



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0000038381

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003732-34.2015.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada/apelante ERIKA CRISTINA DA SILVA DE OLIVEIRA ME.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ E ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018

RICARDO ANAFE

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Cível nº 1003732-34.2015.8.26.0361 – Mogi das Cruzes
Apelante: Estado de São Paulo
Apelada: Erika Cristina da Silva de Oliveira ME
TJSP – (Voto nº 29.187)

Apelação Cível. Obrigação de não fazer.

Estabelecimento que sofreu determinação técnica, por não observar o disposto na Lei Antifumo – Fiscalizar e advertir o particular da proibição de fazer uso de fumo em recinto coletivo fechado – Estabelecimento que pretende a anulação da determinação, bem como objetiva impedir o Estado de aplicar qualquer sanção administrativa – Notificação fundamentada no dever de advertir, poder de polícia – Questão já reconhecida como inconstitucional (art. 3º da Lei Antifumo) – Sentença que julgou procedente o pedido, mantida.

Nega-se provimento ao recurso interposto.

Vistos.

1. Trata-se de ação de obrigação de não fazer proposta por Erika Cristina da Silva de Oliveira ME em face do Centro de Vigilância Sanitária e do Estado de São Paulo, deduzindo, em síntese, possuir casa de show, onde guarda área destinada aos fumantes. Aduz ter sofrido fiscalização, que resultou em determinação técnica, proibindo a utilização do espaço para o fim destinado, pena de multa, azo da postulação de procedência da ação, a fim de que a autoridade se abstenha de qualquer medida. Liminar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

deferida, pena de multa (fl. 37) Pedido julgado procedente (fl. 122/126).

Inconformado, apela o Estado de São Paulo, visando, em resumo, a reforma da sentença, com inversão do julgado (fl. 129/141).

Processado regularmente sem contrarrazões (Cf. fl. 150), subiram os autos a esta Instância.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça pugnou pelo provimento do recurso (fl. 155/157).

É o relatório.

2. A respeitável sentença não merece reparo.

Ex ante, cumpre pontuar que a parte procedeu há mais de uma emenda à inicial, de tal maneira que o Estado de São Paulo foi citado na pessoa do Procurador do Estado (fl. 79) e, a ação, não resta dúvida, consolidou-se em obrigação de não fazer, pelo que sem sentido qualquer digressão acerca das preliminares já, inclusive, escorreitamente afastadas pela respeitável sentença.

Trata-se de ação de obrigação de não fazer, em que a parte objetiva resguardar o seu direito em continuar exercendo sua atividade profissional, qual seja, casa noturna, sem que sofra qualquer sanção administrativa, em razão de conter um espaço destinado aos fumantes, pleiteando, inclusive, a anulação da determinação técnica já expedida pelo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Estado, vez que não estaria a ferir a Lei Paulista, que visa proteger a população, em especial os fumantes passivos.

Dos autos, vislumbra-se que a celeuma reside na legalidade da autuação (determinação técnica fl. 18), emitida em observância a lei antifumo, mais especificamente, em razão de estarmos tratando de recinto coletivo fechado, nos exatos termos: “Fica determinado o cumprimento do descrito no artigo 1º do Decreto n. 8.262 de 31/05/2014¹, no qual passa a vigorar o fundamento recinto coletivo fechado; a partir desta data fica proibida a utilização do espaço externo para o consumo de produtos fumígenos”.

O Estado de São Paulo deduz afronta ao disposto na Lei Estadual n. 13.541/09, que expressamente dispõe:

“Artigo 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,

¹ Decreto que regulamenta a Lei Federal n. 9294/1996, a qual dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcóolicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

Art.1º (do Decreto n. 8262) - O Decreto n. 2018, de 1º de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º I- Recinto coletivo fechado – local público ou privado, acessível ao público em geral ou de uso coletivo, total ou parcialmente fechado em qualquer de seus lados por parede, divisória, teto, toldo ou telhado, de forma permanente ou provisória”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

divisória, teto ou telhado, ainda que provisórios, onde haja permanência ou circulação de pessoas.

§2º - Para 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 taxis.

§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.

Artigo 3º - O responsável pelos recintos de que trata esta lei deverá advertir os eventuais infratores sobre



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a proibição nela contida, bem como sobre a obrigatoriedade, caso persista na conduta coibida, de imediata retirada do local, se necessário mediante auxílio de força policial.

Artigo 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 na lei.

Parágrafo único – O empresário omissor ficará sujeito às sanções previstas no artigo 56 da Lei Federal n. 8.078.....”.

Nesse contexto, resta evidente que a Administração deduzindo legitimidade e legalidade na notificação entende que a autora deixou de proceder à observância do necessário para atender a lei suso transcrita, enfatizando “A lei conferiu um dever de agir ao responsável pelos recintos elencados pela lei, dever este consistente em afixar aviso de proibição, advertir os eventuais infratores sobre a proibição e advertir de que a persistência no uso do produto fumígeno acarretará sua retirada do local” (Cf. fl. 88), bem como observando, que no momento da autuação havia um cliente nas dependências (fl. 92), o que configurou o ato falho do estabelecimento.

Por outro lado, a parte entende que o espaço de “700 metros quadrados de seu estabelecimento”, a céu aberto, comprovado por fotos (fl.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

12/17), não se enquadra no conceito de recinto coletivo fechado.

Ora, não se nega a finalidade precípua de “proteção” ao cidadão. Contudo, a lei é clara quando especifica o “dever de advertência” do proprietário do recinto, e mais, a mesma lei traz em seu artigo 6º, as exceções, quando prevê inciso I – aos locais de culto religioso em que o uso de produto fumígeno faça parte do ritual; II – às instituições de tratamento de saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelo médico que os assista; **III – aos espaços ao ar livre**; IV – às residências e inciso V – aos estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro 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.

Ante o exposto, conclui-se que é possível fazer uso do cigarro em locais abertos, como no caso em exame, ou ainda, que se possa fazer uso em locais destinados ao mesmo, desde que essa condição esteja anunciada, como estava, comprovadamente pelas fotos e, por fim, para que não reste dúvida, o estabelecimento inclusive supriu a condição de isolamento, para que não houvesse contaminação de outros ambientes protegidos por lei, pelas paredes, que o isolavam.

Além disso, o Colendo Órgão Especial deste Tribunal deliberou acerca da inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei Antifumo, que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

estabelece conduta ao particular, relativa ao poder de polícia, sendo certo que o ato praticado pelo particular não é válido, pois este não guarda competência para exercê-lo (advertir e retirar pessoa de determinado local), sendo o que basta para afastar a fundamentação que embasou a determinação técnica, a qual resta, portanto, anulada.

Nesse sentido já julgou este Egrégio Tribunal de Justiça:

“Apelação – Nulidade de auto de infração – Lei Antifumo – Sanção decorrente da omissão do autor em advertir fregueses quanto ao consumo de produto fumígeno do lado de fora do estabelecimento comercial – Artigo 3º da Lei Estadual n. 13.541/09 declarado inconstitucional pelo Colendo Órgão Especial – Imposição de poder de polícia ao particular – Inadmissibilidade – Não provimento do recurso”².

Nesse diapasão, outra não é a solução, senão a manutenção do respeitável *decisum a quo*, que não merece reparo nenhum.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso interposto.

Ricardo Anafe
Relator

² AC n. 1014201-44.2015.8.26.0037, Relatora Desembargadora Maria Olívia Alves, j. 22.05.2017.