

DA INCONSTITUCIONALIDADE NA EDIÇÃO DE PORTARIAS COIBINDO A COMERCIALIZAÇÃO E CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM DIAS DE ELEIÇÃO

FRANCISCO ARIOSTON PEREIRA MARTINS¹
ORISMAR RODRIGUES AGUIAR²
VALDEMAR DE SOUSA CAMELO³

Resumo: O presente artigo tem por objetivo levantar a discussão sobre a prática comum de edição de portarias em pleito eleitoral por parte de Juízes Eleitorais e por Secretários de Segurança Pública Estaduais, com a finalidade de coibir a venda e consumo de bebidas alcoólicas em dias de eleições. A fonte principal de investigação na elaboração deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, baseadas na leitura, análise e interpretação de livros, leitura de códigos jurídicos, entendimento doutrinário e jurisprudencial, que tratam sobre o tema abordado. O método adotado em relação aos dados bibliográficos foi o dialético, que promove o confronto de argumentos contraditórios, o que garantirá o exame crítico da pesquisa. Concluiu-se ao final dessa pesquisa que essas resoluções e portarias proibitórias não encontram respaldo jurídico legal no Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, inconstitucionais.

Palavras-chave: *Lei seca eleitoral. Inconstitucionalidade. Portarias.*

INTRODUÇÃO

A edição de portarias em pleito eleitoral com a finalidade de coibir a venda e consumo de bebidas alcoólicas em dias de eleições tornou-se uma questão polêmica que se repete em nosso País a cada biênio utiliza-se de diversas motivações para determinar o fechamento de estabelecimentos comerciais em dias de eleições, como a manutenção da ordem pública, da tranquilidade, segurança e paz social, bem como garantir ao eleitor o livre exercício do voto com liberdade e consciência.

Levando-se em conta que vivemos numa sociedade que implora por segurança pública e paz social, tais medidas seriam socialmente e moralmente aceitáveis. Por outro lado, fazemos parte de um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, devemos obediência às normas jurídicas instituídas por quem tem legitimidade para tanto.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º *caput* dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e em seu art.5º, II,

1 Acadêmico do Curso de Direito, *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). E-mail: arioston.martins@bol.com

2 Acadêmico do Curso de Direito, *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). E-mail: ora-aguiar@hotmail.com

3 Acadêmico do Curso de Direito, *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). E-mail: demarbarbara@hotmail.com

preceitua que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 2014), reconhecendo o princípio da legalidade como uma garantia e direito fundamental do cidadão no Estado Democrático de Direito, concedendo aos indivíduos a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais e promovendo a estabilidade nas relações jurídicas.

Sabe-se que o nosso Poder Legislativo, que detém a função típica para legislar, em muitas situações é omissivo ou inerte na função que lhe é expressamente autorizada, contribuindo assim para que o ativismo judicial surja como uma alternativa para suprir a omissão ou inércia do legislador.

No caso em estudo, será abordada a questão da inconstitucionalidade na edição de portarias que coíbem a venda e consumo de bebidas em dias de eleições, justamente por se tratar de um ativismo judicial inovador, que cria normas de conduta gerais por meio da edição de portarias com conteúdo de lei, sem nenhum fundamento constitucional.

É este ativismo judicial inovador, aplicado para a instituição da Lei Seca Eleitoral, que se refuta neste trabalho, por estarem o Juiz Eleitoral e Secretários de Segurança Pública Estaduais, legislando por meio de portaria, que se trata de uma norma jurídica derivada.

Não obstante a violação de diversos princípios constitucionais basilares de nossa Constituição Federal, tais atos normativos derivados ainda criam a conduta criminalizadora e penalizadora para quem descumprir as ordens ali determinadas, constituindo uma verdadeira violação ao princípio da reserva legal penal e uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

Diante da situação apresentada, analisamos e discutimos neste trabalho a figura do ativismo judicial inovador na aplicação da Lei Seca Eleitoral, como violador de vários princípios constitucionais, bem como a edição de Portarias por Secretários de Segurança Pública Estaduais disciplinando normas de conduta gerais e violando diretamente o princípio da reserva legal penal, que é privativo da União.

Para demonstrar as alegações aqui afirmadas, apresentamos uma abordagem sobre os aspectos inconstitucionais da norma derivada, levando-se em consideração a violação de vários princípios constitucionais, dando-se maior ênfase aos princípios da legalidade, da indelegabilidade da função pública e da livre iniciativa.

O EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR: BREVES CONSIDERAÇÕES

O exercício da soberania popular representa uma igualdade e liberdade no exercício do voto, que se concretiza pelo sufrágio universal e secreto, através da democracia participativa do eleitor, fazendo do Brasil um dos Países mais democráticos do mundo em relação ao exercício do voto.

Diante da busca pela lisura do processo eleitoral, bem como para garantir que as eleições transcorram na mais perfeita ordem e para que o eleitor consiga exercer seu voto com liberdade e consciência, é que alguns Juízes Eleitorais e até mesmo Secretários de Segurança Pública, este último agente do Poder Executivo Estadual, estão editando Portarias com conteúdo de lei para determinar o fechamento de estabelecimentos comerciais que vendem bebidas alcoólicas nos dias de eleições e criando normas criminalizadoras e penalizadoras para quem descumprir o ato administrativo expedido.

Sabe-se que, as portarias possuem natureza jurídica derivada, que servem apenas para complementar e regulamentar ato normativo primário preexistente, não podendo inovar para criar direitos e obrigações.

Para Hely Lopes Meirelles (1995, p.167):

Portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal. As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública.

DOS PODERES ADMINISTRATIVOS UTILIZADOS NA DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI SECA ELEITORAL: PODER REGULAMENTAR E EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Para justificar a edição de portarias em períodos eleitorais, com conteúdo típico de lei, os agentes utilizam de diversas motivações, entre as quais destacamos o exercício do poder de polícia e do poder regulamentar. Entretanto, a invocação a estes poderes não tem validade no mundo jurídico, pois o Poder Regulamentar se destina a regulamentar e complementar leis preexistentes, não podendo inovar para criar, restringir, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Isso porque as portarias possuem natureza jurídica derivada, que servem apenas para complementar e

regulamentar ato normativo primário preexistente, não podendo inovar para criar direitos e obrigações.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.44), leciona:

O Poder regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para **complementar** a lei; não pode, pois, a Administração **alterá-la** a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá **abuso de poder regulamentar**, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.

Igualmente, muitos vêm no exercício do Poder de polícia a justificativa legal para que as portarias que regulam a Lei Seca Eleitoral sejam dotadas de legalidade, por configurar uma atividade administrativa que limita direito em razão do interesse público à segurança do pleito eleitoral.

Acerca dos Limites do Poder de Polícia, Carvalho Filho (2006, p.73) afirma que: “Bem averba CRETELLA JR. que a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis”.

O Código Tributário Nacional conceitua o Poder de Polícia em seu art. 78, *in verbis*:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Porém, a justificativa baseada no exercício do Poder de Polícia também não se sustenta, pois o parágrafo único do mesmo diploma normativo estabelece que o poder de polícia deve ser exercido nos limites da lei, para ser considerado regular. “Considera regular o exercício do poder de polícia, quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder” (CTN, 1966).

Ressalta-se, neste contexto, que a atividade de polícia administrativa é “[...] atividade tipicamente administrativa e, como tal, subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos.” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 64).

Desta forma, a utilização do poder de polícia para fundamentar a edição de portarias, proibindo a comercialização e consumo de bebidas alcoólicas em dias de eleições, não é dotada de constitucionalidade, haja vista não haver lei preexistente impondo restrições à atividade comercial, que é uma atividade lícita.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Embora os atos administrativos sejam dotados de presunção *juris tantum* de legitimidade, no caso da Lei Seca Eleitoral esta presunção não acoberta a Administração Pública, pois os atos expedidos violam expressamente o princípio da legalidade, expresso no art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (BRASIL, 2014). Assim a edição de portarias que coíbem a venda de bebidas alcoólicas em período eleitoral finda por ofender o direito dos cidadãos ao serem obrigados a fazer ou deixar de fazer algo já que não há lei que abrange tal portaria.

Dispõe o art. 59 da Constituição Federal de 1988 que “o processo legislativo compreenderá a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, lei delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.” (BRASIL, 2014). Estas espécies normativas retiram seu fundamento de validade da própria Constituição. Portanto, a edição de portarias sem fundamento constitucional e sem a existência de ato normativo primário preexistente, constitui violação expressa à própria Constituição e um afronta ao Estado Democrático de Direito.

Segundo Alexandre de Moraes (2004, p.71) “só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral.”

Kelsen (2000, p.181)., em sua obra sobre a Teoria Geral do Direito e do Estado, afirma que há hierarquia quando "a norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior".

Mais preocupante ainda é o fato de tais portarias criarem a conduta típica de crime para quem descumprir a ordem inconstitucional ali estabelecida, baseada no teor do art. 347 do Código Eleitoral, que assim dispõe:

Art. 347, Código Eleitoral. Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligência, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou pôr

embargos à sua execução: Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e pagamento de 10 (dez) a 20 (vinte) dias-multa.

Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e pagamento de 10 (dez) a 20 (vinte) dias-multa.

Vale ressaltar que o teor deste artigo não pode ser aplicado para os casos de descumprimento de ordem judicial, pois a edição destas portarias sem a existência de lei preexistente, como já dito anteriormente, são inconstitucionais e viola o princípio da reserva legal penal, que é privativa da União, já que a CF/88 estabelece em seu art. 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, além de atentar contra a Separação dos Poderes, causando insegurança jurídica.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre direito penal. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. (BRASIL, 2014)

Portanto, a Constituição Federal não possibilita a utilização pelo Poder Judiciário, órgão eminentemente julgador, para completar o conteúdo de uma norma incriminadora, sob pena de ofensa direta ao princípio da Separação dos Poderes. Admitir a competência do juiz eleitoral para criar modalidades criminosas, por meio de instrumento apenas destinado à regulamentação e complementação de lei preexistente, implica aceitar a interpretação extensiva em matéria penal, uma vez que se estenderia às cominações do art. 347 do Código Eleitoral uma conduta que a lei explícita e tipicamente não proíbe.

PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE DE FUNÇÕES PÚBLICAS

Outra violação constitucional que se aponta neste trabalho, é o da indelegabilidade de função pública que atribui a cada poder a sua função típica para tratar sobre determinados assuntos, embora todos os poderes possam exercer, de forma atípica, as demais funções atribuídas a outros poderes, mas de forma interna, não de caráter de generalidade. Porém, as funções atípicas não podem ser utilizadas para estabelecer normas gerais.

Estabelece o art. 2º da Magna Carta de 1988, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” É certo que cada Poder tem sua função típica, delimitada pela CF, mesmo que possa também exercer as outras funções de forma atípica. Porém, as funções atípicas não podem ser utilizadas para estabelecer normas gerais. Já o art. 60, § 4º, III, da CF/88, eleva a Separação dos Poderes à categoria de cláusula pétrea (BRASIL, 2014). Assim, um órgão só poderá exercer atribuições de outro quando houver expressa previsão, como é o caso das leis delegadas e medidas provisórias.

Neste contexto, pode-se afirmar que o Brasil adotou a Teoria da Tripartição dos Poderes, inicialmente tratada por Aristóteles, mas bastante desenvolvida pelo Barão de Montesquieu, em seu livro “Do Espírito das Leis”, criando uma forma de limitação do Poder pelo próprio Poder, através da teoria dos freios e contrapesos, a fim de se evitar abuso ou desvio de poder.

(...) a liberdade política existe somente nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, pois é uma experiência eterna que todo o homem que detém o poder é levado a dele abusar; e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não abuse do poder, é necessário que pela disposição das coisas, **o poder limite o poder.**

Diante desse aspecto, a edição de portarias, com força normativa, que instituem a Lei Seca Eleitoral, configura uma invasão na esfera típica do legislativo, violando o princípio da Separação dos Poderes, em razão da indelegabilidade de funções típicas, gerando insegurança jurídica.

PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Torna-se necessário ressaltar que estas portarias violam também a livre iniciativa, um dos fundamentos de nossa Constituição. O art.170, Parágrafo único, CF/88, “assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 2014)

Portanto, o fechamento de estabelecimentos comerciais em dias de eleição, configura uma violação ao princípio da ordem econômica, que assegura o exercício de qualquer atividade econômica, salvo nos casos previstos em lei. No caso, portarias não são leis, não podendo limitar o exercício das atividades comerciais com base em ato derivado, quando não há lei disciplinando tal matéria.

PROJETO DE LEI Nº 1817, DE 2011

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1817/2011, que visa regulamentar a venda e consumo de bebida alcoólica no dia das eleições, com a seguinte proposta:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1967, que Institui Código Eleitoral, passa a vigor acrescida do artigo 141-A:

“Art. 141-A. É proibido a venda e o consumo de bebida alcoólica das zero (0) às vinte (20) horas no dia em que se realizarem as eleições em bares, restaurantes, quiosques ou estabelecimentos congêneres, sujeitando-se à imediata suspensão da venda e do consumo.

Pena – detenção de seis meses a um ano e multa no valor de um mil a cinco mil reais.

Parágrafo Único. É vedada, no dia do pleito e nos horários mencionados no caput deste artigo a aglomeração de pessoas, vendendo ou consumindo bebida alcoólica, sujeitando-se os infratores às medidas previstas neste artigo.” (NR)

Com essa iniciativa, busca-se enfim regulamentar o assunto aqui discutido que, em sendo aprovado, põe fim a esta polêmica que se repete a cada eleição, gerando segurança nas relações jurídicas .

Não obstante reconhecer a inércia do legislador, não se pode admitir que o ativismo judicial seja utilizado para violar princípios constitucionais basilares, dentre os quais destacamos os princípios da legalidade, da indelegabilidade de função pública, da livre iniciativa, afrontar o Estado Democrático de Direito e causar insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

A discussão desenvolvida ao longo deste trabalho, acerca das portarias editadas por Secretários de Segurança Pública de Estados e Juízes Eleitorais, proibindo a comercialização e consumo, em locais públicos, de bebidas alcoólicas nos dias de eleições, denominada de Lei Seca Eleitoral, conduz à conclusão sobre a inconstitucionalidade de tais disposições proibitivas.

Embora aceitável social e moralmente, tais atos proibitivos desrespeitam o Estado Democrático de Direito, ao legislar por meio de ato normativo derivado, pois é fato que não há lei em nosso ordenamento jurídico que proíba a venda e consumo de bebidas alcoólicas em dias de pleito eleitoral.

Não se pode aceitar a edição de portarias, criadas no vácuo legislativo, estabelecendo normas gerais, tipificando condutas delituosas para os casos de descumprimento da medida ali estabelecida, sem que haja uma lei anterior disciplinado ou um dispositivo formal de restrição de direitos e obrigações sendo essas originadas do próprio Poder Legislativo. Atualmente existem apenas resoluções administrativas e portarias com a finalidade de regulamentar e complementar lei preexistente violando assim princípios constitucionais.

Sabe-se que o pressuposto de validade das portarias aqui tratadas é a existência prévia de Lei que lhes forneça conteúdo e delimite sua competência regulamentar. Assim, não existindo tal lei, não tem legitimidade e razão de existir a respectiva portaria, criada no vácuo legal, pois não haverá o que complementar ou regulamentar simplesmente.

Enquanto não houver ato normativo primário, instituindo a Lei Seca Eleitoral, proibindo a venda e consumo de bebidas alcoólicas por estabelecimentos comerciais em dias de eleições, não se pode admitir que sejam editadas portarias com conteúdo normativo para suprir o vácuo legislativo. A Administração Pública tem o dever de garantir a tranquilidade do pleito eleitoral, utilizando-se de mecanismos legais para evitar abusos por parte de particulares, mas não ela própria cometer abuso de autoridade, violando princípios constitucionais basilares, afrontando o Estado Democrático de Direito e gerando insegurança jurídicas nas relações sociais.

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial inovador não pode ser utilizado para disciplinar todas as situações que o legislador, por inércia ou omissão, deixou de tratar, por violar expressamente a Constituição Federal, podendo se tornar um poder abusivo, gerando insegurança jurídica, e atentando contra o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. Lei n. 4.737, de 15 jul. 1965. **Código Eleitoral**. Institui o Código Eleitoral.

_____. Lei n. 5172, de 25 out. 1966. **Código Tributário Nacional**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PROJETO DE LEI Nº 1817/2011. Disponível em: camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512128. Acesso em: 22 nov.2014