



Íntegra

A proibição do comércio e consumo de bebidas alcoólicas em locais públicos no dia do pleito

Por: Monique von Hertwig Bittencourt / Victor José Sebem Ferreira

1 INTRODUÇÃO

Conta o folclore que, numa Comarca onde muita "pinga" sempre se costumava beber, no dia da eleição, o Juiz Eleitoral, competente e cioso de seus deveres, logo cedo, antes mesmo da abertura das Seções Eleitorais para votação, saiu a vistoriá-las.

Logo na primeira esquina defrontou-se com um "bebum", ancorado numa garrafa de aguardente, sabe-se lá da qualidade ou procedência.

Lembrando-se do ato proibitivo (de sua própria - ou de outrem - autoria? Ninguém sabe!), comum em época de pleito, seu primeiro impulso foi prender o incorreto. No entanto, mais do que punir o usuário - pensou - era melhor prender o traficante, digo, comerciante.

Perguntou, então, ao "bebaço":

- Amigo, onde conseguiu essa "pinga"?

O bêbado, desconfiado, prontamente retrucou:

- O quê?! Vá se virar, como eu me virei!

Humor e lendas à parte, o assunto é sério, e como tal merece ser tratado.

O objetivo deste trabalho é demonstrar a desnecessidade de intervenção da Justiça Eleitoral e dos órgãos de segurança pública para coibir a distribuição e a utilização de bebida alcoólica no dia das eleições; tanto pela falta de competência dos Juízes Eleitorais e secretarias específicas para publicar portarias sobre o assunto, como pelo fato de existirem outros mecanismos para garantir a tranquilidade nas ruas e Seções Eleitorais no dia do pleito.

Nos anos de 1998 e 2000, a proibição de venda e uso de bebidas com teor alcoólico no dia das eleições apresentou-se no País, com exceções, sob a forma de portarias administrativas, expedidas por Juízes Eleitorais ou por secretarias e/ou departamentos de segurança pública dos Estados da Federação.

Em 1998, os Tribunais Regionais dos Estados do Espírito Santo e Mato Grosso criticaram esta prática, inclusive com declarações a órgãos de imprensa, não a proibindo, entretanto, aos órgãos de segurança pública (por exemplo, TRE/MT, na Folha de São Paulo de 25.9.1998).

Embora a sanção não constasse da portaria administrativa da Secretaria de Segurança Pública de 1998, a autora informou-se junto ao órgão sobre as sanções, uma vez que não constavam no ato administrativo.

A penalidade prevista, para o comerciante seria a suspensão do alvará de funcionamento do estabelecimento, por número de dias que correspondessem à gravidade da infração, como informado pelo órgão de segurança pública no pleito de 1998.

O usuário, pessoa física, responderia por crime de desobediência, de acordo com o art. 330 do Código Penal, conforme também esclarecido à autora pela Secretaria de Segurança e constante nos julgados dos demais Tribunais Eleitorais.

Para as últimas eleições municipais, a Secretaria de Segurança Pública de nossa Unidade Federativa voltou a publicar portaria proibitiva do comércio e uso de

bebida alcoólica no dia do pleito.

Para a inobservância das portarias oriundas dos Juízos Eleitorais, a sanção a ser aplicada seria a do art. 347 do Código Eleitoral, como se verifica nos julgados dos Tribunais Regionais e Tribunal Superior Eleitoral.

Embora tais atos administrativos continuem sendo utilizados com o intuito de coibir excessos nos dias das eleições em quase todo o País, não se tem notícias de Tribunais Regionais de outros estados da Federação que tenham confirmado decisões condenatórias de primeiro grau por infração às práticas vedadas.

Atualmente, grande parte dos profissionais da área da saúde adotam a orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS) que classifica o abuso de bebida alcoólica como doença (dependência que requer tratamento), como explicita Gabriela Scheinberg:

A Organização Mundial de Saúde (OMS) considera o vício das drogas uma doença. A dependência faz parte do capítulo de transtornos mentais e comportamentais, de acordo com Ruy Laurenti, responsável pelo Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças.

Entre as substâncias citadas pelo órgão estão o álcool, os opiáceos, a maconha, os sedativos e os hipnóticos. A OMS classifica o abuso de drogas como uma questão de saúde, e não de polícia", explica Laurenti.

[...]

O conceito de drogas psicotrópicas é conhecido: substâncias ilegais que atuam no cérebro e provocam dependência. Há casos, porém, como o do álcool, que, embora cause dependência, é legal no Brasil. A maior parte dos países islâmicos considera o álcool uma bebida ilegal, enquanto o ópio é uma droga tolerada. Não há um conceito único mundial que determine o que é, de fato, droga. Para os médicos, não é a lei que determina quais são as substâncias prejudiciais à saúde, mas a dependência e os danos provocados por elas¹. (grifamos)

Assim, diante da concepção moderna de que o álcool é uma substância que pode causar dependência, confrontaremos o(s) ato(s) normativo(s) com a legislação ordinária e a Constituição Federal, para verificar se as portarias administrativas que não permitem o comércio e o uso de álcool no dia das eleições apresentam caráter de licitude e/ou constitucionalidade.

2 A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E A NORMA PENAL EM BRANCO

A bebida com teor alcoólico não consta na Portaria n. 344/1965 (que trata de entorpecentes, psicotrópicos e drogas afins) do órgão de Vigilância Sanitária e Controle do Ministério da Saúde.

Assim sendo, não pode ser objeto de incidência do art. 36 da Lei n. 6.368/1976 - norma penal em branco de complementação heteróloga:

Art. 36. Para fins desta Lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde².

Outrossim, a bebida alcoólica foi excluída da Lei n. 9.294, de 15.7.1996 - que dispunha sobre restrições ao seu uso e propaganda -, pela Lei n. 10.167, de 27.12.2000.

A previsão de sanção mediante aplicação do art. 330 do Código Penal por desobediência à portaria administrativa oriunda de Secretaria de Segurança Pública não pode ser aplicada, vez que funcionário público - mesmo que Secretário ou Delegado - não tem competência para publicar ato tipificando como crime aquilo que não consta em lei.

Comentando o tipo objetivo do art. 330 do Código Penal, Celso Delmanto citando ao final Nelson Hungria, é claro:

[...] b) Seja ordem "legal". É indispensável a sua legalidade substancial e formal. A ordem pode até ser injusta, mas não pode ser ilegal.

c) Seja ordem de "funcionário público". É necessária a competência funcional deste para expedir ou executar a ordem. Além disso, para a tipificação da desobediência é indispensável que o destinatário da ordem tenha o dever de obedecê-la, a obrigação de acatá-la. De outro lado, se a lei cominar penalidade administrativa ou civil à desobediência da ordem, "não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330". (Hungria, Comentários ao Código Penal, 1959, v. IX, p. 420).³

Sem definição como droga e desnecessidade de autorização para guarda, comércio, transporte, controle e fiscalização pela Portaria n. 344/1965 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, e reconhecida a licitude de seu comércio no Brasil, é impossível a incidência da Lei de Tóxicos sobre a venda ou o uso de bebida alcoólica. Portanto, não há que se falar em licitude das portarias administrativas proibitivas de comércio e consumo de álcool no dia do pleito, no pertinente ao direito penal comum, ou mesmo eleitoral, ante a inexistência de lei incriminatória regularmente promulgada.

3 O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Ao comentar dito princípio, Marcelo Fortes Barbosa expõe as suas raízes:

[...] ao impugnar o arbítrio das prisões e das penas, Beccaria, a rigor, teorizou, pioneiramente, o princípio da reserva legal, elaborado, no século XIX por Anselm von Feuerbach, *nullum crimen sine poena, nullum crimen sine proevia lege, nulla poena sine lege*⁴.

A Constituição atual assegura o princípio da reserva legal como direito fundamental:

Art. 5º [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Habitualmente são confundidos os princípios da legalidade e da reserva legal.

Convém distingui-los.

Como ensina José Afonso da Silva:

O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal.

[...]

Outra diferença importante entre o princípio da legalidade (genérica) e o princípio da reserva de lei (legalidade específica) está em que o primeiro envolve primariamente uma situação de hierarquia das fontes normativas enquanto que o segundo envolve questão de competência. Starck, numa linha, disse-o com precisão: 'estas reservas especiais garantem, como normas de competência, que o legislador regule tudo o que afeta os direitos fundamentais.'

Aí o autor menciona direitos fundamentais, porque está cuidando da reserva da lei na parte dita dogmática da Constituição (vide art. 5º, XXXIX, CF), mas igual compreensão deixara expressa também a respeito da parte orgânica, que se transcreve em seguida, porque é lição adequada ao nosso sistema: 'Se se consideram as inúmeras reservas de lei e delegações de competências regulamentares ao legislador na parte orgânica da Lei Fundamental, adverte-se à primeira vista, que umas e outras pressupõem uma lei formal⁵ (obs. e grifo nosso)

Neste último aspecto trazido pelo referido autor, citando Starck, temos na Constituição de 1988 a previsão sobre a competência legislativa acerca do assunto:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - [...] (grifo nosso)

Embora a elaboração de leis processuais lato sensu (especificamente sobre procedimentos e organização judiciária) seja de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, naquilo que não venha a colidir com as promulgadas por aquela, a proibição do comércio e uso de bebidas alcoólicas encontra-se no âmbito do direito material (direito penal comum e eleitoral), de modo que as regras instrumentais - de direito processual, portanto - não abrem caminho para a publicação das portarias das quais tratamos.

Ao apreciar recursos e habeas corpus versando sobre o tema da proibição do comércio e consumo de bebidas alcoólicas no dia do pleito, o Tribunal Superior Eleitoral é firme ao reconhecer, em seus julgados, a ofensa ao princípio da reserva legal insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal:

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (COD. EL., ART. 347): CONSUMO DE DUAS CERVEJAS NO DIA DO PLEBISCITO DE 1993 EM CONTRARIEDADE A PORTARIA DE JUIZ ELEITORAL.

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (CONST., ART. 5º, XXXIX): INEXISTENTE NORMA LEGAL, DESCABE A TIPIIFICAÇÃO DA CONDUTA EM PORTARIA ADMINISTRATIVA, AINDA QUE A TÍTULO DE PREVENIR DISTÚRBO PÚBLICO E A ASSEGURAR A TRANQUILIDADE NO DIA DAS ELEIÇÕES.

RECURSO DE HABEAS CORPUS PROVIDO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL. EFEITOS ESTENDIDOS EX OFFICIO AOS DEMAIS DENUNCIADOS (CPP, ART. 654, PARÁGRAFO 2).

DECISÃO: O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO PARA REFORMAR O ACORDÃO DA CORTE DE ORIGEM, CONCEDENDO A ORDEM PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL E DE OFÍCIO CONCEDER O HABEAS CORPUS AOS DEMAIS RÉUS⁶.

Assim sendo, a sanção do art. 347 do Código Eleitoral, não pode ser aplicada por inobservância a portaria advinda de Juiz Eleitoral.

Portanto, são inconstitucionais as portarias proibitivas de venda e uso de álcool no dia do pleito - emanadas dos Juízes Eleitorais e/ou de autoridades administrativas,

A nosso ver, o Tribunal Superior toma esta linha não só em respeito e homenagem à garantia da observância desse princípio de que trata a atual Carta Magna, mas também porque, por tradição, muitas vezes os tribunais pátrios mantiveram, nos anos anteriores à promulgação da Constituição Cidadã, a inadmissibilidade da analogia para instituir crimes e aplicar sanções quando prevista a reserva legal, explícita ou implicitamente, nas Cartas brasileiras de feição mais democrática.

4 DA (IR)RELEVÂNCIA E (IM)PERTINÊNCIA, SOB O ASPECTO PRÁTICO, DA PROMULGAÇÃO DE TAIS ATOS ADMINISTRATIVOS

É evidente que as autoridades judiciais ou administrativas que expedem ditas portarias agem com o mais elevado dos propósitos, qual seja, o de garantir um pleito sem perturbações que possam levar à ocorrência de crimes comuns ou eleitorais.

No entanto, a par de, como acima exposto, tais determinações constituírem ilegalidade e inconstitucionalidade, são de resultado prático irrelevante, quando não se revelam impertinentes, por tolher a liberdade individual de cada cidadão, sem a sanção legal pelo descumprimento.

Com efeito, ainda que o temor comum diante de tais atos impeça a comercialização das bebidas alcoólicas, não raro se vêem pessoas embriagadas em pleno processo de eleição ou de apuração.

O ébrio contumaz se previne, adquirindo antes (para si) o precioso líquido; e o comerciante inescrupuloso, apesar das determinações, vende "sob os panos" a bebida, no mais das vezes ciente de que sua atitude não será punida, salvo por algum arroubo de autoridade.

Autoridade esta que, cada vez mais, sairá arranhada diante do relaxamento de um flagrante, do arquivamento de um inquérito, ou da absolvição em um processo, pela falta da previsão de uma sanção penal legalmente instituída; caindo, a Justiça como um todo, no descrédito da população.

Já temos normas demais, a regular as atitudes e a restringir as liberdades dos

cidadãos. Não há porque outras, de menor importância, instituir. Cabe ao Poder Público - Judiciário, Ministério Público, Polícia Judiciária e Polícia Militar - fazer cumprir aquelas já existentes.

5 CONCLUSÃO

Como o nosso sistema jurídico não admite, em matéria penal e eleitoral, que a tipificação do fato venha descrito em normas inferiores, em razão do princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, e, in casu, art. 22, alínea I, da Lei Maior), sugerimos a abolição e/ou a não expedição de portarias administrativas que vedem o comércio e uso de bebidas alcoólicas no dia das eleições, pelas razões acima - e adiante - elencadas:

1. As portarias administrativas das secretarias de segurança pública nesse sentido são ilegais, por impossibilidade de preenchimento da norma penal em branco constante do art. 36 da Lei de Tóxicos; e inconstitucionais, por força dos arts. 5º, alínea XXXIX e 22, caput, alínea I, da Constituição Federal;

2. Os mesmos atos, ainda quando exarados por Juízes Eleitorais, com idêntica finalidade, ferem o princípio da reserva legal insculpido nos citados dispositivos constitucionais;

3. As Polícias Militar e Civil Catarinenses estão informadas acerca da legislação eleitoral, e são treinadas em todos os anos de pleito para fazer frente a quaisquer tipos de problemas que possam surgir no dia das eleições, especialmente aquelas decorrentes de atitudes de pessoas embriagadas;

4. Para assegurar a tranqüilidade e a paz nos locais públicos e seções eleitorais no dia da votação, a legislação já traz em seu bojo vários dispositivos, tais como aqueles presentes no Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848/1940 de acordo com a reforma da Lei n. 7.209/1984: art. 137 (Rixa), art. 146 (Constrangimento ilegal), art. 147 (Ameaça).

Na Lei das Contravenções Penais: art. 21 (Vias de fato), art. 40 (Provocação de Tumulto. Conduta inconveniente); art. 42 (Perturbação do trabalho ou do sossego alheios); art. 63, alíneas I a IV (Bebidas alcoólicas) e 65 (Perturbação da tranqüilidade).

No próprio Código Eleitoral, Lei n. 4737/1965: art. 296 (Desordem que prejudique os trabalhos eleitorais); art. 297 (Impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio) e art. 331 (... perturbar meio de propaganda devidamente empregado).

5. As ações e recursos advindos da irrisignação dos cidadãos com as portarias que estabelecem a "Lei Seca" apenas aumentam a carga de trabalho da Justiça Eleitoral, provocando o atraso no conhecimento e análise de processos mais relevantes e seus respectivos julgamentos;

6. Ademais, referidas portarias refletem a desvalorização da supremacia da Constituição Federal, da Lei e do próprio princípio da reserva legal, conhecido há mais de um século pela humanidade; e, muitas vezes, levam ao descrédito da Justiça e dos aparelhos de prevenção e repressão, pois, quando não obedecidas, invariavelmente as penas não passam da detenção pessoal ou da interdição do estabelecimento no dia da eleição, logo após revogadas;

7. O governo aufere receitas gigantescas com a comercialização e a liberação da bebida alcoólica de forma indiscriminada (veja-se, por exemplo, a inexistência de uma fiscalização eficiente na venda a menores e ausência de obstaculização do seu comércio a qualquer hora do dia ou da noite). Cabe ao Congresso Nacional legislar sobre o assunto, e ao Ministério da Saúde dar continuidade à conscientização de todos sobre os malefícios advindos da utilização abusiva de bebidas alcoólicas. O que deve ser feito não somente em um dia, a cada dois anos - o das eleições -, por força de atos ilegais e inconstitucionais, mas a todo momento e em cada local deste imenso País, dentro de uma política que tenha por objetivo reduzir e restringir o uso e a comercialização (leia-se, tráfico) de qualquer espécie de droga.

NOTAS

¹ SCHEINBERG, Gabriela. Para ONU, vício é questão de saúde, não de polícia. Publicado no jornal Estado de São Paulo e site Google's, Internet.

² Para 27.2.2002 foi anunciada nova lei antitóxicos - Lei n. 10.409/2002, que revogou parcialmente a anterior. O art. 36 da Lei n. 6.368/1976 não foi disciplinado por esta última lei, portanto, não foi revogado.

³ DELMANTO, Celso et alii. Código Penal Comentado. 5ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 583.

⁴ BARBOSA, Marcelo Fortes. Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal. São Paulo: Malheiros, 1993, p.24.

⁵ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 423.

⁶ Ementa do Acórdão TSE n. 233, Relator: Torquato Jardim, publicado no DJU em 17.6.1994, p. 15.759 e na Revista de Jurisprudência do TSE (RJTS) - , Volume 6, Tomo 2, página 14.

Monique von Hertwig Bittencourt. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

Victor José Sebem Ferreira. Juiz Substituto de Segundo Grau do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Mestrando em Ciência Jurídica na UNIVALI - São José.

Publicado na RESENHA ELEITORAL - Nova Série, v. 9, n. 1 (jan./jun. 2002).