RECURSO ESPECIAL Nº 892.456 - RJ (2006/0216382-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE	:	AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
PROCURADOR	:	FÁBIO ESTEVES GOMES E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	SOUZA CRUZ S/A
ADVOGADO	:	EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EQUIPAMENTOS PARA FUMANTES NO AEROPORTO INTERNACIONAL DO RIO DE JANEIRO – *SMOKING POINTS.* TERMO DE INTERDIÇÃO – ANVISA. PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA.

1. Hipótese em que o Tribunal *a quo*, ao reformar a sentença denegatória de segurança, afastou a interdição lavrada pela ANVISA e reconheceu a plena eficácia técnica de equipamentos para fumantes (*Smoking Points*) localizados no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão, em razão de contrato firmado entre a INFRAERO e a impetrante.

2. Recurso Especial que sustenta violação do art. 535 do CPC, por obscuridade (falta de clareza, nas razões do acórdão, em haver vício material ou formal no Termo de Interdição) e omissão (não-apreciação do disposto no art. 2º da Lei 9.294/96). Subsidiariamente, caso se afaste a alegação de omissão, aponta infração ao art. 2º, da Lei 9.294/96.

3. Reconhecimento de obscuridade no acórdão recorrido, visto ter o Tribunal *a quo* rejeitado os Embargos de Declaração opostos, deixando de suficientemente apontar as razões para o provimento da Apelação.

4. Reconhecimento, ainda, de omissão no acórdão recorrido porquanto afastou, de maneira genérica, a legislação federal invocada pela autoridade sanitária, sem fundamentação do entendimento, omissão essa que prejudica o conhecimento do pedido subsidiário da recorrente, relativo à violação do art. 2º da Lei 9.294/1996.

5. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). CAMILLA LACERDA DA NATIVIDADE MARQUES(Procuradora Federal - legitimação legal para defesa da ANVISA)

, pela parte: RECORRENTE: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA ANVISA

Dr(a). NELSON NERY, pela parte: RECORRIDO: SOUZA CRUZ S/A

Brasília, 20 de março de 2007 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 892.456 - RJ (2006/0216382-0)

RECORRENTE	:	AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA ANVISA
PROCURADOR	:	FÁBIO ESTEVES GOMES E OUTROS
RECORRIDO	:	SOUZA CRUZ S/A
ADVOGADO	:	EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, por conta de *"ato de interdição manifestamente ilegal dos equipamentos denominados* smoking points*, instalados nas salas de embarque doméstico e internacional do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão - Antonio Carlos Jobim"* (fl. 2).

Posteriormente, por emenda à petição inicial, foi indicado como autoridade coatora o Coordenador de Vigilância Sanitária de Portos, Aeroportos e Fronteiras do Estado do Rio de Janeiro (fl. 227).

A impetrante esclarece que os equipamentos denominados *smoking points "consistem em áreas especiais reservadas a fumantes, devidamente ventiladas e integradas por potentes exaustores e filtros especiais, que permitem a convivência harmônica entre fumantes e não-fumantes nas áreas de embarque do aeroporto, em medida totalmente consoante com a legislação pertinente e com o pluralismo próprio do Estado Democrático de Direito"* (fl. 2).

Ainda segundo a impetrante, a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO identificou que a reclamação mais freqüente dos usuários de aeroportos referia-se à ausência de local adequado para os fumantes e que *"não dispunha dos recursos necessários para a construção de locais apropriados para fumantes. Por conta disso, sugeriu à Impetrante uma solução que não onerasse à INFRAERO, não importasse demasiada perda de espaço, nem criasse transtornos para os não-fumantes ou desrespeitasse a legislação fumígena e que trata da qualidade do ar em ambientes climatizados. A impetrante iniciou, então, os estudos específicos sobre o assunto e, ao*

longo de cerca de dois anos, desenvolveu o protótipo do smoking point *até mais eficaz do que a tradicional sala de fumantes"* (fl. 3).

No que respeita à eficácia do equipamento, a impetrante refere-se à *"anexa cópia do respectivo laudo emitido pelo Laboratório de Toxicologia Ocupacional & Higiene Industrial do Centro CESI de Tecnologia Ambiental - CTA, em que se nota que, em todas as medições, o volume de poluentes ficou muito abaixo dos suportados pela legislação. (...) Vale acrescentar que o aparelho foi exaustivamente analisado pelo Laboratório de Toxicologia Ocupacional & Industrial do Centro CESI de Tecnologia Ambiental - CTA, que recomendou a instalação do equipamento no local definitivo - aeroporto* - ***para monitoramento e conclusão da avaliação*** *"* (fl. 4, grifei).

Sustenta que *"até o momento, os aparelhos tiveram aprovação quase unânime dos usuários do aeroporto, tanto fumantes quanto não-fumantes. Com efeito, consoante se observa do anexo relatório da pesquisa realizada entre os dias 9 e 15 do mês corrente, cerca de 97,5% dos fumantes e 94,5% dos não-fumantes mostraram-se favoráveis ao* smoking point, *sendo que cerca de 97% do total dos entrevistados opinaram favoravelmente à sua expansão para outros aeroportos"* (fl. 4).

Quanto ao ato impugnado, a impetrante relata que *"a fiscalização da ANVISA, submetida à Autoridade Coatora, promoveu, com incríveis imprecisão, incompletude e impertinência, a interdição do referido local, sob os argumentos, segundo o termo de interdição respectivo, de que (i) o sistema não estaria de acordo com a legislação arrolada; e (ii) a Agência não teria sido informada previamente sobre as suas especificações e o seu funcionamento. É evidente que a interdição dos aparelhos da Impetrante consubstancia-se em ato ilegal, tanto por questões formais, relativas à imprecisão do termo de interdição, que impossibilita o exercício do direito de defesa, quanto porque os aparelhos são até mais rigorosos do que o exigido pela legislação pertinente, não existindo ainda qualquer dispositivo legal ou regulamentar que imponha prévias autorizações para este escopo"* (fl. 5).

No mérito, a impetrante aponta **vícios formais e materiais** que implicariam a nulidade do Termo de Interdição.

Haveria **vícios formais** por violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pelas seguintes razões:

a) fundamentação do Termo de Interdição em lei inexistente (Lei 1.508, de 22/02/1960 - fl. 9);

b) carência de base legal para uma das irregularidades apontadas no Termo de Interdição, qual seja a não-comunicação à ANVISA sobre o funcionamento e especificação técnica do mecanismo (fl. 10);

c) não-cumprimento dos requisitos legais para adoção de medida acautelatória, conforme o art. 45 da Lei 9.784/99, *"pois a interdição foi imposta pela autoridade responsável sem a prévia defesa da INFRAERO ou da Impetrante, o que somente se admitiria em situação excepcionalíssima de risco à vida ou a patrimônio"* (fl. 11); e

d) ausência de fundamentação técnica, pois *"a motivação do ato deveria conter inequívocos elementos de fato e de direito consignados simultaneamente à sua consumação, incluindo-se as **razões técnicas** que justificassem o suposto não enquadramento dos* smoking points *aos dispositivos legais aplicáveis"* (grifo no original - fl. 12).

Haveria também **vícios materiais**, pelo seguinte:

a) conformidade dos *smoking points* às exigências da legislação, qual seja art. 2º da Lei 9.294/96 e art. 3º do Decreto 2.018/96, pois *"os* smoking points *são equipamentos da mais avançada tecnologia, que foi amplamente analisado por uma das mais reconhecidas instituições dotadas de especialização técnica na matéria, destacando-se que alcançam resultados de qualidade do ar até mesmo bem superiores aos exigidos pela legislação sanitária"* (fl. 14); e

b) ausência de fundamento legal da exigência de prévia comunicação à ANVISA, pois *"como revela a própria omissão do Termo de Interdição, não há qualquer dispositivo legal ou regulamentar que imponha a obrigação de comunicação prévia da criação de lugares para fumantes"* (fl. 16); e

A impetrante, ao final, pede a concessão de liminar e confirmação na sentença, *"reconhecendo o direito líquido e certo de a Impetrante manter em funcionamento os*

equipamentos em foco, vez que plenamente de acordo com a legislação em vigor" (fl. 17).

A liminar foi deferida pelo juiz de origem (fl. 212).

A autoridade impetrada prestou **informações**, sustentando a regularidade da interdição em seu mérito e forma.

Sustentando a interdição no seu **mérito** e indicando **ausência de direito líquido e certo**, a autoridade alega:

a) a ANVISA tem atribuição legal para fiscalizar os *Smoking Points* em questão, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, arts. 6º, § 1º, e 16, III, "d", da Lei 8.080/90 e arts. 1º e 8º, § 6º, da Lei 9.782/99 (fls. 271-273);

b) os equipamentos são ineficazes, descumprindo as exigências do art. 2º da Lei 9.294/96 e seu decreto regulamentador (art. 3º do Decreto 2.018/96), pois *"em uma rápida análise dos próprios estudos técnicos encomendados e apresentados pela impetrante, constata-se que os mesmos não se mostraram conclusivos em vários aspectos relevantes relacionados à filtragem do ar. Os mesmos estudos também evidenciam que os filtros utilizados não são capazes de evitar a transposição de determinadas impurezas oriundas da fumaça concentrada dos cigarros. Basta verificar que,* ***nos testes realizados com quatro cigarros acesos, houve uma variação de filtragem da fumaça entre 70-95%, o que implica na descarga no ambiente, (leia-se ar ambiente de recinto fechado onde se encontram os não-fumantes) de cerca de 5-25% da fumaça.*** *Segundo o mesmo estudo* ***a retenção de nicotina seria perto dos 80%, sendo expelida no mesmo ambiente os restantes 20%*** *(deve-se lembrar que a nicotina é uma espécie de droga e causa dependência).* ***Os testes iniciais ainda se mostraram inconclusivos no que se refere ao formaldeído, óxido nitroso e poeira respirável"*** (grifos no original, fl. 275);

c) *"Ao contrário do que alega a impetrante, há sim norma sanitária impondo a comunicação prévia à ANVISA da realização de projetos como o que ora se questiona. Trata-se da Resolução RDC/ANVISA nº 02, de 8 de janeiro de 2003"* (fl. 276);

d) *"De igual modo, não se identifica nenhuma norma ou princípio no ordenamento jurídico pátrio que confira uma "carta branca" à impetrante para realizar*

testes envolvendo a saúde alheia, com aparelhos sabidamente ineficazes, sem qualquer espécie de interferência ou controle por parte da autoridade sanitária" (fl. 280); e

e) *"Com efeito,* ***há a necessidade da realização de perícias e demais estudos sobre os equipamentos, visando a averiguar a eficácia ou ratificar a ineficácia dos mesmos. Estas providências, como é sabido, importam necessariamente em dilação probatória, o que não é permitido no rito célere e abreviado do mandado de segurança*** *"* (fl. 281, grifei).

A autoridade impetrada sustenta também haver a **regularidade formal** do Termo de Interdição e a inexistência de prejuízo para a defesa dos interessados, pois:

a) *"Primeiramente, deve-se deixar bem claro que o Termo de Interdição foi lavrado em face da INFRAERO, e não em face da impetrante. Isso porque, nos termos da legislação sanitária específica (Resolução RDC nº 02/2003), incumbia à mencionada empresa pública comunicar previamente às autoridades sanitárias o projeto de instalação dos "smoking points", como já analisado anteriormente. Assim, foi o Termo de Interdição lavrado em face da INFRAERO tão-somente, pois somente esta, de acordo com a legislação sanitária específica, responderia administrativamente perante a ANVISA* ***pelas irregularidades sanitárias em instalações e edificações aeroportuárias que administra.*** *Assim, após a interdição, foi lavrado também contra a INFRAERO o respectivo Auto de Infração Sanitária (de número 67/03 - documento 2), com a descrição minuciosa dos fatos irregulares constatados, as normas transgredidas (dentre as quais a Lei nº 9.294/96, seu Decreto regulamentar RDC nº 02/2003), com a respectiva tipificação e, ainda, com a expressa concessão do prazo de 15 (quinze) dias à autuada (INFRAERO) para a apresentação da defesa"* (grifos no original, fls. 282-283).

b) *"Paralelamente, a impetrante (Souza Cruz S/A) também foi autuada, todavia por outra gerência interna da ANVISA, a saber, a Gerência de Produtos Derivados do Tabaco, que detém, segundo o regimento interno da Agência, exatamente a atribuição de exercer a fiscalização sobre a indústria fumageria e seus produtos, além das respectivas publicidades, entre outros aspectos. Foram, então, lavrados 2 (dois) Autos de Infração Sanitária contra a impetrante (nº 117/2003 e 118/2003 - GPDTA,*

Documentos 03) onde igualmente há a descrição das irregularidades imputadas e as respectivas normas transgredidas, entre outros aspectos. Ora, nesses processos administrativos foi concedida oportunidade de defesa à impetrante, sendo que a mesma apresentou suas defesas administrativas (docs. 03)." (fl. 283); e

c) a referência à lei incorreta (Lei 1.508/60) não prejudica o Termo de Interdição, pois *"além daquela citação, há no Termo de Interdição a* ***citação principal*** *da Lei nº 9.294/96 e seu Decreto regulamentar"* (fl. 284);

O Ministério Público Federal opinou, na primeira instância, pela denegação da segurança. Alega:

a) *"... a impossibilidade de análise das questões relativas à conformidade dos* smoking points *com as normas legais, eis que demandam dilação probatória, incompatível com o rito da presente ação"* (fl. 314);

b) observância às garantias constitucionais e ampla defesa, porquanto *"as irregularidades que ensejaram o ato ora impugnado, bem como as normas transgredidas foram descritos em dois Autos de Infração"* (fls. 314-315);

c) *"... verifica-se que a autoridade não adotou a referida medida de forma arbitrária, mas se respaldou em laudo técnico acostado às fls. 296/303, que indicava a necessidade de interdição imediata do* smoking point. *Saliente-se que o critério adotado para avaliar a necessidade de interdição dos equipamentos merece análise pericial, incompatível com o rito escolhido pela impetrante"* (fl. 315); e

d) a Resolução RDC 02/2003 estabelece a obrigação de aprovação prévia do equipamento pela ANVISA (fl. 315).

A sentença denegou a segurança, cassando a liminar anteriormente deferida. Transcrevo trecho da decisão monocrática (fls. 323-324):

> *"Conclui-se, portanto, que o termo de interdição e os autos de infração sanitária lavrados pela fiscalização da ANVISA se basearam em questões de fato e de direito que efetivamente se verificaram. Assim, não há como se afirmar, em sede de mandado de segurança, que efetivamente havia direito líquido e certo da impetrante a ser tutelado. Ao revés: constata-se que a matéria de fato, no que tange ao próprio funcionamento dos equipamentos e reflexos do uso e consumo de tabaco nos locais indicados,*

permitiu antever algumas consequências maléficas às pessoas que se encontrassem nos locais próximos aos "smoking points". Assim, agiu corretamente a fiscalização no que tange à interdição e à lavratura dos autos de infração sanitária, inclusive e especialmente no que se refere à impetrante." (fls. 323-324).

O e. Relator, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, concedeu efeito suspensivo à Apelação, restabelecendo a liminar anteriormente concedida (fl. 494).

O Ministério Público Federal, agora em segunda instância, opinou pelo não-provimento da Apelação *"visto que a via eleita é manifestamente inadequada. (...) No presente caso, não há como verificar se o aparelho denominado* smoking point *cumpre o disposto na lei, verificação esta que só poderia ser feita através de perícia"* (fl. 563).

O Tribunal *a quo* deu provimento à Apelação, conforme a ementa a seguir transcrita (fls. 594-595):

"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇAO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TERMO DE INTERDIÇAO E AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELA ANVISA. INEXISTÊNCIA DE ATO ABUSIVO. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

- Recurso interposto pela SOUZA CRUZ S/A, contra a R. sentença proferida pelo MM. Juiz da 6ª Vara Federal/RJ que, nos autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Diretor Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, julgou improcedente o pedido, ao concluir que o termo de interdição e os autos de infração sanitária lavrados pela fiscalização da ANVISA basearam-se em questões de fato, passíveis de dilação probatória, e de direito, efetivamente verificadas, diante do que se apurou no âmbito do writ, entendendo inexistente o direito líquido e certo, necessário ao acolhimento da pretensão em sede mandamental, além de reconhecer a inexistência, na hipótese, de ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, conduzindo, assim, à revogação da liminar anteriormente concedida.

- Logrou a Impetrante comprovar que os equipamentos instalados no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro foram devidamente testados, com absoluta aceitabilidade dos padrões de qualidade do ar ao seu redor, permitindo, assim, a sua instalação.

- Configurada a comprovação pela Impetrante da prova pré-constituída do seu direito, demonstrando deter as condições processuais e legais para a obtenção da tutela jurisdicional em sede mandamental, uma vez comprovado o seu direito líquido e certo.

- Reconhecida a inaplicabilidade da legislação invocada pela apelada, diante da natureza dos equipamentos e da distinção positiva que se faz em relação àqueles que detêm o hábito de fumar, concedendo-lhes um

local próprio para tal, sem, contudo, interferir ou trazer qualquer constrangimento àqueles que não têm tal hábito, ou, ainda, àqueles que se incomodam com a fumaça e o cheiro deixados pelo cigarro.

- Concedida a ordem para manter o funcionamento e a instalação dos denominados "smoking poins" no saguão do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, ratificando as liminares anteriormente concedidas pelo Eminente Desembargador Federal CARREIRA ALVIM."

A ANVISA opôs Embargos de Declaração, alegando **obscuridade** e **necessidade de prequestionamento** do art. 2º da Lei 9.294/96 e arts. 2º, IV, e 3º, *caput* e parágrafo único, do Decreto 2.018/96.

A pretendida obscuridade diria respeito ao fundamento da decisão colegiada contrária à interdição: se decorreria do fato de que *"os aparelhos efetivamente atendiam os requisitos da lei"* (fl. 616) ou se tomaria por base o *"vício formal da interdição apenas, não o vício material"* (fl. 617). A embargante salientou a *"dificuldade de se divisar exatamente qual o efetivo fundamento do acórdão,* ***tendo em vista a discrepância existente entre as razões expostas no voto e na ementa do acórdão elaborados em gabinete pelo Exmo. Relator (folhas 575/592) e as considerações feitas pelo próprio Relator e pelos demais Exmos. julgadores ao votarem oralmente na Sessão de julgamento de 10/08/2005 (transcrições de folhas 598/610)"*** (grifos no original, fl. 615).

Os Embargos foram rejeitados, conforme a ementa a seguir transcrita (fl. 636):

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA OBSCURIDADE. REJEIÇÃO.

- Recurso objetivando a alteração do decisum, sob o fundamento de que este apresenta obscuridade.

- Configurada a inexistência de qualquer vício passível de ser acolhido mediante a oposição dos embargos de declaração, uma vez que o V. acórdão embargado, analisou de forma clara e objetiva a matéria trazida ao crivo do Poder Judiciário.

- Impossibilidade de rediscussão da matéria já examinada, em sede de embargos declaratórios.

- Rejeição dos embargos."

O voto-condutor, nos Embargos de Declaração, consigna (fls. 632-633):

"Por outro lado, deve ser salientado, ainda, que a alegada obscuridade, na verdade, não ocorreu, na hipótese, na medida em que os

vícios formal e material invocados pela Embargante, objeto da alusão nos votos oral - proferido em sessão - e no voto escrito, devem ser considerados como fundamentos que se completam entre si, atuando no sentido de corroborar o entendimento que veio a embasar os motivos que levaram o julgador a concluir o seu raciocínio, em observância ao princípio da persuasão racional do juiz."

Contra o acórdão do Tribunal *a quo* foi interposto o presente Recurso Especial, com base no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, alegando-se violação do art. 535, I e II, do CPC e do art. 2º, *caput*, da Lei 9.294/96 (fl. 662).

Quanto ao art. 535 do CPC, a recorrente assevera que, apesar da oposição de Embargos de Declaração, não foi esclarecido qual teria sido o fundamento do acórdão, pois, embora o voto do e. Relator, elaborado em seu gabinete, e a ementa façam referência apenas à adequação do equipamento à legislação (vício material do Termo de Interdição), a manifestação oral do mesmo relator, na sessão de julgamento, sustentaria também o vício formal da falta de motivação. Da mesma forma, os votos de dois outros e. Desembargadores, oralmente formulados e transcritos nos autos, enfocariam o vício formal.

Por outro lado, apesar da oposição dos Embargos de Declaração, não teria havido manifestação quanto ao art. 2º da Lei 9.294/96 (fls. 649 e 662).

A recorrente conclui, no que concerne à violação do art. 535 do CPC (fls. 655):

"Eis, portanto, a indagação que deveria ter sido esclarecida pelo tribunal a quo, quando do julgamento dos precitados embargos de declaração: qual é efetivamente o direito líquido e certo reconhecido pelo acórdão (pela essência dos três votos)?

A) O direito líquido e certo da impetrante de desinterdição dos equipamentos em virtude de efetiva e concludente adequação dos mesmos com a legislação pertinente (Lei nº 9.294/96 e regulamento), ou, então, em razão da não aplicação desta legislação àqueles equipamentos - vício material da interdição?

OU

B) O direito líquido e certo da impetrante de desinterdição dos equipamentos em virtude de violação de seu direito de defesa decorrente de interdição carente de motivação adequada, inclusive tecnicamente - vício formal da interdição?

Dependendo do esclarecimento que fosse dado, a ANVISA avaliaria, inclusive, a conveniência ou não do manejo do Recurso Especial. Caso fossem conhecidos e providos os referidos embargos de declaração e

fosse esclarecido que o item B é verdadeiramente o fundamento do acórdão, fazer-se-ia necessária a adequação da ementa do acórdão, de forma a espelhar o que restou decidido na Sessão de Julgamento."

Subsidiariamente, a recorrente aduz ofensa ao art. 2º da Lei 9.294/1996, que *"ao proibir o uso de produtos fumígenos em recintos coletivos, abre uma exceção, qual seja, a de que exista no local área destinada exclusivamente para o consumo daqueles produtos,* ***devidamente isolada e com arejamento conveniente"*** (grifos no original, fl. 658). Sustenta que o próprio parecer técnico apresentado pela recorrida comprova a ineficácia do equipamento: *"a questão é, portanto, de mero silogismo, de interpretar a lei e aplicá-la ao dado fático incontroverso, que é a ineficácia da filtragem atestada pelo laudo da própria Souza Cruz. E foi isso que fez o fiscal ao interditar cautelarmente!"* (fl. 660).

O Recurso Especial foi admitido na origem (fl. 705).

O Ministério Público Federal, nesta via especial, opinou pelo provimento ao recurso, por afronta ao art. 535, I e II, do CPC e, subsidiariamente, pela anulação de ofício do acórdão recorrido *"para que seja integrada à lide a INFRAERO, na forma do art. 47 do CPC, em consonância com os precedentes desta Corte transcritos neste parecer"* (fl. 733).

Quanto à violação do art. 535 do CPC, o parecer do Ministério Público Federal assim se ampara:

a) os julgadores das instâncias de origem haveriam de se ater às razões constantes da petição inicial, cabendo resposta a *"três questões postas nos autos: a) era ou não necessário que a ANVISA fosse previamente informada pela INFRAERO da instalação dos aparelhos conhecidos como* smoking points *nas salas de embargque do aeroporto internacional do Rio de Janeiro?; b) a ANVISA tinha legitimidade para interditar tais equipamentos por suposta desobediência à Lei nº 4294 ? e, por último, c) se foi ou não assegurada à empresa infratora, no processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa? Em caso positivo, o ato de interdição teria sido razoável e proporcional aos resultados visados pela saúde pública?"* (fl. 721);

b) o juiz de primeira instância respondeu satisfatoriamente às questões postas no *mandamus* , e o Tribunal *a quo inovou* , baseando-se no direito ao convívio entre fumantes e não-fumantes (fl. 723): *"até então, não se discutia nos autos o direito constitucional de fumar, se era lícito ou não buscar solução conciliatória para os usuários de transporte aéreo que sejam adeptos do tabagismo e que são submetidas a longa espera em virtude de conexão de vôo nas salas de embarque o aeroporto internacional do Rio de Janeiro. Diga-se, em favor da autoridade impetrada, que ela não nega o direito abstrato dos fumantes a um local apropriado em recintos públicos e fechados, e chega até a*

considerar o smoking point *'um projeto inteligente e curioso'"* (fl. 724);

c) inexistência nos autos *de "conclusão definitiva quanto à eficácia destes aparelhos, que era um dos pontos principais do mandado de segurança, pois a empresa tabagista afirmava ter ocorrido vício material na interdição dos equipamentos para fumantes, pois teria cumprido à risca a Lei nº 9294/96 (...) Por outro lado, observa-se, em sentido diametralmente oposto, o Parecer técnico da ANVISA, juntado aos autos às fls. 296/308, a respeito dos* smoking points (...)*"* (fl. 724);

d) por conta da falta de comprovação da eficácia dos equipamentos *"não deixa de ser surpreendente a conclusão contida no acórdão, sem a devida demonstração do nexo causal, de que* 'a impetrante logrou apresentar de forma contundente a prova pré-constituída do seu direito, demonstrando, assim, deter as condições processuais e legais para a obtenção da tutela jurisdicional em sede mandamental, eis que comprovado o seu direito líquido e certo'. *Parece intensamente contraditória a afirmação do acórdão de que* 'não seria convincente a alegação de que a impetrante não teria demonstrado seu direito líquido e certo, na medida em que o parecer da apelada estaria em discordância com as conclusões dos laudos trazidos pela apelante, evidenciando, desta forma, a necessidade de dilação probatória, incompatível com o rito mandamental em tela' *(sic, fl. 587). Com todo o respeito, a 5ª Turma do TRF da 2ª Região esqueceu-se que, havendo dúvida sobre a eficácia dos equipamentos para fumantes instalados em sistema fechado, com refrigeração central, no aeroporto internacional do Rio de Janeiro, não haveria como conceder, em favor da empresa, a ordem pretendida, uma vez que a demonstração do direito líquido e certo teria de ser feita pela impetrante, como faz crer a afirmação retro transcrita do acórdão. Essa indevida inversão do ônus da prova quanto ao alegado direito líquido e certo ao mandado de segurança mostra* ***contradição*** *no acórdão recorrido, que estava a merecer a devida clarificação por parte do órgão julgador quando do julgamento dos embargos de declaração."* (grifo no original, fl. 725);

e) *"... assiste razão à ANVISA também no que concerne à obscuridade existente no acórdão recorrido, haja vista que, tanto a alegação de vício material, que predominou no voto elaborado pelo Desembargador-Relator (fls. 584/592), quanto a de vício formal do ato de interdição dos* smoking points, *preponderante nos votos proferidos oralmente na sessão da Quinta Turma do Tribunal* a quo *(fls. 598-610), serviram como razão de decidir no julgamento da apelação em mandado de segurança, mas em sentido contrário aos fatos e às questões de direito impugnadas no* writ, *sem a devida demonstração de nexo causal entre a conclusão do acórdão e as supostas premissas que a sustentariam"* (fl. 726);

f) *"... não houve por parte do órgão julgador manifestação sobre importante questão para o deslinde do feito, que envolve a ocorrência ou não de violação ao art. 2º da Lei 9.294/1996, especialmente para permitir a correta apreciação*

do recurso especial neste Superior Tribunal de Justiça" (fl. 726);

g) *"Nestes termos, passa-se a impressão de que a apelação foi provida em razão dos equipamentos instalados no saguão do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro efetivamente atenderem os requisitos da Lei nº 9.294/1996, ou seja, que os mesmos proporcionariam a eficaz filtragem da fumaça e o devido arejamento do ambiente. Por outro lado, no mesmo voto, às fls. 588/589, o referido Desembargador-Relator continua (...) Nesta passagem, em sentido diverso à transcrição anterior, a conclusão é a de que os dispositivos da Lei 9.294/1996 não seriam aplicáveis ao caso vertente. Daí o provimento da apelação com a concessão da ordem. Indagada a respeito desta manifesta contradição no julgado, conforme consta no acórdão de fls. 629/636, a Quinta Turma Especializada preferiu se esquivar do assunto, sob o argumento genérico de que o que importaria na prestação jurisdicional seria a prolação de uma decisão justa e não o fundamento jurídico ou a legislação específica incidente sobre a causa. Entretanto, era imprescindível que a corte julgadora se pronunciasse, no julgamento dos embargos de declaração apresentados pela ANVISA, sobre a incidência ou não da Lei nº 9.294/1996, haja vista que, no caso de uma resposta negativa, esta questão seria prejudicial ao conhecimento do recurso especial interposto com base em negativa de vigência à legislação federal"* (fl. 727)

No que tange à nulidade do acórdão, por ausência da INFRAERO no pólo ativo do *mandamus*, o Ministério Público Federal ressalta que o Termo de Interdição não foi emitido contra a Souza Cruz, mas sim contra a INFRAERO. Defende que, ainda que se reconheça o interesse jurídico e econômico da Souza Cruz, na qualidade de autorizatária, será imprescindível a participação da INFRAERO no pólo impetrante. Embora tal matéria não tenha sido ventilada anteriormente, trata-se de questão de ordem pública, a ser conhecida por esta Corte (fl. 730).

É o **relatório.**

RECURSO ESPECIAL Nº 892.456 - RJ (2006/0216382-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Conheço do Recurso Especial pela alegada violação do art. 535 do CPC, por **obscuridade** (falta de clareza na fundamentação do v. Acórdão, no que tange à modalidade de vício identificado - formal ou material - no Termo de Interdição) e **omissão,** quanto ao art. 2º da Lei 9.294/96.

A análise da pretendida omissão do Tribunal *a quo* em relação ao art. 2º da Lei 9.294/96 prejudica o pedido subsidiário, formulado pela ANVISA, de apreciação de infringência ao próprio dispositivo legal.

Assim, somente após o enfrentamento de eventual ofensa ao art. 535 do CPC, é que se poderá - caso se conclua pela inexistência de omissão e, portanto, reconheça-se o prequestionamento - passar à análise da admissibilidade do Recurso Especial, no que tange à suposta violação do art. 2º da Lei 9.294/96.

1. A obscuridade

No que concerne à alegada obscuridade, realmente o r. voto-condutor e os demais votos proferidos oralmente, na sessão de julgamento, não obstante o brilho habitual dos seus prolatores, deixam dúvidas relativas ao fundamento que teria ensejado o provimento da Apelação.

O r. voto-condutor e a ementa do acórdão referem-se a uma *"absoluta aceitabilidade dos padrões de qualidade do ar ao redor dos mesmos, permitindo, assim, a sua instalação"* (fl. 586). Não está claro, portanto, se a aceitabilidade de tais padrões de qualidade corresponderia a uma adequação dos equipamentos à legislação vigente (Lei 9.294/96) ou se, simplesmente, tal assertiva representaria um juízo eqüitativo do Tribunal *a quo*, decorrência do balanceamento ético-técnico dos bens jurídicos em confronto: de um lado, a saúde pública da população não-fumante; do outro, o conforto dos fumantes e o interesse patrimonial das empresas de tabaco.

Caso o entendimento da Corte Regional seja na linha de que os equipamentos atendem à legislação, haveria, como sustenta o Ministério Público Federal, contradição com o trecho do voto-condutor e da ementa em que se consigna que *"a legislação invocada pela Apelada não me parece ser aplicável à questão ora em debate, diante da natureza dos equipamentos e da distinção positiva que se faz em relação aqueles que detém o hábito de fumar, concedendo-lhes um local próprio para tal, sem contudo, interferir ou trazer qualquer constrangimento àqueles que não têm tal hábito ou, por outro lado, àqueles que se incomodam com a fumaça e o cheiro deixados pelo cigarro"* (fl. 589).

De qualquer forma, deixando de lado a presença de eventual contradição, que não é de ser conhecida neste Recurso por não ter sido alegada pela ANVISA, o r. voto-condutor, elaborado no gabinete do relator, e a ementa do acórdão parecem sustentar que há vício material no Termo de Interdição, na medida em que os equipamentos seriam adequados à finalidade a que se prestam, qual seja servirem como ambiente isolado para o fumo, mesmo que para chegar a tal conclusão tenham se baseado em prova técnica produzida unilateralmente pela empresa de tabaco.

Por outro lado, os votos proferidos pelos Desembargadores, na sessão de julgamento, fazem referência a vício formal no Termo de Interdição, isto é, falha em sua fundamentação.

Assim, p. ex, a e. Desembargadora Vera Lúcia, em seu voto, sustentou que *"a ANVISA - que fez a interdição, a meu ver, não trouxe elementos que pudessem embasar a retirada desses aparelhos, nem por uma reclamação de alguém, ou em virtude de uma vistoria, ou um dado técnico, ou um técnico da própria agência que levantasse alguma motivação razoável no sentido de justificar que seria adequado, ou que seria contra a legislação de acordo com aquele índice, ou de acordo com essa exigência legal"* (fl. 606).

O e. Desembargador Cruz Netto, por seu turno, consignou que *"o termo de interdição também, a meu ver, peca por falta de fundamentação e de motivação, na medida em que ele diz simplesmente (...)"* (fl. 608).

Assim, pelos votos oralmente proferidos, parece que a Apelação foi provida também por vício formal do Termo de Interdição.

Evidente, portanto, a obscuridade, pois não ficaram bem estabelecidas (e compreensíveis para os jurisdicionados) as razões que levaram o Tribunal *a quo* a decidir, insuficiência essa que, por óbvio, dificulta o recurso às instâncias superiores pela parte sucumbente.

Instado a se manifestar a respeito da obscuridade, o Tribunal *a quo* rejeitou os Embargos de Declaração, entendendo que o acórdão seria claro, com o que, *data venia,* não se pode concordar.

O douto Relator dos Aclaratórios, de passagem, sustenta a inexistência de obscuridade *"na medida em que os vícios formal e material invocados pela Embargante, objeto da alusão nos votos oral - proferido em sessão - e no voto escrito, devem ser considerados como fundamentos que se completam entre si"* (fls. 632-633).

A singela consideração não é suficiente para configurar a correta e completa prestação jurisdicional que se espera na hipótese, tanto mais em tema que interessa a todo País.

Deve-se concluir, por tudo isso, que o Tribunal *a quo* não esclareceu suficientemente os fundamentos de sua decisão, impedindo ou dificultando, conseqüentemente, a clara compreensão de sua razões, o que caracteriza infração ao art. 535, I, do CPC.

2. A omissão

A ANVISA também alega violação do art. 535 do CPC por omissão, pois o Tribunal de origem não teria se manifestado quanto ao disposto no art. 2º da Lei 9.294/96, que transcrevo:

> *"Art. 2° É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígero, 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.***
>
> *§ 1° Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema.*
>
> *§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no caput nas*

aeronaves e demais veículos de transporte coletivo." (grifei).

Voltando ao r. voto-condutor do acórdão recorrido, vemos que, sem maior aprofundamento, o e. Relator afastou a aplicação da legislação federal suscitada pela ANVISA, consignando que *"a legislação invocada pela Apelada não me parece ser aplicável à questão ora em debate"* (fl. 589).

Ora, verifica-se facilmente que o relator do Tribunal *a quo* não apreciou especificamente o embasamento legal invocado pelo Poder Público, em especial o disposto no art. 2º da Lei 9.294/96, deixando de enfrentar fundamento essencial para a pretensão da ANVISA.

Tampouco o e. Desembargador Cruz Netto proferiu juízo específico a respeito da legislação federal, embora cite a Lei 9.294/96 de maneira genérica em seu judicioso voto (fl. 608):

> *"A Lei 9.294 dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de cigarros, bebidas alcóolicas, etc., salvo em área destinada exclusivamente a esse fim devidamente isolada e com arejamento conveniente. Ou seja, a lei nem sequer exige o equipamento específico. Ela apenas diz que deve haver um arejamento. Deve ser uma área aberta, que não pode ficar confinada. Depois, há o Decreto 2.018, que também menciona a mesma coisa no parágrafo único, do art. 3º, que fala que é proibido o uso de produtos fumígenos em recinto coletivo, salvo em área destinada exclusividade a seus usuários. (...)*
>
> *E entra, então, esse equipamento no conceito de ventilação artificial, que é um equipamento que suga a fumaça. Não haveria realmente nenhum dano.*
>
> *O termo de interdição também, a meu ver, peca por por falta de fundamentação e de motivação, na medida em que ele diz simplesmente: 'em decorrência do não-cumprimento da legislação específica.'*
>
> *E cita, dessa forma, três leis, mas não especifica sequer quais dispositivos dessas leis teriam sido descumpridos. Eu penso que isso é uma formalidade essencial, até para fins de defesa da pessoa jurídica ou física notificada."* (grifei).

Ora, considerando-se a complexidade técnico-jurídico da matéria e sua importância social e sanitária, a citação *en passant* da Lei 9.294/96 não significa, para as finalidades hermenêuticas aqui necessitadas, apreciação ou emissão de juízo quanto ao principal fundamento legislativo invocado pela ANVISA.

Para a completa prestação jurisdicional, exige-se o enfrentamento expresso, frontal e direto da questão federal suscitada. No caso concreto, vê-se que a Corte de origem

deixou de analisar a adequação dos fatos relatados pelas partes à previsão legal apontada pela Autoridade Sanitária. De fato, verifico que o Tribunal *a quo* absteve-se de analisar a adequação dos equipamentos instalados no aeroporto à luz da definição de "área *devidamente* isolada e com arejamento conveniente" (art. 2º, da Lei 9.294/96 grifo meu), que é o cerne da discussão suscitada nos autos e das informações prestadas pela ANVISA.

É de se conhecer, portanto, a violação do art. 535, II do CPC.

3. Síntese

Havendo omissão do Tribunal de origem com relação ao art. 2º da Lei 9.294/96, afasta-se, por enquanto, o prequestionamento e, portanto, o pedido subsidiário da recorrente quanto à violação deste dispositivo da legislação federal.

Por tudo isso, **conheço do Recurso Especial e dou-lhe provimento**, **a fim de declarar a nulidade do acórdão recorrido por violação do art. 535, I e II, do CPC, determinando o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de origem para proferir novo julgamento.**

É como **voto.**

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2006/0216382-0 **REsp 892456 / RJ**

Número Origem: 200351010231443

PAUTA: 20/03/2007 JULGADO: 20/03/2007

Relator
Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA ANVISA
PROCURADOR	:	FÁBIO ESTEVES GOMES E OUTROS
RECORRIDO	:	SOUZA CRUZ S/A
ADVOGADO	:	EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTROS

ASSUNTO: Administrativo - Ato - Interdição

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). CAMILLA LACERDA DA NATIVIDADE MARQUES(Procuradora Federal - legitimação legal para defesa da ANVISA)
, pela parte: RECORRENTE: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA ANVISA
Dr(a). NELSON NERY, pela parte: RECORRIDO: SOUZA CRUZ S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de março de 2007

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária