— A Portaria impugnada, ao proibir a prática do fumo em aeronaves nacionais, de transporte público, nos vôos de duração igual ou inferior a duas horas, subordinou o cumprimento da proibição à adoção das medidas provisórias — pelo Departamento de Aviação Civil, em conjunto com as empresas de transporte aéreo — o que inibe o sucesso do mandado de segurança porque está investindo contra norma jurídica em tese.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança nº 603
Impetrante: Gilberto Marques de Freitas Guimarães
Impetrado: Ministro de Estado da Saúde
Relator: Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1990 (data do julgamento). — *Armando Rolemberg*, Presidente. *Hélio Mosimann*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Mosimann: O Dr. Gilberto Marques de Freitas Guimarães, advogado, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Ministro da Saúde, consubstanciado na Portaria nº 1.050, de 09 de agosto de 1990, que, em seu art. 3º e parágrafos, proíbe "a prática do fumo em aeronaves nacionais, de transporte público, em vôos de duração igual ou inferior a 2 (duas) horas". Alega, em resumo, que "sem adentrar à discussão de nocividade do ato de fumar, mas considerando, tão-somente que, nos últimos quarenta e dois anos em que faz uso do tabaco, o governo brasileiro jamais proibiu a industrialização e comercialização de cigarros, considera-se o impetrante, no contexto de nossa sociedade politicamente organizada, um indivíduo condicionado a fumar, consumindo uma carteira de cigarro por dia".

Aduz, outrossim, que, inexistindo lei proibitiva da prática do fumo pelos cidadãos, a portaria ministerial afronta o "princípio constitucional da livre atividade", inscrito no artigo 5º, inciso II, da Carta em vigor — logo, por ora, "tem o direito de fumar nos locais onde a lei, especificamente, não o proíba de fazê-lo", eis que a simples edição de uma portaria não tem força para restringir seus direitos garantidos constitucionalmente. Requer, a final, seja decretada a nulidade do ato proibitivo.

A liminar foi indeferida por despacho às fls. 19v.

Informações da autoridade coatora, às fls. 23/30, alegando, preliminarmente, ser apli-

cável, *in casu*, o teor da Súmula 266, do Supremo Tribunal Federal, pois que o dispositivo atacado equivale a *lei em tese*. Pugna pela declaração de carência da ação, com conseqüente extinção do processo nos termos dos artigos 267, VI e 295, III, do Código de Processo Civil.

No mérito, diz que compete àquele Ministério "normatizar questões ligadas à promoção, proteção e recuperação da saúde", sendo, portanto, justificáveis "as limitações impostas aos interesses individuais em proveito da coletividade".

Parecer da Subprocuradoria Geral da República, às fls. 56/61, opinando pelo não conhecimento da segurança ou, se alcançado o mérito, pela improcedência da irresignação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Mosimann: Senhor Presidente, como assinala, ainda que resumidamente, o relatório, pretende o impetrante permissão para fumar durante os vôos de até duas (2) horas de duração, em todo o território nacional, e em particular na ponte aérea São Paulo—Brasília, eis que inexistente lei que proíba de tal prática.

Ocorre que, prevista a proibição do uso do cigarro nos vôos de curta duração, pelo artigo 3º da Portaria nº 1.050/90, o parágrafo 2º do mesmo dispositivo completa: "O Departamento de Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica, em conjunto com as empresas de transporte aéreo, adotará as medidas necessárias para o cumprimento do disposto neste artigo".

Daí se vê, sem o mínimo esforço, que não há qualquer ato concreto que, atualmente, viole o direito do impetrante, tendo em vista a necessidade de manifestação do DAC para efetivar a proibição disposta no artigo terceiro do Ato Ministerial. Este, por conter mandamentos genéricos que dependem de terceiros (DAC) para atuar sobre o impetrante, sem a possibilidade de se tornar eficaz, concreta e imediatamente, apresenta-se, sem dúvida, como lei abstrata, fazendo-se vulnerável à incidência da Súmula nº 266, da Suprema Corte, proibitiva do *mandamus* contra lei em tese.

Este Tribunal tem reiterado que, em se restringindo o pedido a argüir ilegalidade de Portaria, investe contra norma jurídica em tese, impossibilitando o atendimento pela via estreita do mandado de segurança (Min. Vicente Cernicchiaro, M.S. nº 119-DF, em 07.08.89).

No Supremo Tribunal Federal não tem sido outra a orientação. Veja-se: — "O mandado de segurança investe, na hipótese contra lei em tese. Impossibilidade. Súmula 266. O *writ* há de atacar o ato que, *diretamente*, vulnera o direito líquido e certo do impetrante". O acórdão, reafirmando a necessidade de conversão da norma abstrata em ato concreto, arrematou: "o que caracteriza a lei em tese é a generalidade do comando; desde que o ato atacado seja uma norma não individualizada, é incabível o mandado de segurança (*RTJ* 46/157). No MS nº 20.210, relator para o acórdão o eminente Ministro Moreira Alves, decidiu o Supremo Tribunal Federal que não cabe mandado de segurança contra decreto que estabelece níveis de salário mínimo para o território nacional, uma vez que tal fixação é traduzida em norma geral, e não em ato administrativo individualizado" (Min. Célio Borja, Pleno, *RTJ*, 123/453). — "Processual Civil. Mandado de Segurança. Não se presta à obteção de sentença preventiva genérica, aplicável a todos os casos futuros da mesma espécie" (Min. Décio Miranda, *RTJ* 105/635) — "Mandado de segurança. Não pode prosperar quando voltado contra a lei em tese, assim entendido o decreto que estabelece normas caracterizadas pela generalidade (Decreto nº 92.571, de 18 de abril de 1986). Súmula 266" (Min. Francisco Rezek, Pleno, *RTJ* 121/959).

No caso destes autos, a Portaria atacada, embora datada de agosto do corrente ano, até hoje não foi colocada em prática, eis que no aguardo da regulamentação do Departamento de Aviação Civil — DAC — o qual, conforme comprovam diversos documentos trazidos ao processo quando das informações do impetrado, solicitou ao Mi-

nistério da Saúde "um prazo para conscientizar seus usuários" da necessidade de se aplicar a proibição além de estar em estudos "a possibilidade de criar vôos específicos para fumantes", visando introduzir o hábito dos *vôos limpos*, conhecidos como *clean lights*, nos quais embarcam apenas os não fumantes" (fls. 38, 39).

É verdade que alguns documentos acostados aos autos são notícias divulgadas pela imprensa, mas os fatos comprovam, não se tendo conhecimento de qualquer ato que efetivamente tenha violado direito individual de passageiro fumante.

Pelo exposto, e na certeza de não existir qualquer ameaça concreta aos direitos do impetrante, em face do ato impugnado, não conheço da impetração.

EXTRATO DA ATA

MS 603-DF (90.112362) — Relator: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Impetrante: Gilberto Marques de Freitas Guimarães. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Advogado: Dr. Gilberto M. de Freitas Guimarães.

Decisão: a Seção, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança (em 18.12.90 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira e Vicente Cernicchiaro votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Geraldo Sobral não compareceu à sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rolemberg.