender apenas da boa vontade das empresas, o avanço continuará**

²⁶<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI3791538-EI8139,00.html>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

lento.”²⁷

Como se vê, o Estado se mostra indefeso diante do poderio econômico responsável pela degradação da qualidade de vida de toda a população, pelas doenças causadas pela poluição atmosférica decorrente do combustível de péssima qualidade, dos motores automotivos que o utilizam e da indústria pesada renitente em despender recursos de filtragem dos poluentes.

A solução: atribuir ao fumante a responsabilidade pela poluição atmosférica que prejudica os não-fumantes, porque é mais fácil enfrentar as incautas vítimas (que são milhões) da quase centenária propaganda da também poderosa indústria fumageira.

Pretender que o viciado há longos e longos anos largue o consumo num passe de mágica ou após a promessa de assistência terapêutica e medicamentosa de alto custo e de fornecimento e eficácia duvidosos, não é razoável, sabido que o Estado não tem recursos financeiros, estruturais e de pessoal para atender a tal promessa. (v. adiante, item IV).

(4) A responsabilidade pelos danos causados pelo fumo é da indústria ou do fumante? Proíbe-se o uso mas não a fabricação do produto perigoso?

Em ações indenizatórias ajuizadas contra os fabricantes de cigarro, a jurisprudência se inclina por isentar a indústria e atribuir a culpa dos danos ao próprio fumante, sob fundamento de que fumar é um ato de livre arbítrio e a indústria já adverte sobre os malefícios do fumo..

A Justiça gaúcha estava dividida: (1) A indústria do cigarro exerce uma **atividade econômica legítima** e por isso não pode ser responsabilizada pelos danos causados pelo fumo à saúde dos fumantes. (2) A propaganda que associa o cigarro ao glamour e à virilidade induz em erro o consumidor a respeito da natureza e das conseqüências do produto que consome.

²⁷ (<http://www.ecodebate.com.br/2008/05/01/a-poluicao-industrial/>)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Culpa do cigarro - Para a 9ª Câmara Cível, sendo relatora a desembargadora Marilene Bonzanini Bernardio, “O argumento de que o fumante tem livre arbítrio para decidir se quer ou não fumar não invalida a culpa da indústria de cigarro, segundo Marilene. “O livre arbítrio não serve para afastar o dever de indenizar das companhias fumageiras pelas mesmas razões que não se presta para justificar a descriminalização das drogas. O homem precisa ser protegido de si mesmo, mormente porque lidamos com produtos que podem minar a capacidade de autodeterminação.” Mesmo que o doente tenha começado a fumar no mesmo ano em que percebeu os sintomas da doença, isso não invalida a culpa da indústria. Segundo sua decisão, a publicidade sempre foi bastante vinculada com “idéias, ainda que contraditórias, de saúde, de intelectualidade, de cultura, de beleza, de charme e de sedução, atributos que todo jovem busca a qualquer custo”.

Culpa do Fumante - Por outro lado, a 5ª C. Cível do TJRS tem decidido favoravelmente à Souza Cruz, entendendo que as fabricantes de cigarros não têm obrigação de indenizar ou pagar danos morais a fumante que se diz intoxicado pelos componentes químicos do fumo. Para o relator, desemb. Umberto Guaspari Sudbrack, **uma vez que os fumantes são alertados** sobre os riscos do fumo, quem consome o produto assume a responsabilidade por qualquer dano à sua saúde. Sudbrack comparou a questão do consumo do cigarro à situação da **montanha russa** em um parque de diversões que pode causar malefícios a pessoas com hipertensão. O gerente do parque pode tomar três atitudes em relação ao uso da montanha russa: 1) colocar um aviso com a informação falsa de que não há restrição ao uso do brinquedo; 2) colocar um aviso alertando que o brinquedo oferece riscos para hipertensos; 3) não colocar aviso nenhum. No caso da informação falsa, não há dúvida do ato ilícito. No caso da informação verdadeira, as pessoas que decidirem entrar na roda gigante são responsáveis por sua própria decisão. O problema estaria na ausência do aviso, já que não contém informação falsa mas também não faz nenhuma advertência. Para o desembargador Sudbrack, já que os fumantes são orientados dos riscos, a responsabilidade é da pessoa que consome o produto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entretanto, **uniformizou a jurisprudência** a favor da fabricante de cigarros.²⁸

Segundo a Souza Cruz, desde 1997 foram ajuizadas 538 ações contra ela, sendo que 331 foram rejeitadas, dessas 226 já são definitivas. Dez condenações estão pendentes de recurso.²⁹

Em caso apreciado pelo TJSP, favorável à Souza Cruz, esta se defendeu observando que **antes de 1988 não havia determinação legal para a inclusão de alertas nas propagandas** de cigarros e que **depois daquela data** consta das embalagens de seus produtos o devido alerta dos malefícios do consumo de tabaco.³⁰

Não se pretende discutir tais decisões judiciais, mas delas extrair importantes afirmações.

Assim, o exemplo da montanha russa, base do fundamento da exculpação da indústria: “o problema estaria na **ausência do aviso**, já que não contém informação falsa, mas também não faz nenhuma advertência. Para o desembargador Sudbrack, já que os fumantes **são orientados** dos riscos, a responsabilidade é da pessoa que consome o produto”.

Ora, a própria fabricante confessa que **somente depois de 1988** é que passou a veicular alerta sobre os malefícios do tabaco. Mas na propaganda televisiva isso passou a ocorrer somente a partir de 2001. Significa isso que aqueles que começaram a fumar **antes** (e muito antes disso) **não foram** advertidos dos malefícios do fumo; antes, pelo contrário, estimulados a consumi-lo. Ou seja: o gerente do parque de diversões (1) colocou aviso com informação falsa (a propaganda estimulatória e incitatória do consumo); (2) colocou aviso alertando sobre os riscos, mas tardiamente (**depois do sinistro**). Não é responsável pelo ilícito?

²⁸Revista Consultor Jurídico, 6/6/2005, 8/6/2005, 22/9/2005 e 23/11/2005.

²⁹Revista Consultor Jurídico, 13/11/2008.

³⁰Revista Consultor Jurídico, 16/12/2005.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Veja-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito de propaganda enganosa de medicamento causador de dependência e a responsabilidade do fabricante, assim ementada:

DIREITO DO CONSUMIDOR. Consumo de Survector, Medicamento inicialmente vendido de forma livre em farmácias. Posterior alteração de sua prescrição e imposição de restrição à comercialização. Risco do produto avaliado posteriormente, culminando com a sua proibição em diversos países. **RECORRENTE QUE INICIOU O CONSUMO DO MEDICAMENTO À ÉPOCA EM QUE SUA VENDA ERA LIVRE. DEPENDÊNCIA CONTRAÍDA**, com diversas restrições experimentadas pelo paciente. Dano moral reconhecido. - É dever do fornecedor a ampla publicidade ao mercado de consumo a respeito dos riscos inerentes a seus produtos e serviços. - A comercialização livre do medicamento SURVECTOR, com indicação na bula de mero ativador de memória, sem efeitos colaterais, por ocasião de sua disponibilização ao mercado, gerou o risco de dependência para usuários. - A posterior alteração da bula do medicamento, que passou a ser indicado para o tratamento de transtornos depressivos, com alto risco de dependência, não é suficiente para retirar do fornecedor a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores. - O aumento da periculosidade do medicamento deveria ser amplamente divulgado nos meios de comunicação. A mera alteração da bula e do controle de receitas na sua comercialização, não são suficientes para prestar a adequada informação ao consumidor. - A circunstância de o paciente ter consumido o produto sem prescrição médica não retira do fornecedor a obrigação de indenizar. Pelo sistema do CDC, o fornecedor somente se desobriga nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, §3º, do CDC), o que não ocorre na hipótese, já que a própria bula do medicamento não indicava os riscos associados à sua administração, caracterizando culpa concorrente do laboratório. - A caracterização da negligência do fornecedor em colocar o medicamento no mercado de consumo ganha relevo à medida que, conforme se nota pela manifestação de diversas autoridades de saúde, inclusive a OMC, o cloridrato de amineptina, princípio ativo do SURVECTOR, foi considerado um produto com alto potencial de dependência e baixa eficácia terapêutica em diversas partes do mundo, circunstâncias que inclusive levaram a seu banimento em muitos países. - Deve ser mantida a indenização fixada, a título de dano moral, para o paciente que adquiriu dependência da droga. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ – 3ª T., REsp 971845/DF; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 21/08/2008, m.v.)

(5) Campanhas públicas contra o fumo: a quem se dirigem?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

O artigo 4º do decreto nº 54.311/2009, que regulamenta a lei anti-fumo, dispõe que as Secretarias da Saúde e da Justiça e da Defesa da Cidadania realizarão **campanhas de saúde pública** e divulgação, de **cunho educativo**, nos meios de comunicação, como jornais, revistas, rádio e televisão, para amplo conhecimento quanto à nocividade do fumo.

A propaganda oficial é nesse sentido: “Uma pesquisa da Secretaria da Saúde mostra que 80% dos fumantes gostariam de largar o hábito de fumar. Para que o cidadão consiga cumprir a lei, várias ações estão previstas, como a realização de **campanhas de conscientização**. (Da Secretaria Estadual da Saúde, Sáb, 11/04/09 - 11h32).³¹

Terá esse sentido e essa característica a “campanha” televisiva a cargo do médico Dráuzio Varella, contratado pelo Estado?:

“O governo de São Paulo aprovou a lei que proíbe fumar em lugares fechados de uso coletivo em todo o Estado. Essa medida já funciona em diversos países e vai funcionar aqui também. Afinal, 94% das pessoas apóiam essa lei. Os estabelecimentos terão até o dia 7 de agosto para se adaptar. Depois disso, estarão sujeitos a multa. Se você é fumante, respeite a lei. Respirar um ar mais saudável, agora, é um direito de todos”. (em off: “Governo de São Paulo, trabalhando por você”).

Como se vê, esse digno profissional recita um texto que não se coaduna nem com seu perfil, nem com a proposta supostamente educativa, muito menos para crianças e jovens; pelo contrário, presta-se a fazer verdadeira ameaça aos fumantes e aos empresários, além de propaganda política – o que caracteriza **desvio de finalidade**; silencia completamente sobre a promessa de disponibilização de assistência e de medicamentos para os interessados.

Sem discutir o custo financeiro dessa iniciativa (como veremos adiante, o Estado não dispõe de recursos para as obrigações já existentes), é de se perguntar a eficácia da medida, considerado o público-alvo a ser atingido.

³¹ <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=200990&c=6>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Se objetivar **as crianças e os adolescentes**, a medida é extremamente louvável, na medida em que, pelo dito popular, “o mal se corta pela raiz”. Jamais me esqueci (e mais de 50 anos se passaram) de orientação, ilustrada no quadro negro de classe de grupo escolar, dada por policial da extinta Guarda Civil: atravessar a rua sempre na transversal (é o caminho mais curto e menos perigoso) e nunca na diagonal (é o caminho mais longo e mais perigoso).

Se, entretanto, o público-alvo for os **já quimicamente dependentes** (adultos e idosos), a campanha será inútil, com evidente desperdício do dinheiro público. A esses só restará a prometida assistência terapêutica e medicamentosa (art. 8º da lei e art. 3º, § 1º do decreto).

E isso por quê? Pelos ensinamentos do referido médico **DRÁUZIO VARELLA**, reconhecidamente insuspeito para tratar do tema, contidos em três artigos que, embora longos, merecem reproduzidos (não inserimos em rodapé porque o programa informatizado do Tribunal de Justiça só admite textos curtos).

O primeiro, sobre a propaganda enganosa e o comportamento ilícito da indústria:

Cigarro - Fraude, corrupção e mentiras

Os fabricantes de cigarro levaram 40 anos para admitir o que já sabiam desde os anos 1950: o fumo causa câncer de pulmão. Nesse período, "a indústria do tabaco cometeu uma sucessão de fraudes, propagou mentiras com ares de controvérsia científica e enganou os consumidores num nível provavelmente inédito na história do capitalismo". Assim começa o excelente livro "O Cigarro" (Publifolha, 87 pág.), de Mario Cesar Carvalho.

Nele, o autor conta a história do cigarro desde suas origens. Diz que o capelão da primeira expedição francesa ao Brasil, em 1556, já relatou seu uso entre os tupinambás. Daqui, o fumo emigrou clandestinamente para Portugal e para a Espanha. Fumar cigarro era raridade até o final do século 19. Em 1880, cerca de 58% dos usuários de tabaco eram mascadores de fumo, 38% fumavam charuto ou cachimbo, 3% cheiravam rapé e apenas 1% era fumante de cigarro. Nesse ano, o americano James A. Bonsack inventou uma máquina



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

capaz de enrolar 200 cigarros por minuto, o que criou condições para o aparecimento da indústria.

Então veio a distribuição de cigarros aos soldados nas trincheiras, durante a Primeira Guerra, e seu uso, que se achava restrito às camadas marginais das sociedades americana e européia, explodiu. Em 1900, o consumo anual americano era de cerca de 2 bilhões de cigarros; em 1930, chegou a 200 bilhões. As duas guerras mundiais, que afrouxaram a oposição ao cigarro, a urbanização acelerada, a criação do mercado de massa e a expansão do mercado de trabalho, criaram as condições para que a epidemia do fumo se espalhasse pelo mundo, **envolta em glamour por Hollywood, como símbolo de modernidade.**

Descrito com clareza o cenário que levou à disseminação dessa praga do século 20 pelos cinco continentes, o autor mostra como ocorreu a tomada de consciência da sociedade em relação aos malefícios do fumo e como a indústria boicotou as informações científicas que esclareciam a associação do cigarro com o câncer e com as doenças cardiovasculares. Até a década passada, por exemplo, a indústria se negava a reconhecer até o mais óbvio: que a nicotina provoca dependência, num deboche cínico aos que enfrentam o tormento de parar de fumar. Essa guerra suja, engendrada por executivos de terno e gravata e por pesquisadores sem escrúpulos alugados por eles, é apresentada de forma sucinta e contundente, justificando plenamente a conclusão inicial de que a indústria **enganou de forma vil** os consumidores, provocando milhões de mortes evitáveis. A estratégia de rebater todas as evidências de que o cigarro provoca doenças mortais conseguiu assegurar aos fabricantes o direito de manter, por muitos anos, a propaganda do cigarro pelos meios de comunicação de massa, com mensagens dirigidas a adolescentes, concebidas para aliciá-los à escravidão da dependência de nicotina. Existe, na história do capitalismo, exemplo mais abominável de crime contra as crianças, perpetrado em nome do lucro?

Nos dias de hoje, esse aliciamento criminoso se faz sentir especialmente nos países em desenvolvimento, nos quais a defesa da saúde pública ensaia os primeiros passos e a vida humana parece valer menos. Conformada com a perda de mercado nos países industrializados, a indústria do fumo descarrega seu poder de fogo para conquistar novos dependentes nos países pobres.

No Brasil, apesar do avanço inegável dos últimos anos, a adoção de medidas restritivas à publicidade do cigarro aconteceu com 30 anos de atraso em relação aos Estados Unidos, como nos lembra o autor. Desde 1971, é proibido anunciar cigarro na TV americana; no Brasil, a proibição foi feita há pouco mais de um ano. Durante 30 anos, nossas crianças foram bombardeadas com mensagens para induzi-las a fumar, enquanto as americanas eram protegidas pela legislação de seu país.

Da mesma forma, atualmente, enquanto as multinacionais da indústria de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

tabaco concordaram em pagar 246 bilhões de dólares para convencer os 50 estados americanos a desistir de mover contra elas ações por fraude contra a saúde pública, aqui não arcam nem sequer com um centavo das despesas com o tratamento das doenças provocadas pelo cigarro. Por quê? Para essas companhias, a vida de um cidadão americano vale mais?

Nesse campo vale a pena acompanhar com todo o cuidado a ação que a Associação em Defesa da Saúde do Fumante (Adesf) move contra a Souza Cruz e a Philip Morris e que conseguiu, no Supremo Tribunal, a inversão do ônus da prova, isto é, as companhias é que terão de provar que cigarro não vicia. Foi uma ação similar a essa que possibilitou o acordo de US\$ 246 bilhões nos Estados Unidos, como bem ressalta Carvalho.

O ponto alto do livro, no entanto, está no capítulo "Por que o Cigarro Conquistou o Mundo". Nele, o autor toca num ponto quase nunca lembrado, mas absolutamente fundamental para entender qualquer dependência química: o usuário sente prazer ao consumir a droga.

No caso da nicotina, esse prazer está ligado à sua interação imediata com receptores dos neurônios situados em áreas do cérebro associadas às sensações de prazer e de recompensa e à busca da repetição do estímulo que provocou o prazer. Se um cigarro for consumido em dez tragadas, o autor calcula, o cérebro do fumante de um maço por dia verá esse circuito repetir-se 73 mil vezes por ano. E pergunta com lógica cristalina: que outra droga provoca 73 mil impactos de prazer num ano? Nessa pergunta elementar está a resposta à **dificuldade enfrentada pelos 80% ou mais dos que fracassam na tentativa de abandonar o cigarro**. Nela está a explicação de por que é **mais difícil largar do cigarro do que do álcool, da maconha, da cocaína, da heroína, da morfina ou do crack**.

Dráuzio Varella, Pequena história do cigarro, 19/07/2002.³²

O segundo, ensinando que **a dependência do tabaco é pior do que a do álcool, cocaína, morfina e crack:**

Droga pesada (12/07/2002)

Fui dependente de nicotina durante 20 anos. Comecei ainda adolescente, porque não sabia o que fazer com as mãos quando chegava às festas. Era início dos anos 60 e o cigarro estava em toda parte: televisão, cinema, outdoors e com os amigos. As meninas começavam a fumar em público, de minissaia, com as bocas pintadas assoprando a fumaça para o alto. O jovem que não fumasse estava por fora. Um dia, na porta do colégio, um amigo me

³²http://drauzioarella.ig.com.br/artigos/artigos_indice.asp.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

ensinou a tragar. Lembro que fiquei meio tonto, mas saí de lá e comprei um maço na padaria. Caí na mão do fornecedor por duas décadas; vinte cigarros por dia, às vezes mais.

Fiz o curso de medicina fumando. Naquela época, começavam a aparecer os primeiros estudos sobre os efeitos do cigarro no organismo, mas a indústria tinha equipes de médicos encarregados de contestar sistematicamente qualquer pesquisa que ousasse demonstrar a ação prejudicial do fumo. Esses cientistas de aluguel negavam até que a nicotina provocasse dependência química, desqualificando o sofrimento da legião de fumantes que tentam largar e não conseguem.

Nos anos 70, fui trabalhar no Hospital do Câncer de São Paulo. Nesse tempo, a literatura científica já havia deixado clara a relação entre o fumo e diversos tipos de câncer: de pulmão, esôfago, estômago, rim, bexiga e os tumores de cabeça e pescoço. Já se sabia até que, de cada três casos de câncer, pelo menos um era provocado pelo cigarro. Apesar do conhecimento teórico e da convivência diária com os doentes, continuei fumando.

Na irresponsabilidade que a dependência química traz, fumei na frente dos doentes a quem recomendava abandonar o cigarro. Fumei em ambientes fechados diante de pessoas de idade, mulheres grávidas e crianças pequenas. Como professor de cursinho durante quase 20 anos, fumei nas salas de aula, induzindo muitos jovens a adquirir o vício. Quando me perguntavam: "Mas você é cancerologista e fuma?", eu ficava sem graça e dizia que ia parar. Só que esse dia nunca chegava. A droga **quebra o caráter** do dependente. A nicotina é um alcalóide. Fumada, é absorvida rapidamente nos pulmões, vai para o coração e, através do sangue arterial, se espalha pelo corpo todo e atinge o cérebro. No sistema nervoso central, age em receptores ligados às sensações de prazer. Esses, uma vez estimulados, comunicam-se com os circuitos de neurônios responsáveis pelo comportamento associado à busca do prazer. **De todas as drogas conhecidas, é a que mais dependência química provoca. Vicia mais do que álcool, cocaína, morfina e crack. E vicia depressa: de cada dez adolescentes que experimentam o cigarro quatro vezes, seis se tornam dependentes para o resto da vida.**

A droga provoca **crise de abstinência insuportável**. Sem fumar, o dependente entra num quadro de ansiedade crescente, que só passa com uma tragada. Enquanto as demais drogas dão trégua de dias, ou pelo menos de muitas horas, ao usuário, as crises de abstinência da nicotina se sucedem em intervalos de minutos. Para evitá-las, o fumante precisa ter o maço ao alcance da mão; sem ele, parece que está faltando uma parte do corpo. **Como o álcool dissolve a nicotina e favorece sua excreção por aumentar a diurese, quando o fumante bebe, as crises de abstinência se repetem em intervalos tão curtos que ele mal acaba de fumar um, já acende outro.**

Em 30 anos de profissão, assisti às mais **humilhantes demonstrações do**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

domínio que a nicotina exerce sobre o usuário. O doente tem um infarto do miocárdio, passa três dias na UTI entre a vida e a morte e não pára de fumar, mesmo que as pessoas mais queridas implorem. Sofre um derrame cerebral, sai pela rua de bengala arrastando a perna paralisada, mas com o cigarro na boca. Na vizinhança do Hospital do Câncer, cansei de ver doentes que perderam a laringe por câncer levantarem a toalhinha que cobre o orifício respiratório aberto no pescoço, aspirarem e soltarem a fumaça por ali.

Existe uma doença, exclusiva de fumantes, chamada tromboangeíte obliterante, que obstrui as artérias das extremidades e provoca necrose dos tecidos. O doente perde os dedos do pé, a perna, o pé, uma coxa, depois a outra, e fica ali na cama, aquele toco de gente, pedindo um cigarrinho pelo amor de Deus.

Mais de 95% dos usuários de nicotina começam a fumar antes dos 25 anos, a faixa etária mais vulnerável às adições. A imensa maioria comprará um maço por dia pelo resto de suas vidas, compulsivamente. Atrás desse lucro cativo, os fabricantes de cigarro investem fortunas na promoção do fumo para os jovens: imagens de homens de sucesso, mulheres maravilhosas, esportes radicais e a ânsia de liberdade.

O fumo é o mais grave problema de saúde pública no Brasil. Assim como não admitimos que os comerciantes de maconha, crack ou heroína façam propaganda para os nossos filhos, todas as formas de publicidade do cigarro deveriam ser proibidas terminantemente. Afinal, que pais e mães somos nós?
33

O terceiro, sobre o longo tempo necessário para desfazer a eficácia da propaganda enganosa.

A propaganda do cigarro (05/03/2003)

A lei que restringe a propaganda de cigarro a ambientes internos, bares e boates, por exemplo. Além disso, proíbe o patrocínio das indústrias de tabaco a eventos culturais e esportivos e a venda de cigarros a menores de 18 anos. Não torna o cigarro ilegal, não aumenta os impostos, não obriga a indústria a arcar com os gastos de saúde das vítimas do fumo (como estão fazendo os americanos), não pune as agências por propaganda enganosa, apenas proíbe a publicidade. Só impede que as imagens de homens de sucesso, garotas livres e deslumbrantes e esportes radicais sirvam para criar nas crianças a vontade de fumar e, ingenuamente, cair nas garras da dependência química mais escravizante de todas as que existem.

Apesar da brandura da lei, o lobby comandado pela indústria do tabaco e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

alguns setores da publicidade sempre reagiram ferozmente contra qualquer iniciativa desse tipo. Temiam, certamente, perder parte da capacidade de convencer novos consumidores entre a população mais indefesa: 90% dos fumantes começam a fumar antes dos 21 anos.

Diversas pesquisas mostram que, nos últimos 15 anos, a idade em que meninas e meninos começam a fumar está cada vez mais baixa. Atenta ao mercado, a indústria do fumo dirige a publicidade para a infância e a puberdade.

Por exemplo, veja o que aconteceu nos Estados Unidos com os comerciais estrelados por aquele camelo simpático de óculos escuros, em cima da moto, criado pela R. J. Reynolds, em 1988. Três anos depois de lançada a campanha, diversos estudos demonstraram que crianças e adolescentes eram perfeitamente capazes de reconhecer com facilidade a personagem e associá-la à marca de cigarro correspondente. Um desses estudos mostrou que o camelo era tão conhecido pelas crianças de 6 anos quanto o camundongo Mickey. Levantamentos conduzidos em 1988, quando a campanha foi lançada, e repetidos em 1990, concluíram que o número de adolescentes compradores da marca do camelo aumentou de 0,5% para 32%. No mesmo período, as vendas da marca subiram de US\$ 6 milhões para US\$ 476 milhões.

O argumento empregado pela indústria para justificar a oposição às leis que pretendem proibir a publicidade do cigarro tem sido tradicionalmente o de que muitos trabalhadores vivem da lavoura, do preparo industrial e da comercialização do fumo, e que uma queda de consumo provocaria desemprego. A justificativa é ridícula. Do ponto de vista moral, é justo provocar sofrimento e morte de milhões de pessoas só para que uma minoria conserve o emprego? Não aceitamos esse tipo de lógica quando empregada pelos plantadores de maconha em Pernambuco ou pelos produtores de cocaína do cartel de Cali.

Os fabricantes de cigarro ganharam fortunas impunemente até hoje. **Mesmo com a publicidade proibida, o efeito dessa ação levará anos para ser notada**, porque ainda restarão dezenas de milhões de fumantes comprando um maço por dia pelo resto de suas existências. Além disso, as companhias terão tempo suficiente para investir em outros ramos de atividade os milhões



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

de dólares que antes destinavam à propaganda, e assim absorver a mão-de-obra que porventura venha a ficar sem trabalho.

Não é sensato deixarmos que os beneficiários desse comércio tão lucrativo convençam as crianças a tornarem-se dependentes, para depois tentarmos fazê-las entender que precisam largar de fumar porque o cigarro faz mal. ³³

Aliás, a desproporção entre o tempo para início de vigência da lei e o tempo necessário para colher resultados da campanha anti-fumo também está retratada na reportagem da Folha de São Paulo de 28/5/2009: “Alerta em maço afeta fumante, diz pesquisa”. Relata que o Ministério da Saúde está substituindo as mensagens nos maços por outras mais chocantes para tentar ampliar a aversão ao fumo. “Ao ver fotos e mensagens estampadas nos maços, 39% já desistiram de consumir ao menos um cigarro e 48% ficaram mais propensos a largar o vício”. Quer dizer, providências e campanhas são necessárias e eficazes, mas exigem tempo.

Conforme já referido, a lei federal nº 9.294/96, art. 3ºC, § 2º, determina que na propaganda de cigarro deverão constar várias advertências, dentre as quais a seguinte: “**a nicotina é droga e causa dependência**”³⁴.

O que talvez não se soubesse é a gravidade dessa dependência.

Quem sabe a prévia leitura desse valioso material teria invertido a tendência do Judiciário e inibido pessoas cultas e ilustres de fazerem afirmações contrárias ao conhecimento científico?

³³ http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/cigarro_propaganda.asp

³⁴ Em voto na já referida ADI 3.937-MC, o Ministro-Poeta Carlos Britto assinalou: “(...) o calor que o amianto irradia para essas casas é tão grande que uma vez fiz uma pequena observação, mais ou menos assim: nas pequenas casas do Nordeste, quando o sol bate ‘de chapa’ nos telhados, o sol não sabe se está batendo ou apanhando, porque o calor realmente é insuportável”. Transplantada a metáfora, quem será o telhado: o fumante ou o fabricante de cigarro?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

No que interessa, esses ensinamentos confirmam que a norma estadual, tal como posta, é desproporcional e irrazoável: a pretexto de proteger a saúde, não enfrenta a verdadeira e perniciosa causa, que é a poluição industrial e automotiva, deixando de fiscalizar e coibir, como deveria, o trânsito de veículos velhos e altamente poluentes, assim as motocicletas e os demais veículos totalmente desregulados (acima: Carro sem catalisador polui cerca de 20 vezes mais).

IV - Desvio de finalidade (e de recursos): o Estado não tem recursos para a nova empreitada e desvia os destinados a outras atribuições, que não cumpre adequadamente.

Manifesta a irrazoabilidade e a desproporcionalidade da nova medida, também porque o Estado não dispõe de recursos financeiros, estruturais e de pessoal nem mesmo para os deveres já existentes e as obrigações já assumidas e que não consegue cumprir.

Já nem me refiro à enorme dívida dos **precatórios**, manifestamente impagável (há novo projeto de emenda constitucional para a instituição do terceiro parcelamento, também denominado calote), porque não se trata de débito contraído pelo atual governo estadual, mas é herança nefasta de vários governos anteriores.

Com efeito, ao lado da promessa de assistência terapêutica e de medicamentos antitabagismo (art. 8º)³⁵, a norma prevê também a fiscalização por agentes da Vigilância Sanitária e do PROCON³⁶ e a intervenção da força policial³⁷, tudo, inclusive, com o auxílio dos municípios (decreto, art. 5º)³⁸.

³⁵Lei, art. 8º Caberá ao Poder Executivo **disponibilizar** em toda a rede de saúde pública do Estado, **assistência terapêutica e medicamentos** antitabagismo para os fumantes que queiram parar de fumar.

³⁶Lei, artigos 4º, § único, 5º e 7º; decreto, artigos 13 e 14.

³⁷Lei, art. 3º **O responsável** pelos recintos de que trata esta lei **deverá advertir** os eventuais infratores sobre a proibição nela contida, bem como sobre a obrigatoriedade, caso persista na conduta coibida, de imediata retirada do local, se necessário mediante o auxílio de **força policial**.

³⁸**PROCON** - Decreto, Art. 5º O cumprimento da Lei nº 13.541, de 7 de maio de 2009, será **fiscalizado**, no âmbito de suas respectivas atribuições, pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP e pelo Centro de Vigilância Sanitária, órgão da Secretaria da Saúde, os quais poderão celebrar, para esse fim, **convênios com a União e Municípios**, observado o disposto no Decreto nº 40.722, de 20 de março de 1996.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

(1) Campanhas educativas de trânsito para redução dos acidentes.

O Estado não cumpre o dever já antigo, previsto na lei federal nº 9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro, a respeito da educação para o trânsito, cujo objetivo é reduzir ou eliminar a violência e os acidentes, que produzem milhares de vítimas, sobrecarregam o sistema de saúde, a previdência social, a polícia, o bombeiro, helicópteros de resgate, a justiça. Diz o CTB:

Art. 14. Compete aos Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e ao Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE:

...

IV - estimular e orientar a execução de campanhas educativas de trânsito;

Art. 74. A educação para o trânsito é direito de todos e constitui dever prioritário para os componentes do Sistema Nacional de Trânsito.

§ 1º ...

§ 2º Os órgãos ou entidades executivos de trânsito deverão promover, dentro de sua estrutura organizacional ou mediante convênio, o funcionamento de Escolas Públicas de Trânsito, nos moldes e padrões estabelecidos pelo CONTRAN.

Art. 75. ...

§ 1º Os órgãos ou entidades do Sistema Nacional de Trânsito deverão promover outras campanhas no âmbito de sua circunscrição e de acordo com as peculiaridades locais.

§ 2º As campanhas de que trata este artigo são de caráter permanente, e os serviços de rádio e difusão sonora de sons e imagens explorados pelo poder público são obrigados a difundir-las gratuitamente, com a frequência recomendada pelos órgãos competentes do Sistema Nacional de Trânsito.

Art. 76. A educação para o trânsito será promovida na pré-escola e nas escolas de 1º, 2º e 3º graus, por meio de planejamento e ações coordenadas entre os órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito e de Educação, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de atuação.

Parágrafo único. (...)

Em conseqüência dessa omissão ao cumprimento da determinação legal (não se trata de conveniência administrativa) e da liberalidade na concessão e renovação de carteiras de habilitação, o que se tem é a péssima qualificação dos motoristas: circulam com lanternas apagadas ao anoitecer e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

com faróis baixos desativados à noite e em dias chuvosos; não respeitam a distância regulamentar do veículo que o antecede, mudam de faixa de rolamento abruptamente e sem a necessária sinalização, não dão (porque não sabem como fazê-lo, e ninguém os orienta) passagem para ambulâncias, pondo em risco a vida da vítima. Os motociclistas e motoqueiros trafegam com as luzes apagadas, em alta velocidade entre os veículos quase-parados, riscando-os e arrancando espelhos retrovisores externos, ultrapassam o semáforo vermelho, transitam na contra-mão, sem cerimônia. Põem em risco e atropelam pedestres que tentam atravessar as ruas (as motos aparecem de repente, em alta velocidade, e não são vistas pelo transeunte).

“Cruzamentos de São Paulo são fonte de renda e medo. Para especialistas, só de parar no semáforo motorista sofre desgaste emocional”.³⁹

Pergunta: onde está a fiscalização para orientá-los e puni-los? Não está. A preocupação é apenas aplicar multas por velocidade, porque isso não exige a presença do agente, substituído pelos radares eletrônicos.

Insisto na regra pedagógica prevista no art. 76 do CTB: a educação para o trânsito será promovida **na pré-escola e nas escolas de 1º, 2º e 3º graus**.

No item III-5 supra, a respeito das campanhas públicas contra o fumo, salientamos que elas devem se dirigir justamente às crianças e aos adolescentes, as mais receptivas para assimilar a orientação, e criticamos, por desarrazoada, a campanha anti-fumo aos adultos e idosos, abruptamente transferidos para uma casta inferior.

A propaganda oficial do Governo do Estado adverte:

O tabagismo mata cerca de 200 mil brasileiros por ano. No mundo, este número chega a 3 milhões de pessoas todos os anos, sendo que leis antifumos similares a de São Paulo já existem em diversos países como Inglaterra, Itália, França e Espanha.

³⁹ Folha de São Paulo, classificados veículos, 26/12/99.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Da Secretaria Estadual da Saúde, Sáb, 11/04/09 - 11h32.⁴⁰

Esqueceu-se de mencionar as vítimas de acidentes de trânsito, muitos provocados por motoristas embriagados pelo álcool (não há notícia de que o fumo induz aos acidentes).

Veja-se a reportagem da Folha de São Paulo de 25/12/99, com base em estudo de David Duarte de Lima, professor da Universidade de Brasília e doutor em segurança no trânsito pela Universidade Livre de Bruxelas, informando que desastres mataram neste século 20 vezes o número de soldados norte-americanos mortos no Vietnã; mortos no trânsito no Brasil chegam a 1 milhão, e acidentes consomem US\$ 10 bilhões ao ano.

Reportagem especial da Revista Veja de 2 de julho de 2008 revela que **o congestionamento também mata**: é que, com as ambulâncias travadas nos engarrafamentos, o socorro aos doentes chega tarde. Enquanto a população paulistana cresceu de 2,2 milhões de habitantes em 1950 para 11 milhões em 2008, a frota de veículos aumentou de 76 mil para 6 milhões no mesmo período e diariamente temos congestionamentos de mais de 100 quilômetros na Capital. A reportagem também informa que levantamento da Fundação Getúlio Vargas mostra que São Paulo perde anualmente 33,5 bilhões de reais por causa dos congestionamentos.⁴¹

(2) Os milhares devedores do IPVA e de multas.

Milhares de veículos (847.000, segundo a Folha de São Paulo de 4/9/2005) transitam impunemente por esta cidade sem recolhimento do Imposto de Propriedade de Veículos Automotores e do seguro obrigatório e, conseqüentemente, sem renovação do licenciamento (15% das habilitações são alvos de fraude – Folha de São Paulo, 31/3/2004). Claro que cometem infrações de trânsito mas não recolhem as respectivas multas. Normalmente, se encontram em péssimas condições de uso. Segundo a Revista Veja de 16/11/2005, quase 1,5 milhão de veículos não paga multas, licenciamento, IPVA nem seguro obrigatório; são 2 bilhões de reais que deixam de entrar

⁴⁰ <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=200990&c=6>.

⁴¹ Veja São Paulo, Especial Trânsito, 02/7/2008.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

anualmente nos cofres da prefeitura e do Estado. “O pior de tudo é o risco à segurança”.

Onde está a fiscalização? Não está, dentre outras razões, porque não existem servidores em quantidade suficiente para a tarefa, seja na fiscalização de rua, seja para promover as cobranças (e quando feitas, o são com excessivo atraso, depois da prescrição quinquenal).

Constantemente vemos veículos pesados parados por problemas mecânicos e acidentes decorrentes de falta de manutenção (freios gastos, pneus carecas), ora atravancando o trânsito, ora despejando produtos químicos perigosos ou inflamáveis na pista e nos córregos, e até mesmo ferindo ou matando pessoas. Há poucos dias, um caminhão prensou uma criança contra o muro de uma escola.⁴² A causa: ou não acionados corretamente os freios, ou eles falharam, ou não foi devidamente calçado na ladeira onde estacionado. Será que o motorista era devidamente habilitado? Permanecia capaz de dirigir? A manutenção preventiva tinha sido feita?

De vez em quando (muito raramente) nos deparamos com *blitze* viárias, formadas por agentes de trânsito e policiais militares, que agem por amostragem. Se tal ocorresse com mais frequência e mais rigor, certamente milhares seriam apreendidos e removidos para o pátio, seja por irregularidade na documentação, seja por falta de equipamento obrigatório ou inadequada conservação. Não há agente de trânsito, nem policial militar suficiente para a tarefa e os malandros e até criminosos (CTB, art. 302/312) continuam à solta, arriscando a vida das pessoas. Ainda assim, a norma estadual examinada acrescenta novas atribuições à polícia militar e à polícia civil – o que é sabidamente irrealizável.

(3) O aumento da criminalidade e a escassez de policiais.

Recentemente, um advogado de Diadema foi seqüestrado e conseguiu liberta-se (ou foi liberado) após 17 dias de cativeiro.

⁴² cf. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u543517.shtml>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Profundamente debilitado, pediu auxílio a um vigilante noturno particular, que chamou a polícia, que demorou 40 minutos para chegar. Por falta de atendimento oportuno, a vítima morreu.⁴³ Esse fato poderá se repetir com muito mais frequência, se a polícia estiver atendendo a chamados relativos a fumante. Ou não? Roubos, estupros e mortes crescem em todo o Estado.⁴⁴ Cyber café esconde bingo perto de delegacia.⁴⁵

A insuficiência de pessoal é uma realidade: do efetivo previsto da Polícia Militar (93.986), existem 5.910 vagas sem preenchimento. “Pelo menos 2.000 policiais deixam a corporação anualmente, por motivos variados, como aposentadoria, ferimentos, morte, expulsão”.⁴⁶ Criará o Estado milhares de cargos para suprir a lacuna? Há recursos financeiros disponíveis? Tudo indica que não.

(4) A fiscalização por agentes sanitários e pelo PROCON.

Os agentes do Centro de Vigilância Sanitária da Secretaria da Saúde, e do PROCON/SP fiscalizarão os estabelecimentos comerciais e aplicarão as respectivas penalidades (art. 7º da lei e art. 5º do regulamento).

Notícia colhida no Portal do Governo do Estado - SP Notícias, 08/05/09 - 09h55⁴⁷

“Fiscalização: A partir de agosto, cerca de 500 agentes da Vigilância Sanitária e do Procon vão fiscalizar o cumprimento da lei antifumo”
“Mesmo locais onde não haja ninguém fumando podem ser punidos caso os fiscais constatem evidências de que houve consumo de produtos fumígenos, como cinzeiros, bitucas no chão ou no lixo e em vasos sanitários e ausência de cartazes alertando para a proibição.”

Desconsidero o excesso de rigor contido na última afirmação, porque essa não é, dado o absurdo, a intenção da lei e nem será o comportamento da

⁴³Folha de São Paulo, 14/5/2009.

⁴⁴Folha de São Paulo, 01/5/2009.

⁴⁵Folha de São Paulo, 06/5/2009.

⁴⁶Folha de São Paulo, 09/5/2009.

⁴⁷<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=200990>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

fiscalização.

Ora, esses órgãos têm a incumbência de fiscalizar as condições de higiene dos estabelecimentos que fornecem refeições, a qualidade, peso, preço, prazo de validade dos produtos expostos à venda, especialmente alimentícios e medicamentosos; a propaganda e as relações de consumo, tudo em proteção do consumidor e da saúde pública.

Periodicamente são ajuizadas ações anulatórias de multas aplicadas pelo PROCON, destacadamente a supermercados e até contra empresa aérea. Tais demandas praticamente cessaram nos dois últimos anos e as explicações possíveis: deixaram de ocorrer infrações; os infratores se conformaram com a penalidade; deixou de haver fiscalização. Nesta última hipótese, tal decorreria ou de omissão do órgão ou de falta de pessoal suficiente para cumprir a tarefa.

Relativamente à vigilância sanitária estadual, apenas duas demandas foram ajuizadas nesta Vara nos últimos anos: um a respeito de instalação de antenas de transmissão de telefonia celular (processo nº 1.993/2003); outro, sobre comercialização de produtos não correlatos por drogaria (proc. nº 1.035/2004). Relativamente à vigilância sanitária **municipal**, dois processos: 641/2006 e 1.501/2007, ambos a respeito de farmácia de manipulação. Parece que a atuação da vigilância sanitária é sempre aceita pelos fiscalizados, dada a reduzidíssima contestação judicial. O que não se sabe é se existem 500 agentes disponíveis (sem serviço) para atuar no cumprimento da lei anti-fumo, ou serão **desviados** de suas funções primárias e já existentes. Como a presunção só pode ser negativa quanto à primeira hipótese, segue-se prevalecer a segunda. Mas, da mesma forma que a questão da segurança pública, tudo indica que o Estado não tem recursos financeiros para criar centenas ou milhares de cargos para suprir a carência de pessoal.

(5) O IMESC não cumpre adequadamente suas atribuições.

Como se sabe, as perícias médicas em ações indenizatórias ajuizadas por pessoas pobres contra o Estado e o município são realizadas pelo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Instituto de Medicina Social e Criminologia, órgão da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado.

Entretanto, há alguns anos, tal órgão não vem realizando as perícias requisitadas pelos Juízos das Varas da Fazenda e nem sequer respondendo aos ofícios de reiteração a ele dirigidos, em total escárnio para com o Poder Judiciário e principalmente para com os cidadãos vitimados. Em conseqüência, dezenas e dezenas de processos se acumularam, sem desfecho, por ausência do necessário laudo, razão pela qual vários ofícios foram encaminhados à anterior e ao atual titular da Pasta da Justiça, para providências, mas sem sucesso, até que em 9 de abril de 2008 o Senhor Secretário encaminhou correspondência ao Senhor Corregedor Geral da Justiça, prestando esclarecimentos a respeito da situação crítica do IMESC.⁴⁸

Em 19/02/2009 foi publicada norma do Conselho Superior da Magistratura - Provimento nº CSM 1.626/2009 - liberando o IMESC de perícias em ações previdenciárias, nos termos da Resolução nº 541/2007 do Conselho da Justiça Federal (a perícia deve ser custeada pela Justiça Federal).

Das informações se colhe que 60% de todas as solicitações recebidas

⁴⁸SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
GABINETE DO SECRETÁRIO

São Paulo, 9 de abril de 2008. Ofício GSJDC nº 491/2008

Senhor Desembargador,

Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência, a fim de expor e requerer o que segue:

O IMESC - Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo, autarquia vinculada a esta Secretaria, vem recebendo milhares de solicitações e requisições judiciais para a realização de perícias. Conforme se verifica pelo gráfico em anexo, o aumento de solicitações passou de 36.981, no ano de 2006, para 79.157, no ano de 2007, mais de cem por cento em um ano. Assim sendo, a autarquia não tem condições estruturais de atendimento rápido de tal demanda, o que exige tempo para que se encontre outras alternativas de serviço. Certamente por desconhecer tal situação excepcional, diversos magistrados têm requisitado a abertura de inquérito policial para apurar a prática de crime por parte da direção do IMESC, por não cumprir ordem judicial, quando a demora do cumprimento se deve única e exclusivamente ao insuperável acúmulo de serviço e não à falta de vontade de executá-lo. Por todo o exposto, solicita-se a Vossa Excelência que se dê ciência aos ilustres magistrados da situação da questão e que o IMESC busca alternativas para a superação do acúmulo de serviço, no prazo mais rápido possível. Aproveito a oportunidade para reiterar a Vossa Excelência meus protestos de alta estima e elevada consideração. (a) LUIZ ANTONIO GUIMARÃES MARREY, Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania.

À Sua Excelência Desembargador RUY PEREIRA CAMILO Digníssimo Corregedor Geral da Justiça



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

pelo IMESC provêm da Justiça Federal. Não se sabe se tais solicitações serão devolvidas à origem, possibilitando ao IMESC atender às demais requisições, para que as demandas pendentes possam chegar ao desfecho. Supõe-se que sim.

Mas o que se tem é que o Estado demonstrou não ter condições de atender a esse tipo de demanda em defesa da cidadania e nem se sabe quanto tempo será necessário para regularizar a situação. Do ofício nº 17/2008 do Superintendente do IMESC ao Secretário da Justiça consta:

“Ademais a atual estrutura de pessoal da Autarquia não é suficiente para o atendimento de tão elevada demanda. Dia a dia o quadro de pessoal do IMESC diminui, funcionários se aposentam, outros infelizmente falecem, sem contar alguns que necessariamente são afastados.

Já estamos realizando concurso público para reposição de alguns cargos, o que acreditamos não será a solução, mas melhorará as nossas possibilidades de agilidade no atendimento.”

Difícil entender como o Estado se propõe criar novas atribuições sem cumprir adequadamente as já anteriormente assumidas.

(6) O IML demora demais na remoção e liberação de corpos.

Em total desrespeito ao morto e seus familiares, o Instituto Médico Legal do Estado demora demasiadamente na retirada de corpos estendidos na via pública, bem como na liberação de corpos de vítimas de morte violenta ou suspeita.

O trânsito paulistano mata em média 4,3 pessoas por dia e fere com alguma gravidade pelo menos outras 72. Em 2007, exatas 1.566 pessoas perderam a vida no trânsito paulistano, um aumento de 5,3% em relação a 2006. Foram 736 pedestres, 281 motoristas e passageiros, 466 motociclistas e 83 ciclistas - para efeito de comparação, 4 mil soldados americanos morreram na guerra do Iraque ao longo de cinco anos de combate. Em todo o Reino Unido, morrem 8 pessoas por dia, por causa do trânsito. Em Nova York, 0,7. (Estadao.com.br, 18/9/2008, 00:15 |Online.⁴⁹

⁴⁹http://www.estadao.com.br/cidades/not_cid243657.0.htm.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

No caso de vítimas de acidentes no trânsito, os corpos ficam estendidos na via pública por várias inexplicáveis horas, à espera da chegada do Instituto de Criminalística e do IML, prejudicando o trânsito local (com reflexos para várias regiões), constringendo a população, angustiando os parentes das vítimas, além de ofenderem o morto.

Recentemente (15 de janeiro de 2009), uma ciclista (Márcia Regina de Andrade Prado) morreu atropelada por um ônibus na Avenida Paulista, por volta do meio-dia e o corpo somente foi retirado do asfalto escaldante 4 (quatro) horas depois, o que provocou o seguinte comentário de um morador:

Lamentável. Ontem foi um dia muito triste que não sai da minha cabeça. Da janela da empresa onde trabalho, acompanhei angustiada e triste a tragédia que envolveu a ciclista Márcia, pessoa que até então era desconhecida, alias não sabia se era homem, mulher, criança, adulto, so sabia que estava morta, por observar da janela aquele corpo estendido na avenida Paulista, foram quatro horas de sofrimento... Como pode uma pessoa ser morta e ficar tanto tempo jogada em um asfalto pegando fogo e ninguém fazer nada! "Só nos resta esperar". Rezei muito... E só depois de muito sol, e quando a chuva veio bem forte o carro que recolhe corpos e leva para o IML chegou, recolheu o corpo como se fosse qualquer objeto e foi embora. Fiquei observando o carro ate sumir na Paulista, e me perguntando: Porque pagamos tantos impostos, se nem se quer quando morremos somos tratados com dignidade e respeito? Ivanilde.⁵⁰

Posteriormente, a liberação do corpo pelo IML, para que a família possa realizar o velório e sepultamento, também é extremamente demorado – o que multiplica a angústia e sofrimento dos familiares. Foi o que ocorreu também no sinistro acima referido: “A mãe da ciclista também enfrentou a demora para liberar o corpo da filha no IML para a doação de seus órgãos”.⁵¹

Há evidente falta de pessoal e de estrutura para enfrentar a “demanda”. Em condições normais, o IML conta com cerca de 20 médicos legistas,⁵² a exigir do Estado maior alocação de recursos para extinguir ou reduzir o grave problema, e se não o faz, ou é por falta de vontade política, ou de recursos.

⁵⁰ <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2009/01/437827.shtml>.

⁵¹ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u490775.shtml>.

⁵² <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL75303-5605,00.html>.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

(7) Deficiência na área educacional.

São Paulo não se houve bem na classificação do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) e isso decorre de várias causas: baixa qualificação dos professores, baixos salários, falta de estímulo, condições inadequadas das escolas, violência dos alunos contra a escola (algumas são depredadas), contra os colegas (há várias ações reclamando indenização do Estado por omissão) e contra os próprios professores (o que até certo ponto justifica as faltas e o abalo psicológico); excesso de faltas dos professores por problemas de saúde e estresse; alta rotatividade (dos 230 mil docentes, 100 mil são temporários, não se fixam na escola, não estabelecem laços com os alunos e com a comunidade).

São Paulo tem mais de mil crianças fora da escola, diz a Folha de 11/04/2009.⁵³ Um ilustrativo exemplo, a respeito de duas escolas de ensino médio da Capital: “Piores escolas reduzem aula por falta de água. Alunos perdem até três aulas ao dia porque as unidades suspendem atividades devido à falta de banheiros e de professores”⁵⁴.

Os alunos mais problemáticos e mais violentos são os provenientes de famílias pobres, desajustadas, mal alimentadas, com extrema dificuldade de aprendizado. Trata-se de problema social (muitas vezes policial) a exigir a atenção do Estado. Veja-se o editorial da Folha, sob o título **Socorro ao professor**:

“Debate pedagógico passa ao largo da questão disciplinar, um equívoco grave diante da violência crescente nas escolas.

A educação básica no Brasil ainda é precária, em particular nas redes oficiais de ensino. Mediocridade e letargia se patenteiam a cada resultado da pletora de exames e índices surgidos na última década. Bem encaminhada a meta da universalização do acesso e superada a controvérsia sobre avaliações de desempenho, resta roer o caroço duro do próprio aprendizado.

A batalha terá de ser vencida com uma estratégia de requalificar professores e remunerá-los melhor. Essa classe desprestigiada já se vê, contudo, acossada por outra conflagração: a indisciplina, quando não a

⁵³ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u549291.shtml>.

⁵⁴ Folha de São Paulo, caderno Cotidiano, de 20/03/2009.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

agressão praticada por uma parcela dos alunos.

O **aumento da violência juvenil** é um problema das sociedades contemporâneas que não afeta apenas a escola. Agrava-se conforme pais de todos os estratos se omitem e transferem a responsabilidade primeira pela socialização de crianças e jovens ao educador.

O tumulto de quinta-feira entre policiais militares e estudantes numa escola estadual da capital paulista constitui apenas mais um episódio a lamentar, não exceção. Após erupção semelhante em novembro, o governo estadual prometera um **plano antiviência**, que até hoje não veio a público. Levantamento do sindicato de diretores Udemo indicou que 86% das 683 escolas que responderam a questionário (de um total de 5.300) tinham vivido casos de violência.

Combater a escalada implica afrontar a mescla de democratismo e leniência que tomou de assalto o aparelho educacional brasileiro. Tornou-se pedagogicamente incorreto lançar mão de medidas disciplinares. O diálogo por certo representa o melhor caminho, mas não quando se trata de ameaça ou desrespeito ao professor.

Em nome de incentivar a afirmação da individualidade do aluno, tolera-se todo tipo de abuso. Não é só de guias curriculares que necessita o docente, mas de orientação prática e eficaz sobre como proceder em casos disciplinares, dos simples aos graves. Todo projeto pedagógico tem de implementar medidas para assegurar a tranqüilidade e a concentração sem as quais não há aprendizado possível.

É injusto deixar só com os professores mais essa responsabilidade. Eles em geral figuram entre as vítimas dessa deterioração no convívio. Para reconquistar o prestígio em erosão, não é só de salários, carreiras e bônus que precisam, mas da intervenção decidida das autoridades educacionais na questão da disciplina.

Cabe a elas rever gradação, condições e limites das punições aplicáveis, criar procedimentos para situações excepcionais e também serviços especializados de assistência ao professor ameaçado. Sem esse mínimo de garantias, cada vez menos talentos estarão dispostos a seguir a carreira de professor, decisiva para reduzir a iniquidade social no país.”⁵⁵

Pesquisa da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), feita em 2007 e 2008 sobre as condições de trabalho de professores de 5ª a 8ª séries de 23 países revela que os professores brasileiros são os que mais desperdiçam com outras atividades o tempo que deveria ser dedicado ao ensino. No período em que deveriam estar dando aula, eles cumprem tarefas administrativas (como lista de chamada e reuniões) ou tentam manter a disciplina em sala de aula (em consequência do mau comportamento dos alunos). Em percentagem,

⁵⁵Folha de São Paulo, 17/5/2009.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

dedicam apenas 69,2% do tempo ensinando, 13% em tarefas administrativas e 17,8% mantendo a ordem na sala de aula, enquanto a média é respectivamente de 78,8%, 8,2% e 12,9%. Esse problema se agrava com a constatação na pesquisa de que os professores brasileiros trabalham com turmas com número de alunos (32) acima da média (24).⁵⁶

Quanto aos **temporários**, o Conselho Nacional de Educação aprovou norma que limita em 10% do quadro. Neste Estado, correspondem a 44% e há necessidade de criação de 75.000 cargos públicos⁵⁷. O problema, certamente, é ou a falta de recursos para realização do necessário concurso, ou a inércia administrativa. Felizmente, finalmente, vem a notícia de que o Governo do Estado irá abrir concurso para efetivar 90 mil professores, ficando os temporários apenas para situações de emergência.⁵⁸

Também faltas vagas em escolas especializadas para **deficientes físicos e mentais**, alguns dos quais, em face da gravidade da moléstia, não podem ser atendidos em classes “normais”, por absoluta falta de qualificação especializada dos professores.

Depois não se entende a surpresa com o resultado do exame unificado da OAB: **reprovados 88%** dos candidatos **paulistas**.⁵⁹

(8) Deficiência no fornecimento de medicamentos.

Reconhece-se que o Estado despense uma fortuna no fornecimento de medicamentos para a população carente, a maior parte através dos próprios centros de saúde. Entretanto, também deve ser reconhecido que milhares de ações são distribuídas a pedir que o Estado cumpra sua obrigação constitucional e se recusa administrativamente a fazê-lo, muitas vezes sob fundamento de que o produto prescrito pelo médico do paciente não é o recomendado.

⁵⁶Folha de São Paulo, 17/6/2009.

⁵⁷<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u545102.shtml>.

⁵⁸Folha de São Paulo, 20/6/2009.

⁵⁹Folha de São Paulo, 27/5/2009.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Ora, isso revela uma enorme distorção: os juízes não têm qualificação técnica para dirimir a controvérsia (nem tempo para perícia) e se vêem diante de tormentoso dilema: ou negam o pedido, sob risco de vida para o interessado, ou o deferem, diante da urgência, onerando os cofres públicos às vezes desnecessariamente.

Solução que tenho alvitado informalmente a um dos Procuradores do Estado da área: a criação de um órgão de triagem, com atendimento pessoal e imediato do doente por profissionais da saúde, que de plano liberem o fornecimento ou justifiquem a recusa. Somente nesta última hipótese é que caberia a intervenção do Judiciário. A informação daquele Procurador era no sentido de que o assunto já estava em estudos na Secretaria da Educação, mas muito tempo se passou sem qualquer notícia do desfecho.

Interessante assinalar que, nas audiências públicas sobre Saúde em abril e maio de 2009 no Supremo Tribunal Federal, um dos palestrantes, o ex-ministro da Saúde Adib Jatene, além de afirmar que perto de 60% dos pleitos não necessitariam da demanda ao Judiciário, propôs, para diminuir o número de ações na Justiça, a edição de uma súmula vinculante para que todo pleito de solicitação de liminar para fornecimento de medicamentos, produtos, insumos ou procedimentos venha acompanhado da recusa da autoridade em atender o pedido; quanto às ações judiciais, propôs que fossem criados mecanismos necessários para oferecer ao Judiciário assessoria técnica em Centros de Referência por profissionais *ad hoc* sem conflito de interesse e sem relação com assistência e prescrição dos pacientes.⁶⁰

Ora, como temos decidido reiteradamente, a prova escrita da recusa, no sistema atual, é totalmente impossível, porque, após aguardar horas na fila, o doente é recebido por “atendente de balcão”, que nega o pedido verbalmente e não documenta a recusa.

Quanto à segunda proposta, embora positiva, parece irrealizável, na exata medida em que o Estado não dispõe desses profissionais, bastando

⁶⁰Notícias STF, 29/4/2009.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

relembrar o quanto relatamos a respeito do IMESC (supra, IV, 5).

Interessante também observar que, segundo notícia do STF (sistema push) na mesma data, a Defensoria Pública do Estado teria firmado parceria com a Secretaria Estadual de Saúde para que as pessoas que necessitam de medicamentos, sejam oficiais ou excepcionais, sejam atendidas por técnicos que indicam como podem ser obtidos e as pessoas que procuram a Defensoria Pública na cidade de São Paulo são encaminhadas a um atendimento por técnicos da Secretaria de Saúde, que se **localizam fisicamente dentro do prédio da Defensoria**. Segundo o defensor público Vitore André Zílio Maximiano, esses atendimentos ocorrem terças e quintas e não há filas.

Lamenta-se que nem a Defensoria, nem a Secretaria de Saúde, tenham prestado tal informação aos Juízes das Varas da Fazenda Pública. De qualquer forma, tal procedimento poderia ser adotado inclusive para aqueles que ajuízam demandas por advogados particulares: seriam encaminhados ao órgão técnico para somente depois ser apreciado o pedido de liminar.

Como se vê, existem providências administrativas que o Estado pode adotar, em benefício do cidadão doente, do Judiciário e do próprio Executivo, que se veriam livres dos custos decorrentes do excesso de demandas e até das condenações em honorários advocatícios.

Os recursos desviados para a fiscalização dos fumantes poderiam ser alocados para cobrir as despesas decorrentes daquelas providências em favor da saúde pública.

(9) Primeira conclusão.

De tudo quanto se disse a respeito das deficiências na prestação de vários serviços públicos, se extrai que, para atingir os fins pretendidos com a legislação anti-fumo, não pode o Estado utilizar os meios anunciados, ou seja, desviar recursos daqueles deveres não plenamente satisfeitos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

IV - Promessa enganosa de assistência médica ao fumante.

A lei promete disponibilizar **assistência terapêutica e de medicamentos** antitabagismo aos que queiram parar de fumar (art. 8º)⁶¹. Ora, embora elogiável tal promessa (incluída, diga-se, por emenda parlamentar), os recursos orçamentários parecem indicar que não passará disso – promessa -, dada a dificuldade do Estado em prestar assistência médica e medicamentosa em geral e considerado o alto custo dos medicamentos específicos anti-tabagismo e o tempo prolongado do tratamento.

A imprensa noticia que informações sobre tabagismo e como parar de fumar são as mais procuradas no Disque Saúde, serviço do SUS que esclarece dúvidas quanto a doenças e programas do governo. Acrescenta ter constatado que a espera para iniciar o tratamento pode demorar até sete meses em unidades de referência, como o CRATOD, Centro de Referência em Álcool, Tabaco e Outras Drogas, órgão estadual na região central de São Paulo. E reproduz afirmação da diretora do Programa de Tabagismo do Instituto do Coração: o programa é incipiente e a demanda reprimida é enorme.⁶²

Forte nas boas intenções, carece a promessa de indicação dos recursos financeiros, materiais e de pessoal para cumpri-la, revelando

⁶¹ Lei, art. 8º Caberá ao Poder Executivo **disponibilizar** em toda a rede de saúde pública do Estado, **assistência terapêutica e medicamentos** antitabagismo para os fumantes que queiram parar de fumar.

Decreto, Art. 6º A Secretaria da Saúde **organizará a prestação de assistência** terapêutica aos dependentes do tabaco, incluído o fornecimento de medicamentos prescritos por médico integrante do Sistema Único de Saúde - SUS.

⁶² Folha de São Paulo de 31/5/2009, Cotidiano C17.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

coloração de **campanha político-eleitoral**.⁶³

V - Delegação do poder de polícia. Desvio de finalidade da requisição policial.

Dispõe a lei que **o responsável** pelos recintos nela tratados **deverá advertir** os eventuais infratores sobre a proibição nela contida, bem como sobre a obrigatoriedade, caso persista na conduta coibida, de imediata **retirada** do local, se necessário mediante o auxílio de **força policial** (art. 3º).

Ora, o poder de polícia é indelegável ao particular, e, no caso de empresários, nada justifica transferir-lhe tal atribuição em detrimento de sua própria clientela.

Doutra banda, a força policial somente pode ser utilizada na hipótese de ocorrência de **crime**, ou seja, conduta assim tipificada na lei. Ora, fumar em ambientes proibidos **não constitui crime ou contravenção**⁶⁴, mas no máximo mera infração administrativa, sujeita a sanções administrativas, e que somente podem ser impostas ao infrator e se a ordem for dada por autoridade competente (o que não é o caso do empresário). Daí decorre que a utilização da polícia militar e da polícia judiciária para tal mister constitui claro **desvio de finalidade**.

Prevendo o decreto, artigo 5º, a possibilidade de convênios com os

⁶³O governador José Serra (PSDB) cobrou ontem maior empenho dos secretários de Saúde, Luiz Roberto Barradas Barata, e da Justiça, Luiz Antonio Guimarães Marrey, na mobilização das prefeituras para o sucesso da lei anti-fumo no Estado. Temendo que uma de suas **principais apostas políticas** seja desmoralizada, Serra tem insistido no assunto. Ontem, durante solenidade de assinatura de 97 convênios no Estado, o governador fez um apelo para que os prefeitos trabalhem pelo cumprimento da lei, pois o Estado atuará "no atacado". Em seu discurso, Serra disse ainda que adversários políticos tentarão desmoralizar a lei por meio da imprensa: "Há aqueles que vão torcer contra a lei (...) Os interesses feridos, os adversários políticos, através da imprensa". (<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1706200912.htm>).

⁶⁴Constitui contravenção penal servir bebidas alcoólicas a menor de 18 anos, a quem se acha em estado de embriaguez etc (D.L. nº 3.688/41, art. 63). Nesses casos, qualquer pessoa pode noticiar o fato à autoridade policial, por se tratar de contravenção penal, o que é muito diferente de proibir alguém de fumar, porque fumar é atividade lícita.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

municípios, presume-se que a **guarda municipal** também poderá ser utilizada, embora manifestamente incompetente para tal tarefa.

O empresário penalizado por ato de terceiros e a invasão da intimidade.

Nessa mesma linha de poder de polícia delegado ao empresário, materializa-se o excesso legal estabelecido nos artigos 3º e 4º da lei estadual, corroborado pela propaganda oficial veiculada no Portal do Governo do Estado - SP Notícias, 08/05/09 - 09h55 –

“Fiscalização: A partir de agosto, cerca de 500 agentes da Vigilância Sanitária e do Procon vão fiscalizar o cumprimento da lei antit fumo. Mesmo locais onde não haja ninguém fumando podem ser punidos caso os fiscais constatem evidências de que houve consumo de produtos fumígenos, como cinzeiros, bitucas no chão ou no lixo e em vasos sanitários e ausência de cartazes alertando para a proibição.”⁶⁵

Seria o caso de desprezar o excesso de rigor contido na última afirmação, porque essa não pode ser, dado o absurdo, a intenção da lei e nem poderá ser o comportamento da fiscalização. Entretanto, o que se tem é que não pode o empresário ser responsabilizado por ato de terceiro sobre o qual não tem ascendência (empregado). Demais disso, não se pode impor ao empresário o dever de vigiar o comportamento de seus clientes permanentemente e em toda a extensão do estabelecimento, inclusive o banheiro, o que constituiria invasão da intimidade, sem contar a necessidade de contratação de mais empregados para tal mister.

VI - Fornecimento gratuito pelos empresários de formulários de denúncia.

O Regulamento obriga os empresários a fornecer gratuitamente, a qualquer pessoa, formulário de denúncia por infração à lei (art. 13, parágrafo único). Ora, além de se tratar de obrigação imposta por decreto, e não por lei, o que se tem é a caracterização da desproporcionalidade da regra, porque

⁶⁵(<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=200990>):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

impõe o **custo de confecção** desses formulários ao particular, o que redundará em redução de seus lucros ou aumento do custo dos produtos e serviços por eles prestados, a dano do consumidor. Se, entretanto, o fornecimento for feito pelo próprio Estado (cabendo ao empresário apenas a distribuição), aí o custo será do erário, mas isso não está justificado.

VII - A proibição brusca de atividade lícita e de comportamento lícito.

Mais de dez anos depois de a lei federal obrigar os empresários a despendere recursos na instalação de fumódromos, vem a norma estadual dizer que eles são inúteis e devem deixar de existir **em 90 dias**. De seu turno, a lei prevê que o início da aplicação das penalidades será **precedido** de ampla **campanha educativa** (art. 7º, par. único)

A incoerência dessas previsões e a afronta ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade são manifestas. A incoerência reside no fato de que - como já salientado a respeito das campanhas educativas de trânsito - a proibição anti-fumo deve ser **precedida** por tempo razoável de campanha.

Isso lembra a lei municipal nº 14.223, de 26/9/2006:

Art. 44. Todos os anúncios publicitários, inclusive suas estruturas de sustentação, instalados, **com ou sem licença** expedida a qualquer tempo, dentro dos lotes urbanos de propriedade pública ou privada, deverão ser retirados pelos seus responsáveis até 31 de dezembro de 2006.

Essa lei, a pretexto de coibir os **excessos da propaganda poluidora do visual urbano** (finalidade merecedora de aplausos), adotou **meios** inadequados, seja pelo excesso de restrições (de repente, até os anúncios licenciados, portanto regulares, lícitos, passaram a ser proibidos; quase todos os estabelecimentos tiveram de retirar as placas indicativas de seu nome comercial de suas fachadas, para reduzi-las às novas dimensões estabelecidas, e o consumidor já não conseguia encontrar a loja que procurava...), seja pelo reduzido prazo de adaptação às novas regras.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

O MM. juiz Luis Paulo Aliende Ribeiro, da 4ª Vara da Fazenda Pública, em sentença de 20/12/2006 no processo nº 1.458/2006, considerou exíguo tal prazo, “ofensivo ao princípio da segurança jurídica, impondo aos destinatários da norma conduta que **não se mostra razoável e proporcional em face dos objetivos** visados pela lei questionada, especialmente se considerada a legítima expectativa dos associados da impetrante de exercício da atividade cuja licitude e perspectiva de continuidade podiam inferir, no campo do ordenamento jurídico positivo municipal de cunho urbanístico, do Plano Diretor vigente”. E prosseguiu:

“O princípio da *confiança legítima* (ou princípio da proteção da confiança) se constitui, como ensina Odete Medauar, em desdobramento do princípio da segurança jurídica e que estende proteção a todo particular que se encontre numa situação na qual sobressai que a Administração fez nascer esperanças fundadas. Diz respeito à continuidade das leis e à confiança dos indivíduos na subsistência das normas, na proteção dos cidadãos contra alterações normativas que, mesmo legais, sejam de tal modo abruptas ou radicais que suas conseqüências venham a ser chocantes. Impõe o estabelecimento de regras de transição. (O Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p.241-263).

É este o caso dos autos no qual, embora se apresente regular a alteração normativa o prazo fixado no artigo 44 da Lei Municipal nº 14.223/06 para a adequação dos cidadãos ao novo ordenamento (mediante retirada pelos responsáveis até 31 de dezembro de 2006) se revela abrupto e radical, e as conseqüências para os administrados decorrentes da atuação da autoridade impetrada no rigoroso cumprimento dos prazos fixados e na aplicação das penalidades não guardam razoabilidade ou proporcionalidade com os fins visados pela legislação em questão.

A inviabilidade da manutenção de tais prazos já foi reconhecida pelo Executivo Municipal ao estabelecer, em face da previsão do § 1º do artigo 45 da lei, que o prazo para a regularização das fachadas dos estabelecimentos comerciais terá por termo final a data de 31 de março de 2007, fato comprovado nos autos e demonstrativo de que não foram estabelecidas regras razoáveis de transição necessárias para que os administrados pudessem, sem submissão a encargos e danos desproporcionais ou à imposição de penas administrativas rigorosas, promover o necessário para a adequação às novas regras.

A exigüidade dos prazos estabelecidos nas disposições finais e transitórias da Lei Municipal nº 14.223/06 mostra-se, pois, ofensiva ao direito líquido e certo dos associados da impetrante da fixação, pela Administração, de regras razoáveis e adequadas de transição para a nova situação jurídica, o que viabiliza, nessa parte, o atendimento da pretensão mandamental para, de forma preventiva, suspender a eficácia do disposto no artigo 44 da Lei



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone: 32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Municipal nº 14.223/06 no que respeita à publicidade lícita, com abstenção das condutas restritivas e punitivas previstas e a adoção, em caráter geral, da prorrogação de prazo por noventa dias prevista no § 1º do artigo 45 da referida lei, ou seja, estendendo também para a publicidade lícita veiculada pelos associados da impetrante o prazo final de 31 de março de 2007, já concedido para as fachadas dos estabelecimentos comerciais pelo Executivo.”

Suspendeu a eficácia do art. 44 até 31 de março de 2007, orientação mantida pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Este Juízo, em sentença de 12/02/2007 no processo nº 1.737/06, transcrevendo a decisão acima, considerou exíguos ambos os prazos, suspendendo a eficácia até 31 de dezembro de 2007, sob os seguintes fundamentos:

“Ora, noções elementares de administração de empresas (até mesmo aplicáveis aos indivíduos minimamente organizados em sua vida pessoal) indicam que qualquer atividade, mesmo sem conteúdo ou finalidade econômica, mas especialmente estas últimas, exigem **planejamento**.

Há os aventureiros amadores, que se lançam na estrada sem os prévios e necessários cuidados com o seu veículo, com o itinerário, com os locais de abastecimento e de alimentação etc.

Desprezados estes, sem necessidade de maiores explicações, detêm nossa atenção os indivíduos cuidadosos, especialmente os empresários (por definição, “profissionais”), que “organizam os meios de produção”, planejam a atividade que pretendem exercer (obviamente lícita), elaboram estimativa orçamentária, celebram contratos e em função deles contratam empregados, adquirem ou alugam equipamentos e imóveis. Sejam eles pequenos, médios ou grandes.

Esse planejamento é **no mínimo ANUAL** e quando se trata de grandes corporações, chega a ser trienal, quinquenal e até decenal (à semelhança do Estado). Entre a idéia de criar um novo produto e a decisão, passam-se meses ou anos; entre a decisão e o planejamento, e entre este e a execução, outros tantos. E nada disso passa sem a inclusão da propaganda, que antecede o lançamento do produto no mercado e depois o acompanha. O que varia no tempo é a intensidade dessa campanha publicitária.

Ora, não se pode, à socapa, de sobresalto, interferir na vida empresarial, passando a proibir, pura e simplesmente, atividade até então permitida, de nada valendo a “**promessa**” de edição de nova lei que voltará a permiti-la – não se sabe **quando**, nem **a que preço** (tipo e intensidade de restrições).

A proibição atual anulou os contratos de publicidade já firmados e consolidados, impedindo a celebração de novos. A “promessa” de lei nova, sem data certa nem especificações, impede o planejamento do(s) próximo(s)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

exercício(s) tanto pelas empresas de publicidade como por suas clientes, tais as fabricantes de produtos, serviços e eventos.

Alguém dirá: a propaganda não está totalmente proibida; poderá ser veiculada por outros meios (mídia impressa, rádio, televisão). Claro. Mas a que custo e com que eficácia? E como ficam os milhares de pessoas envolvidas no meio agora proibido?"

Tal decisão, entretanto, não foi prestigiada em segundo grau.

Data máxima vênua, persisto no entendimento de que os nossos argumentos eram razoáveis⁶⁶ e são inteiramente aplicáveis ao presente caso, e por maioria de razão. Campanhas educativas, por definição, se dirigem para o futuro, e dependendo do seu objeto, sua duração deve ser proporcional à previsão de sua eficácia, para somente depois impor-se restrições, proibições e sanções.

Veja-se o caso da Empresa Brasileira de Correios (ECT), que há quase 20 anos vem celebrando contratos de franquia **sem licitação**, descumprindo norma constitucional e orientação do Tribunal de Contas da União, de 1994. Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região fixou o prazo de 06 meses para regularização. Entretanto, o Presidente do Supremo Tribunal Federal prorrogou esse prazo até novembro de 2010, o mesmo da lei nº 11.668/2008, sob fundamento de ser mais consentâneo com os princípios da segurança jurídica e da continuidade do serviço público, apesar de reconhecer que a “omissão administrativa perdura há quase treze anos, em menoscabo à exigência constitucional de que a concessão de serviços públicos deve ser sempre precedida de licitação (art. 175 da Constituição)” (Suspensão de

⁶⁶ Há mais de 15 anos rejeitávamos pedidos de falência por falta de pagamento de dívidas de pequeno valor e tais decisões eram reformadas pelo Tribunal. Veja-se recente orientação do STJ: “FALÊNCIA. VALOR INSIGNIFICANTE. Mesmo ao tempo do DL n. 7.661/1945, já se encontrava presente o **princípio da preservação da empresa**, incrustado claramente na posterior Lei n. 11.101/2005. Assim, mesmo omisso o referido DL quanto ao valor do pedido, não é razoável nem se coaduna com sua sistemática a possibilidade de valores insignificantes provocarem a quebra da empresa, pois isso nada mais é do que preservar a unidade produtiva em detrimento de satisfazer uma dívida. Precedente citado: REsp 870.509-SP. AgRg no Ag 1.022.464-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 2/6/2009 (Informativo STJ nº 397).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

Tutela Antecipada nº 335, decisão de 12/06/2009.⁶⁷

No caso dos fumantes, não é razoável supor que o prazo de 90 dias seja suficiente para incentivá-los a largar o vício após décadas de campanha comercial de incentivo ao fumo (v. supra). Quanto aos empresários, que já despenderam recursos para adequação à norma federal e vem agindo conforme a lei, ainda que lhes lícito exigir o cumprimento da norma regra, isso não pode ser exigido de forma abrupta, senão após razoável prazo de adaptação e até para recuperação das despesas já efetuadas para cumprir a lei federal anterior.

O exíguo prazo fixado manifestamente afronta o princípio da segurança jurídica ou da *confiança legítima*. Não é por outras razões que juristas de escol sustentam a inconstitucionalidade da lei estadual. Assim
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR:

Liberdade de fumar

O TABACO é um dos vilões da vida contemporânea. Mas não é proibida nem sua produção nem seu consumo. Em nenhuma parte do mundo se pune o “tráfico” de tabaco, muito menos o “porte” e/ou o “uso”. Porém, o fumo pode incomodar os outros. Até onde vai a liberdade de quem fuma? E a de quem oferece espaço para o fumante? Existe uma liberdade de fumar em confronto com um direito de não aspirar a fumaça expelida pelo fumante?

Já no preâmbulo da Constituição, o constituinte fez inserir a liberdade como um dos valores supremos do Estado democrático de Direito, como um dos pilares “de uma sociedade fraterna”. Em seguida, a liberdade é garantida no rol dos direitos fundamentais (Constituição Federal, artigo 5º, “caput”).

Liberdade, assim, é direito que dá ao ser humano o espaço da cidadania, que não se vê absorvida pela sociabilidade inerente à sua condição. Afirma-se, assim, a singularidade do ser humano, igual entre iguais.

Portanto, a liberdade constitucionalmente assegurada implica a existência de uma permissão forte, que não resulta da mera ausência de proibição, mas que confere, ostensivamente, para cada indivíduo, a possibilidade de escolher seu próprio curso de ação, ainda que venha a sofrer conseqüências prejudiciais de seus atos.

Isso é particularmente relevante para a questão referente ao alcance das restrições impostas ao tabagismo.

A Constituição entende o tabaco como um produto cuja propaganda está sujeita a restrições por lei (artigo 220, parágrafo 4º). Se o produto é lícito, o consumo pode ser disciplinado em lei que lhe estabelecerá as condições de

⁶⁷Notícias STF de 12/6/2009, www.stf.jus.br [[Leia a íntegra da decisão](#)].



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

exercício, mas jamais a supressão do seu exercício a pretexto de discipliná-lo. De um lado, estão os meios para a proteção do próprio fumante contra danos advindos do consumo, as imposições ao produtor do dever de esclarecer sobre a nocividade etc. De outro lado, os meios de proteção ao não-fumante, em termos de sua saúde, a fim de que não venha a aspirar a fumaça. É o direito de não ver sua saúde afetada pelo tabaco, por conta do direito da livre opção de não fumar.

Depreendem-se, assim, da proteção constitucional à liberdade e à saúde duas normas claras e gerais quanto ao destinatário, com relação à ação de fumar: uma permissão forte de fumar e uma permissão forte de não fumar.

A legislação federal proíbe, assim, o fumo quando o fumante estiver em recinto coletivo, público ou privado, salvo se houver nele área arejada destinada a esse fim: fumar. A ressalva, expressa, refere-se ao recinto coletivo, mas não a qualquer outro recinto, fora daquele, pois, se assim fosse, isso tornaria inútil a ressalva.

O problema está em como conciliar a compatibilização entre os direitos (do fumante e do não-fumante) e a competência para tomar a decisão de compatibilizar, até impondo a proibição total de fumar naqueles recintos coletivos privados.

Existem ambientes coletivos, privados, em que a convivência de fumantes e não-fumantes ocorre por força de uma necessidade externa que os obriga, de fato, a conviver.

E possível afirmar que, nesses casos, há sentido constitucional na proibição genérica de fumar, salvo em recintos destinados apenas aos fumantes, com o que se concilia o direito destes de fumar.

Deve-se, nesse ponto, evitar um equívoco. É preciso ficar claro que ser fumante ou não-fumante não diz respeito a uma condição da pessoa, mas à opção exercida por alguém acerca da sua exposição ou não aos riscos do tabaco. Por de trás da distinção entre saudável e não-saudável está a própria liberdade. Por exemplo, ninguém pode ser obrigado a receber uma transfusão de sangue se sua opção religiosa o proíbe.

Portanto, uma proibição absoluta de fumar para todo e qualquer recinto coletivo fere não só o espaço reservado à autonomia privada, como fere também o dever de conciliar os direitos do fumante e do não-fumante, quando em ambientes coletivos: o dever do Estado de harmonizar, tecnicamente, os respectivos exercícios. Liberdade, nesses termos, opõe-se à tutela estatal.

Como respondeu, certa vez, Hannah Arendt a amigos que a advertiam para que parasse de fumar em virtude de problemas com sua saúde: “Recuso-me a viver para minha saúde!”.

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, 67, advogado, é professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP. É autor, entre outras obras, de “Direito Constitucional”.

(Folha de São Paulo – Tendências/Debates, 03/9/2008)

Da mesma forma, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

declaradamente não-fumante:

Liberdade e competência
ESPECIAL PARA A FOLHA

O governador José Serra, a título de proteção à saúde, no Estado, enviou projeto de lei à Assembléia Legislativa proibindo que se fume em restaurantes, áreas públicas e condominiais, táxis etc. A campanha lastreia-se em pesquisas segundo as quais a queda do número de fumantes diminuiu o custo hospitalar para tratamento de câncer e que os não-fumantes terminam por ser afetados, ao absorverem a fumaça exalada.

Embora meritória a campanha - eu sou não-fumante -, acredito que o projeto de lei é inconstitucional, por atingir a liberdade das pessoas de fumarem ou beberem (não há projeto de lei proibindo bebidas alcoólicas nos restaurantes), apesar de o fumo e a bebida gerarem dependência e fazerem mal à saúde.

Parece-me, ainda, inconstitucional no que invade a competência dos municípios de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30 inc. I da Constituição Federal).

É bem verdade que cuidar da saúde é responsabilidade das três entidades federativas, mas não se pode produzir uma lei, em âmbito estadual, apesar da competência legislativa concorrente (art. 24 inc. XII), que interfira na área de atuação privativa dos municípios ou substitua a competência das normas gerais pertinentes à União (par. 1º art. 24). O direito de licenciar e definir as regras que devem conformar os estabelecimentos de lazer, em qualquer município, é do próprio burgo.

Se um estabelecimento, sem que haja lei municipal em contrário, declarar que admite, em suas dependências, fumantes e não-fumantes, os não-fumantes deverão procurar outros estabelecimentos, que não permitam fumantes ou que os separem dos demais usuários. Tal competência é exclusiva dos municípios.

O mesmo se diga em relação aos condomínios. Apesar de muitas assembleias condominiais proibirem a presença de cachorros, o Poder Judiciário autorizou os proprietários de apartamentos a mantê-los, nada obstante o incômodo que os latidos provocam aos não-adeptos de ter animais em seus prédios.

E, por fim, nos táxis, caberá ao motorista decidir se permite ou não que o passageiro fume, até porque a autorização para o serviço de táxis é municipal. Da lei antifumaça, poderemos chegar à “lei seca” semelhante à da época do “gangsterismo” de Chicago, nos EUA, pois fumo e bebida fazem mal à saúde. Numa democracia, deve-se respeitar a Lei Suprema e a liberdade das pessoas e, quando determinados comportamentos forem indesejáveis, caberá à União definir os parâmetros que deverão ser seguidos pela fiscalização das demais entidades federativas.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS , 73, advogado, professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra, é presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio e do Centro de Extensão Universitária

(BRAHA Brasileiros Humanitários em Ação, 15/10/2008 <http://www.braha.org/pt/alcool-e-tabaco/446>).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

VIII - Em resumo, concluindo:

(1) A lei estadual, ao proibir radicalmente e abruptamente, a existência de fumódromos, extrapola a limitação da competência legislativa concorrente prevista na Constituição Federal, dado seu caráter substitutivo e não suplementar da norma federal que os admite;

(2) A lei estadual viola o direito adquirido dos empresários que, em atendimento e cumprimento da lei federal válida sobre a matéria, despenderam recursos na construção de tais recintos;

(3) A lei estadual viola o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, incidindo na proibição do excesso, ao proibir o fumo em propriedade privada e de acesso privado (não aberto ao público), em prejuízo da intimidade;

(4) Igualmente, porque, sob pretexto de proteger a saúde dos não-fumantes, não protege os cidadãos em geral, fumantes e não-fumantes, trabalhadores de restaurantes e afins e trabalhadores em geral contra os malefícios da poluição atmosférica produzida pela indústria e pelos veículos automotores, em decorrência da péssima qualidade do combustível de que se utilizam, situação agravada pelo congestionamento causado pelo excesso de veículos em circulação e pelos veículos mais antigos e mais poluidores por falta de manutenção e dispensados da inspeção veicular;

(5) Igualmente, por estabelecer distinção entre brasileiros e entre cidadãos livres e presidiários;

(6) Igualmente, ao transferir ao particular o poder de polícia estatal, por definição indelegável;

(7) Igualmente, por impor ao empresário o custo do fornecimento gratuito de formulário de denunciar aos interessados na delação;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516, Centro - CEP 01501-010, Fone:
32422333R2106, São Paulo-SP - E-mail: sp3faz@tj.sp.gov.br

(8) A lei estadual, para fiscalização dos milhares de estabelecimentos comerciais, industriais, de serviços e prédios residenciais, todos privados, e órgãos públicos, **desvia recursos** financeiros, materiais e de pessoal já comprometidos com outras atribuições estatais, das quais não consegue se desincumbir a contento; exemplificativamente, na área de segurança pública, saúde (hospitais, centros de saúde e fornecimento de medicamentos), educação; na fiscalização e punição dos infratores de trânsito; na cobrança de devedores de IPVA, seguro obrigatório e multas de trânsito; na ausência de campanhas educativas de trânsito para redução de acidentes.

(9) A lei estadual viola o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, incidindo na proibição do excesso, ao fixar prazo reduzido para cessação de atividade lícita e de comportamento lícito, sem o necessário e razoável período de adaptação e sem aguardar os resultados de campanha educativa e de atendimento aos que desejam parar de fumar.

Observo que a concessão de segurança deve limitar-se ao pedido formulado, razão pela qual não é dado, neste processo, suspender a eficácia da norma que proíbe o fumo em estabelecimentos (escritórios) particulares e em prédios residenciais, ambos de uso coletivo mas (uso) apenas dos ocupantes e **sem acesso do público**.

Por todo o exposto, defiro a liminar e **concedo** a segurança, para: (a) suspender a eficácia da norma no que proíbe a existência de fumódromos nos termos previstos na lei federal nº 9.294/96; que impõe ao empresário o exercício do poder de polícia; obrigue o empresário a confeccionar e distribuir gratuitamente formulários de denúncia; (b) suspender a ameaça de sanções pelo descumprimento da norma.

Custas ex lege. Sem honorários advocatícios (Súmula 105 – STJ).

P.R.I.O.

São Paulo, 23 de junho de 2009.

VALTER ALEXANDRE MENA

JUIZ DE DIREITO