

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Liberdade de expressão e propaganda de bebidas alcoólicas. Limites da atuação jurisdicional na restrição a direitos fundamentais

SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. Histórico do caso. 3. Liberdades comunicativas e publicidade. 4. Liberdade de expressão: efeito irradiante e restrições. 4.1. Efeito irradiante. 4.2. Restrições à liberdade de expressão e reserva legal. 5. A suposta revogação. 6. A constitucionalidade do art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9294/96. 6.1. Ponderação legislativa e margem de apreciação. 6.2. O respeito ao precedente firmado pelo STF na ADI nº 1755. 7. Da impossibilidade de extensão de restrição a direito fundamental por decisão aditiva. 8. Resposta aos quesitos.

1. A Consulta

Consulta-me a Associação Brasileira da Indústria da Cerveja - CervBrasil, por intermédio do ilustre advogado e professor Gustavo Binenbojm, a propósito da constitucionalidade da decisão judicial proferida pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento conjunto das apelações interpostas nas ações civis públicas nºs 2008.70.00.013135-1, 5012924-20.2012.404.7200 e 5017742-24.2012.404.7100. Tal decisão, revestida de caráter nacional, estendeu as restrições à propaganda contidas na Lei nº 9.294/96 às bebidas de teor etílico entre 0,5 e 13 graus Gay-Lussac, que não foram contempladas naquele ato normativo.

A Consulente formulou os seguintes quesitos:

(a) A Lei nº 11.705/2008 (Lei Seca) revogou, expressa ou tacitamente, o disposto no art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96, que determinou que, para fins de restrição

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

à publicidade, “*consideram-se bebidas alcoólicas (...) as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay-Lussac*”?

(b) Há inconstitucionalidade, por ação ou omissão, no art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96?

(c) É legítima a extensão, pelo Poder Judiciário, das restrições à propaganda de bebidas alcoólicas contidas na Lei nº 9.294 /96 a hipótese que não foi contemplada pelo legislador – bebidas com teor etílico entre 0,5 e 13 graus Gay-Lussac?

2. Histórico do caso

Para compreender o tema da consulta, é essencial recordar o histórico do presente caso.

A Constituição Federal assegurou as liberdades de expressão e de imprensa e o direito à informação, que, como se verá abaixo, também tutelam a publicidade comercial. O texto constitucional, contudo, previu a competência do legislador federal para instituir restrições à “*propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias*” (art. 220, § 4º).

A Lei nº 9.294/96 regulamentou o referido preceito constitucional, estabelecendo diversas restrições à propaganda dos mencionados produtos. No exercício da sua competência política, o legislador federal determinou que as restrições relativas às bebidas alcoólicas se aplicam apenas àquelas “*com teor alcoólico superior a treze graus Gay-Lussac*” (art. 1º, Parágrafo único).

Em 1997, o Partido Liberal propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1755 contra o referido preceito, alegando que a distinção adotada pela lei entre bebidas com mais ou menos de 13 graus Gay-Lussac seria desarrazoada, frustrando o escopo da Constituição “*de proteger a saúde e garantir a pessoa e a família*”. A pretensão do autor era de que o STF estendesse as restrições contidas na Lei nº 9.294/96 às bebidas com teor etílico inferior ao estipulado pelo legislador.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

O Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 1.755 em 1998,¹ não conhecendo da ação. Em sua decisão, a Corte destacou que a pretensão de estender, pela via judicial, as restrições impostas pela Lei nº 9.294/96 às bebidas com teor alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac seria inviável, pois implicaria em “*atuar este Tribunal como legislador positivo, o que lhe é vedado*”, ressaltando que a matéria deveria “*ser dirimida no âmbito do Congresso Nacional*”.

Em junho de 2008, foi editada a Lei nº 11.705 - conhecida como “Lei Seca” -, que cuidou, basicamente, da segurança no trânsito, tornando mais rigoroso o critério de alcoolemia e instituindo penalidades severas para os condutores de veículos motorizados que dirigirem sob os efeitos do álcool. Em seu artigo 6º, a referida lei estabeleceu: “*Consideram-se bebidas alcoólicas, para os efeitos desta lei, as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac*”.

O Ministério Público Federal ajuizou, entre 2008 e 2012, três diferentes ações civis públicas – nas seções judiciárias do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina - buscando o mesmo resultado que a Suprema Corte denegara: a extensão judicial das restrições à publicidade previstas na Lei nº 9.294/96 às bebidas de teor alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac. As ações propostas perante as seções judiciárias do Paraná e do Rio Grande do Sul foram julgadas improcedentes em 1ª instância, mas a demanda aforada perante a Justiça Federal do Estado de Santa Catarina foi acolhida. Houve interposição de apelações contra as três sentenças, dirigidas ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Antes da apreciação desses recursos, a Procuradoria-Geral da República ajuizou, perante o STF, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 22, a partir da premissa de que estaria caracterizada no caso uma suposta *inconstitucionalidade por omissão parcial*. Postulou-se na ADO nº 22 que fosse reconhecida “*a mora legislativa parcial quanto à regulamentação do art. 220, § 4º, da Constituição, com extensão das normas previstas na Lei nº 9.294/96 a todas as bebidas alcoólicas, independentemente do seu teor de álcool, até que seja superada a lacuna legislativa*”. A ação, distribuída à Ministra Cármen Lúcia, ainda não foi julgada.

¹ ADI 1.775, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 15/10/1998, DJ de 18/05/2001.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

A 4ª Turma do TRF da 4ª Região proferiu julgamento conjunto das apelações acima referidas. A decisão, prolatada em dezembro de 2014, acolheu os pedidos iniciais do Ministério Público Federal, para estender às bebidas de teor etílico entre 0,5 e 13 graus Gay-Lussac todas as restrições à publicidade contidas na Lei nº 9.294/96. A Corte Regional estabeleceu, ainda, “*prazo de 180 dias (cento e oitenta dias), a contar da publicação do acórdão, (...) para a alteração dos critérios a serem seguidos em contratos comerciais que tenham como objeto a propaganda de bebidas alcoólicas*”, e fixou multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia, no caso de descumprimento.

Os dois votos escritos então proferidos – do Relator, Desembargador Federal Luís Alberto Aurvalle, e da Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha² – seguiram linhas argumentativas similares. Ambos afirmaram que o art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 teria sido tacitamente revogado pela Lei nº. 11.705/2008 e por decretos presidenciais que trataram de bebidas alcoólicas. Embora não tenha havido a declaração incidental de inconstitucionalidade do mencionado preceito – competência da Corte Especial daquele tribunal, por força do art. 97 da Constituição -, os dois votos estão pontilhados de passagens em que aludem à suposta incompatibilidade do dispositivo com a Constituição.

A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, em 26 de fevereiro de 2015, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 333 contra a referida decisão do TRF da 4ª Região, alegando que ela ofende diversos preceitos fundamentais da Constituição: os princípios da separação de poderes, da legalidade, da livre iniciativa, bem como as liberdades de expressão e de informação. O processo foi distribuído à Ministra Cármen Lúcia, por dependência à ADO nº 22.

Este é o resumo dos fatos subjacentes à Consulta.

Antes de responder aos quesitos, cumpre assentar duas premissas importantes que serão desenvolvidas abaixo: (a) a publicidade é protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão; e (b) os direitos fundamentais devem exercer influência na

² O Desembargado Federal Cândido Alfredo da Sila Leal Junior, que também participou do julgamento, se limitou a acompanhar o relator, sem apresentar voto escrito ou tecer outras considerações orais durante as sessões.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

interpretação das normas infraconstitucionais, estando as suas restrições, ainda quando expressamente autorizadas pela Constituição, submetidas a uma série de limitações constitucionais – os chamados *limites dos limites*. Firmadas estas premissas, caberá analisar se a limitação à propaganda imposta pela decisão do TRF da 4ª Região satisfaz ou não os requisitos constitucionais que legitimam a restrição a direitos fundamentais.

3. Liberdades Comunicativas e Publicidade

A Constituição de 88 chega a ser redundante na garantia das liberdades de expressão e de imprensa, consagrando-as no art. 5º, incisos IV e IX, e no art. 220. Nossa Lei Fundamental assegura, também, o direito à informação, no seu art. 5º, inciso XIV. O constituinte instituiu regime fortemente protetivo destas liberdades públicas tanto por razões históricas – desejava “virar a página” do regime autoritário, que praticara abertamente a censura e perseguira seus críticos e opositores – como por reconhecer a transcendência destes direitos em uma ordem jurídica democrática. Afinal, é certo que as liberdades comunicativas são essenciais por várias razões³: correspondem a uma dimensão fundamental da autonomia individual e da dignidade humana; são pressupostos inafastáveis para o funcionamento da democracia; configuram mecanismos indispensáveis para a “busca da verdade” em ambientes marcados pelo pluralismo; e viabilizam a proteção de todos os demais direitos humanos.

Não é por outra razão que o STF vem reconhecendo que tais liberdades merecem proteção reforçada em nossa ordem jurídica, em uma série de decisões históricas,⁴ como ocorreu na ADPF 130,⁵ em que se reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa do

³ Sobre os fundamentos e objetivos da liberdade de expressão, veja-se Jónatas E. M. Machado. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 237-292; e Frederick Schauer. *Free Speech: A Philosophical Inquiry*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

⁴ Para um balanço da jurisprudência do STF em matéria de liberdades comunicativas, veja-se Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In: Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 391-448.

⁵ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 06/11/2009.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

regime militar; na ADI 4.451,⁶ em que se liberou o humor contra candidatos no período eleitoral, em emissoras de rádio e televisão; e na ADPF 187,⁷ em que se protegeu o direito à realização da “Marcha da Maconha”, promovida em defesa à legalização do entorpecente. A Corte vem afirmando, com razão, que a liberdade de expressão – que, em sentido lato, abrange também a liberdade de imprensa e o direito à informação - “*é a maior expressão da liberdade*”.⁸

Não há dúvida de que a publicidade comercial está abrangida pelo direito à liberdade de expressão em sentido lato, cujo âmbito de proteção se estende à comunicação de mensagens de qualquer natureza por meios pacíficos. São várias as razões substantivas que justificam esta proteção constitucional à publicidade.⁹ Em primeiro lugar, o acesso à informação comercial, viabilizado pela propaganda não enganosa, é relevante para que as pessoas possam fazer escolhas de consumo melhores e mais conscientes, que podem ser fundamentais em suas vidas.¹⁰ Há, por outro lado, um interesse público neste livre fluxo de informações, pois ele é vital para o adequado funcionamento de uma economia de mercado.

Ademais, a liberdade de expressão se funda na premissa antipaternalista de que o indivíduo tem capacidade de refletir sobre as ideias e informações que recebe para formar as suas próprias convicções, não devendo, por isso, ser tutelado pelo Estado. Tal premissa

⁶ADI nº 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 01/09/2010.

⁷ADPF nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15/06/2011.

⁸ A expressão foi empregada pelo Min. Carlos Britto, no voto que proferiu na ADPF nº 187. Veja-se, a propósito, o instigante artigo de Paulo Murilo Calazans. “A liberdade de expressão como expressão da liberdade”. In: José Ribas Vieira (Org.). *Temas sobre Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹ Veja-se, a propósito, Antonio Rubi i Puig. *Publicidad Comercial y Libertad de Expresión*. Tese de Doutorado apresentada na Universitat Pompeu Fabra, 2007, pp. 193-247.

¹⁰ Cf. Martin H. Redish. “The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression”. *George Washington Law Review*, nº 39, 1971, pp. 429-447.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

se aplica perfeitamente ao campo da publicidade, em que também se deve evitar a atuação paternalista do Estado, em detrimento da autonomia individual.¹¹

Há ainda uma razão instrumental para que se reconheça a proteção da publicidade pela liberdade de expressão. É que, sob o ângulo institucional, a liberdade de expressão apenas se realiza em ambiente em que exista uma imprensa livre das pressões do Estado. Ora, a publicidade é o principal meio de financiamento dos veículos privados de comunicação social – especialmente das rádios e televisões abertas, que são obrigatoriamente gratuitas. Assim, a liberdade para a publicidade é vital para viabilizar o funcionamento de uma imprensa livre,¹² sem a qual não há verdadeira democracia.

Não bastasse, a interpretação sistemática da Constituição de 88 também induz à mesma conclusão. Com efeito, a Carta autorizou as restrições à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas etc, no art. 220, § 4º, ou seja, em um dispositivo constitucional inteiramente voltado à disciplina das liberdades de expressão e de imprensa. Daí se conclui que a propaganda desses produtos – e, *a fortiori*, também de outros bens e serviços – se insere no âmbito de proteção dessas liberdades.

É certo que existem algumas diferenças entre o regime constitucional da liberdade de expressão política e o da publicidade comercial. Seria manifestamente inconstitucional, por exemplo, impedir a divulgação de certas ideias políticas heterodoxas, sob o argumento de que não são verdadeiras. Mas ninguém questiona a validade da proibição da propaganda enganosa (Código de Defesa do Consumidor, art. 37). Essa diferença, todavia, não se estende ao regime das restrições a este direito fundamental.

A proteção da publicidade pela liberdade de expressão é amplamente reconhecida no Direito Comparado. A Suprema Corte norte-americana firmou esta orientação no caso

¹¹ Neste sentido, veja-se Robert C. Post. “The Constitutional Status of Commercial Speech”. *UCLA Law Review*, n. 48, 2000.

¹² Nesta linha, cf. William. E. Francois. *Mass Media Law and Regulation*. 6ª ed., Prospect Heights, 1994, p. 451.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council,¹³ e a vem observando desde então.¹⁴ No mesmo sentido, manifestaram-se, dentre outros tribunais, a Suprema Corte do Canadá¹⁵ e a Corte Europeia de Direitos Humanos.¹⁶

Essa é também a orientação predominante na doutrina. Neste sentido aponta o autorizado magistério de Luís Roberto Barroso:

*“Publicidade – ou propaganda, termos empregados aqui como sinônimos – é indisputavelmente uma forma de comunicação social, estando expressamente prevista pelo dispositivo constitucional. Envolve ela, aliás, os quatro elementos contemplados no caput do art. 220: pensamento, criação, expressão e informação. Os três primeiros exprimem direitos subjetivos individuais, mas a informação tem caráter transindividual, sendo um interesse titularizado por toda a sociedade.”*¹⁷

¹³ 425 U.S. 748 (1976). Neste importante precedente, a Suprema Corte norte-americana registrou: “*Em geral, a sociedade também tem um forte interesse na livre circulação de informação comercial (...) A publicidade, ainda que de mau gosto ou excessiva como às vezes é, constitui, de todo modo, disseminação de informação sobre quem está produzindo e vendendo que produto, por que razão e preço. Enquanto nós preservarmos uma economia predominantemente de mercado, a alocação dos nossos recursos em grande medida será feita por meio de numerosas decisões econômicas privadas. É matéria de interesse público que estas decisões, no agregado, sejam inteligentes e bem informadas. Para este fim, o livre fluxo de informação comercial é essencial*”.

¹⁴No seu último julgado sobre a questão, *Sorrell v. IMS Health Inc.*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, depois de ressaltar que “*a propaganda farmacêutica é uma forma de expressão protegida pela liberdade de expressão da Primeira Emenda*”, enfatizou: “*Aqueles que buscam censurar ou restringir a liberdade de expressão frequentemente afirmam que o discurso desfavorecido tem efeitos adversos. Mas o medo de que as pessoas possam tomar decisões ruins se receberem informações verdadeiras não pode justificar restrições de conteúdo no discurso*” (564 U.S. 1 (2011)).

¹⁵ *Ford v. A-G of Quebec* (1988) 2 SCR 712; *Irwin Toy v. Attorney General of Quebec* (1989) 1 SCR 927.

¹⁶ Caso *Casado Coca v. Spain*, Application 1540/89, julgamento em 24/02/1990.

¹⁷ Luís Roberto Barroso. “Liberdade de Expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 251-252. Na mesma linha, “Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 235-278.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Na mesma linha as lições, dentre outros, de Jónatas E. M. Machado,¹⁸ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira,¹⁹ Clémerson Merlin Clève²⁰, Tércio Sampaio Ferraz,²¹ Gustavo Binenbojm,²² Alexandre Santos de Aragão,²³ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²⁴ e do próprio signatário.²⁵ Até Virgílio Afonso da Silva, em parecer oferecido em *desfavor* da propaganda comercial de cigarros, reconheceu que a liberdade de expressão compreende o direito à realização de propaganda comercial.²⁶

Além de tutelada pela liberdade de expressão em sentido amplo, a publicidade comercial, como atividade econômica lícita, é amparada também pelo princípio constitucional da livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*, CF). Aliás, numa sociedade massificada e de consumo como a brasileira, a propaganda representa elemento fundamental para o desempenho da maior parte das atividades de conteúdo econômico.

¹⁸ Jónatas E. M. Machado. *Liberdade de Expressão; dimensões constitucionais da esfera pública*. *Op. cit.*, pp. 435-471.

¹⁹ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol I., 4ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 572.

²⁰ Clémerson Merlin Clève. “Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial”. In: Daniel Sarmiento e Flávio Galdino. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 205-267.

²¹ Tércio Sampaio Ferraz Junior. “As propagandas de produtos submetidos às restrições do art. 220 § 4º da Constituição Federal”. In: *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007.

²² Gustavo Binenbojm. “Liberdade de Expressão Comercial e a Proibição da Propaganda de Cigarros no Brasil”. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 473-504.

²³ Alexandre Santos de Aragão. “Liberdade de Expressão Comercial”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 6, 2006.

²⁴ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *Direito à Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 68.

²⁵ Daniel Sarmiento. “Art. 5º, inciso IX”. In: J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 274-275.

²⁶ Virgílio Afonso da Silva. Parecer proferido para a Aliança de Controle ao Tabagismo, acessível em www.actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf: “*existe, sim, um direito à propaganda, que, por sua vez inclui o direito à propaganda de produtos derivados do tabaco. Esse direito pode ser fundamentado por meio das normas constitucionais contidas no art. 5º, IV (liberdade de expressão) e IX (liberdade de comunicação) e no art. 220 (liberdade de imprensa)*” (p. 9).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Assim, assentada a premissa de que a liberdade de expressão *lato sensu* abrange a publicidade comercial, cumpre verificar quais as consequências deste dado para a análise da constitucionalidade das restrições impostas à propaganda de bebidas etílicas por decisão judicial. É o que se fará no próximo item.

4. Liberdade de Expressão: efeito irradiante e restrições

4.1. Efeito irradiante

A liberdade de expressão em sentido amplo possui, como os demais direitos fundamentais, uma dupla dimensão. Na sua dimensão subjetiva ela é, antes de tudo, um direito negativo, que protege os seus titulares de ações restritivas do Estado ou de terceiros. Já a dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que, além de direito fundamental, esta liberdade representa um bem jurídico extremamente importante para as sociedades democráticas, que deve ser protegido e promovido.²⁷

A dimensão objetiva da liberdade de expressão impõe, dentre outras consequências, a *irradiação* deste direito pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, a liberdade de expressão deve ser um elemento relevante no processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral – inclusive daquelas que estabelecem restrições a tal direito fundamental.

Esta é uma construção teórica extremamente importante, originária do Direito Constitucional alemão, mas amplamente reconhecida pela doutrina nacional.²⁸ Ela foi desenvolvida pela primeira vez no famoso caso *Lüth*, decidido pela Corte Constitucional

²⁷ Cf. Edilson Farias. *Liberdade de Expressão e Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 68 e ss; e Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 302-310.

²⁸ Veja-se, *e.g.*, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mittidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 295-299; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 255-258; Daniel Sarmento. “Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria”. In: José Adércio Leite Sampaio. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 251-314.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

germânica em 1958, em julgamento em que se discutiu a constitucionalidade de decisão judicial que, com base em norma geral do Código Civil alemão, proibira uma campanha de boicote contra um filme de um diretor que fora simpatizante do nazismo. O Tribunal Constitucional alemão reformou a decisão, pois entendeu que ela não dera o devido peso à liberdade de expressão na aplicação do direito infraconstitucional. Na célebre decisão, consignou-se:

“(...) a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. A sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores objetivos e esta ordem fortalece o poder efetivo dos direitos fundamentais. Este sistema de valores (...) serve como metro para medição e controle nas áreas da legislação, administração e jurisdição.(...) O direito fundamental à liberdade de expressão é a mais imediata encarnação da personalidade humana vivendo em sociedade, é um dos direitos humanos mais nobres (...) As cortes devem avaliar os efeitos das leis que limitam o direito fundamental à luz da importância deste direito (...) Numa democracia, este processo de interpretação deve partir da premissa da fundamentalidade da liberdade de expressão em todas as esferas (...) Os tribunais não devem ver a relação entre direitos fundamentais e leis gerais como de uma restrição unilateral (...) Ao contrário, existe um efeito recíproco.(...) As leis podem restringir o direito fundamental, mas, por outro lado, estas leis devem ser interpretadas à luz do significado axiológico deste direito fundamental numa sociedade livre e democrática, de modo que qualquer efeito restritivo da lei sobre o direito deve também ser limitado.”²⁹

Este é um ponto importante no presente caso, uma vez que, como se verá adiante, a decisão do TRF da 4 Região *não atribuiu peso algum* à liberdade de expressão na interpretação da legislação infraconstitucional. Ela se voltou exclusivamente para a tutela da saúde, como se a liberdade de expressão em sentido lato fosse absolutamente irrelevante para o equacionamento da controvérsia. Com isso, a decisão afrontou o sistema de valores em que se assenta a Constituição Federal, que atribui grande relevo a este direito fundamental.

²⁹ 7 BVerfGE 198 (1958).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

4.2. Restrições à liberdade de expressão e reserva legal

Como praticamente todos os direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser eventualmente restringida em favor da tutela de outros bens jurídicos de estatura constitucional. E a Constituição é expressa, no art. 220, § 4º, ao autorizar esta restrição no que concerne à propaganda de bebidas alcoólicas³⁰.

Ocorre que, mesmo nessas hipóteses de restrições a direitos fundamentais expressamente autorizadas pela Constituição, a validade da medida restritiva é condicionada à observância de uma série de requisitos formais e materiais.³¹ Dentre eles, figuram (a) a reserva de lei formal, que deve ser clara, geral e não retroativa; (b) a observância do princípio da proporcionalidade na sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e (c) o respeito ao núcleo essencial do direito restringido. No presente caso, interessa examinar mais detidamente a questão da reserva legal.

A exigência de que apenas a lei, devidamente aprovada pelo Poder Legislativo competente, crie normas restritivas de direitos fundamentais é inquestionável.³² No caso da publicidade das bebidas alcoólicas, além de se fundar na principiologia constitucional, tal imposição também decorre de expressa determinação do constituinte, que atribuiu ao

³⁰ As restrições legítimas a direitos fundamentais sempre têm fundamento na Constituição: podem já estar contidas na Lei Fundamental, podem ser *expressamente* autorizadas por ela, ou podem decorrer *implicitamente* dos seus comandos.

³¹ Veja-se, a propósito, Gilmar Ferreira Mendes. “Os limites dos limites”. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 241-314; Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 126-182; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 297-384. Wilson Antônio Steinmetz. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³² Cf. Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, pp. 301-309; J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 412-414.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

legislador federal a competência para disciplinar a matéria (art. 22, XXIX, e art. 220, § 3º, inciso II, e § 4º, CF).³³

É certo que, na contemporaneidade, não se enxerga mais o princípio da legalidade com as lentes ortodoxas do passado. Uma série de mudanças ocorridas nas relações sociais vem levando a que os poderes Executivo e Judiciário absorvam uma parcela das faculdades normativas que eram tradicionalmente monopolizadas pelos parlamentos. Contudo, em certos temas especialmente sensíveis continua a vigorar a reserva de lei formal. Uma destas áreas é exatamente a instituição de restrições a direitos fundamentais.³⁴

É verdade que o Poder Judiciário pode, em casos concretos que envolvam colisões entre normas constitucionais, impor restrições a direitos, mediante um juízo de ponderação, calcado no princípio da proporcionalidade.³⁵ Porém, só pode fazê-lo legitimamente quando inexistir disciplina legal regulando o conflito em questão, ou quando essa se afigurar inconstitucional, o que tem de ser devidamente demonstrado. Em hipótese alguma podem os magistrados formular normas gerais que representem limitações a direitos fundamentais, haja vista o regime de reserva legal a que se submetem as suas restrições.

São vários os fundamentos para a reserva legal. Em primeiro lugar, esta é uma exigência da democracia: considera-se que a decisão tão grave de restringir um direito fundamental só pode ser tomada pelos representantes eleitos pelo próprio povo, através de um amplo processo deliberativo pautado pelo pluralismo, como o que caracteriza a elaboração das leis. Não bastasse, trata-se também de uma imposição do Estado de

³³ Na mesma linha, Luís Roberto Barroso salientou que apenas a lei formal pode impor restrições à publicidade comercial. (In: “Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade das restrições à publicidade de refrigerantes e sucos”. *Op. cit.*, pp. 246-256).

³⁴ Cf. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 297-298.

³⁵ Veja-se, a propósito, Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; Daniel Sarmiento. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. *Op. cit.*; e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Direito, que pressupõe que as restrições a direitos sejam formuladas de modo geral e abstrato “*por órgão que não se encarrega, ele próprio, da aplicação das respectivas normas*”³⁶. Assim, assegura-se a isonomia e protege-se o particular do arbítrio estatal e da insegurança jurídica.³⁷

Portanto, tratando-se de restrição a um direito, a vontade do legislador – ao contrário do que afirmou o acórdão do TRF da 4ª Região – é, sim, extremamente relevante. É que só o legislador detém a autoridade – e ainda assim, limitada – para editar normas restritivas de direitos fundamentais, e não a Administração Pública ou o Poder Judiciário.

Tal exigência não foi observada no caso, pois a restrição à publicidade de bebidas de teor alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac não consta na Lei nº 9.294/96, nem tampouco na Lei nº 11.705/2008. Em relação a este último ato normativo, além de a restrição não figurar expressamente no diploma, há mais: a possibilidade foi considerada e expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional durante o processo legislativo, como foi admitido pelo próprio acórdão do TRF da 4ª Região.

Com efeito, a Lei Seca modificou expressamente a Lei nº 9.294/96 em um único ponto: acrescentou um preceito àquele ato normativo, determinando que os locais em que se vende bebidas alcoólicas devem afixar advertência de que é crime dirigir sob a influência do álcool (art. 7º). Daí se conclui que o legislador não “se esqueceu” do art. 1º, Parágrafo único, do mesmo diploma, mas optou conscientemente por não alterá-lo.

Esta conclusão é corroborada pela análise do processo legislativo da Lei nº 11.795/2008. Houve apresentação de uma emenda parlamentar ao projeto de conversão em lei da MP nº 415 - que resultou na citada lei - que pretendia, exatamente, estender as

³⁶ Jorge Reis Novais. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 832.

³⁷ Como assinalou Luís Roberto Barroso, a “*lei é também um instrumento de segurança jurídica dos indivíduos, pelo qual é possível assegurar a previsibilidade das condutas. Diante da lei, o indivíduo poderá (e deverá) saber, de forma clara e pública, quais são os seus deveres e em especial as obrigações que lhe são exigidas. Esta é uma garantia elementar do Estado de direito*” (“Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade das restrições à publicidade de refrigerantes e sucos”. *Op. cit.*, p. 252).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

restrições à propaganda às bebidas com nível alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac. E essa emenda – a emenda nº 43 – foi **rejeitada** pelo Congresso Nacional.

E não é só. As normas restritivas de direitos fundamentais, além de contidas em lei formal, têm de ser claras e inequívocas, para gerar segurança jurídica para os seus titulares e reduzir o arbítrio dos seus aplicadores. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “*o princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem*”³⁸. Esta exigência se afigura especialmente importante no campo das liberdades comunicativas.³⁹ A Relatoria Especial sobre liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos enfatizou o ponto, com inteira propriedade:

*“Toda limitação à liberdade de expressão deve se encontrar estabelecida de forma prévia e de maneira expressa, taxativa, precisa e clara em uma lei tanto em sentido formal quanto material. (...) As leis que estabelecem as limitações à liberdade de expressão devem estar redigidas nos termos mais claros e precisos possível, já que o marco legal deve prover segurança jurídica aos cidadãos.”*⁴⁰

Ora, a tese sustentada pelo acórdão do TRF da 4ª Região é no sentido de que a restrição à propaganda de bebidas alcoólicas de teor etílico inferior a 13 graus Gay-Lussac

³⁸ Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 35-36. Na mesma linha, ressaltou Jorge Reis Novais: “*A determinabilidade das restrições – incluindo, como diz, entre nós, Gomes Canotilho, a exigência de clareza das normas legais e a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal – é, em primeiro lugar, um fator de garantia da proteção da confiança e da segurança jurídica, uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente os próprios planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de ação que lhe está garantida, o que pode legitimamente esperar das eventuais intervenções do Estado na esfera pessoal*” (*As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. *Op. cit.*, p. 770).

³⁹ Cf. Jónatas E. M. Machado. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. *Op. cit.*, pp. 720-723.

⁴⁰ Relatoria Especial para la Libertad de Expresión – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco Jurídico sobre el Derecho a la Libertad de Expresión.*, 2009, pp. 24/25, acessível em <http://www.cidh.org/relatoria>.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

decorreria da Lei nº 11.705/2008 e de decretos presidenciais, que teriam revogado tacitamente o art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96. Porém, tal restrição não está contemplada em nenhum texto legal. Mesmo a Procuradoria-Geral da República, que se insurgiu contra art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96, partiu da premissa de que o referido preceito não fora revogado – tanto assim que ajuizou a ADO nº 22, afirmando que tal dispositivo incidiria em suposta inconstitucionalidade por omissão parcial.

Na verdade, o reconhecimento da pretensa revogação do art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 só é alcançado por meio de um verdadeiro *malabarismo hermenêutico*. O malabarismo, como se verá no próximo item, não se sustenta. Mas, ainda que assim não se entenda, uma conclusão parece inequívoca: a suposta restrição à propaganda de bebidas com teor alcoólico inferir a 13 graus Gay-Lussac é tudo menos *clara*. Ela *não* está expressa em nenhum dispositivo legal, *não* foi desejada pelo legislador, e *não* resulta do cotejo entre a Lei nº 11.705/2008 e a Lei nº 9.294/96.

Portanto, a restrição em causa não satisfaz o requisito da reserva legal. *A uma*, porque não foi instituída por lei, mas construída por artificiosa decisão judicial. *A duas*, porque, ainda que assim não fosse, faltaria a necessária *clareza* à restrição, pelas razões já apontadas, que ficarão ainda mais evidentes após a leitura do próximo item.

5. A suposta revogação

Como já ressaltado, o acórdão proferido pela 4ª Turma do TRF da 4ª Região afirmou que a regra do art.1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 teria sido tacitamente revogada pela Lei Seca e por decretos federais que trataram de bebidas alcoólicas. A tese, porém, não se sustenta.

A revogação, como se sabe, é instituto que operacionaliza o critério cronológico de resolução de antinomias jurídicas. O critério cronológico (*lex posterior*), porém, jamais se sobrepõe ao critério hierárquico (*lex superior*), que tem absoluta primazia em relação

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

a ele.⁴¹ Daí porque, não se cogita da revogação de norma de hierarquia superior por outra de mais baixo patamar, já que, nesta hipótese, se aplica o critério hierárquico, que conduz à prevalência da primeira. Portanto, deve-se descartar liminarmente a possibilidade, cogitada pelo acórdão, de revogação de preceito da Lei nº 9.294/96 por dispositivos contidos em decretos federais, haja vista a superioridade hierárquica da lei em relação aos mesmos. Resta, assim, analisar se teria ocorrido a revogação do art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 pela Lei nº 11.705/2008.

De acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a “*lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*”. Conforme a sistematização de José de Oliveira Ascensão, tal dispositivo alude a três modalidades de revogação: a expressa ou por declaração; a tácita ou por incompatibilidade; e a global ou por substituição.⁴² A primeira e terceira hipóteses são claramente inaplicáveis: a Lei nº 11.705/2008 não revogou expressamente o mencionado preceito da Lei nº 9.294/96, nem tratou globalmente da matéria nele versada – restrição à publicidade de bebidas alcoólicas. Cumpre, então, examinar a segunda hipótese, de revogação tácita.

A revogação tácita ocorre quando existe contradição entre a nova lei e a anterior. O imperativo de conservação do ordenamento⁴³ e a proteção à segurança jurídica levam a doutrina a apontar a excepcionalidade da revogação tácita. Se não houve revogação expressa – sempre preferível -, é dever do intérprete buscar a conciliação possível entre as normas em aparente tensão. Só se deve reconhecer a revogação tácita quando o

⁴¹ Cf. Norberto Bobbio. *Teoria General del Derecho*. Trad. Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, pp. 214-215; Alf Ross. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini, 2ª ed., São Paulo: Edipro, p. 161.

⁴² José de Oliveira Ascensão. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 28-29.

⁴³ Sobre este imperativo em matéria de resolução de antinomias, Bobbio destacou: “*O jurista e o juiz tendem, enquanto lhes é possível, à conservação das normas dadas. É certamente uma regra tradicional de interpretação jurídica de que o sistema deve ser obtido com a menor desordem, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve atuar em prejuízo do princípio de autoridade, segundo o qual as normas adquirem existência pelo fato de serem promulgadas*” (*Op. cit.*, p. 212).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

convívio entre a norma anterior e a posterior não for viável. É o que ressaltou Carlos Maximiliano, em obra clássica:

*“É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada um. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga (...) Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões não se presume; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra (...) as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos.”*⁴⁴

Tal posição é incontroversa. Como consignou Serpa Lopes, *“a revogação tácita ou indireta não se presume; para que uma lei nova se repute revogadora da anterior cumpre esbater-se uma incompatibilidade ou contrariedade formal e absoluta”*⁴⁵. No mesmo sentido, destacou Vicente Ráo que *“sendo duvidosa a incompatibilidade, as duas leis deverão ser interpretadas por modo a fazer cessar a antinomia, pois as leis não se revogam por presunção”*.⁴⁶

Será que existe realmente uma incompatibilidade invencível entre a Lei nº 11.705/2008 e o art. 1º, Parágrafo único, da Lei 9.294/96? A resposta é claramente negativa. As leis em questão têm campos de incidência distintos – uma trata da segurança no trânsito e a outra de restrições a propaganda, o que basta para afastar a colisão.

Com efeito, nenhuma das normas em questão quis estabelecer definição jurídica universal para bebida alcoólica. Elas tão somente precisaram os respectivos campos de incidência. Isso se evidencia pela redação, neste ponto idêntica, tanto do art. 1º, Parágrafo único, Lei nº 9.294/96, como do art. 6º da Lei da Lei nº 11.705/2008 - *“consideram-se*

⁴⁴ Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 356-358.

⁴⁵ Miguel Maria de Serpa Lopes. *Comentário Teórico e Prática à Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol I., Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1943, p. 60.

⁴⁶ Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 342.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

bebidas alcoólicas, para os efeitos desta lei (...)". Os preceitos não são, portanto, incompatíveis, pois tratam de matérias diversas.

Esta situação nem é tão incomum. Nem sempre o legislador utiliza a terminologia que emprega de forma uniforme, no tratamento de diferentes questões. O fenômeno foi analisado com acuidade por Karl English:

“Contradições de técnica legislativa – Estas consistem, na verdade, numa falta de uniformidade da terminologia adoptada pela lei. Assim, por exemplo, o conceito de funcionário público no Direito Público não é idêntico ao conceito de funcionário em Direito Penal. (...) Fala-se aqui de uma ‘relatividade dos conceitos jurídicos’ (...) que recebem o seu conteúdo e alcance do contexto em que, em cada caso, se inserem, especialmente do contexto normativo e axiológico. (...) Mas esta ‘relativização do dogma’ da unidade e da coerência (ausência de contradições) não afecta propriamente a substância do Direito.”⁴⁷

Ademais, a constelação de valores presente em cada caso é substancialmente diferente. É razoável que o legislador seja mais severo ao tratar do consumo de álcool por condutores de veículos motorizados do que ao cuidar da publicidade. No caso da propaganda comercial, por outro lado, o legislador *estava obrigado* a levar em consideração – e a atribuir um peso significativo – às liberdades comunicativas, e estas não teriam porque figurar na equação legislativa subjacente à disciplina da segurança no trânsito. Estas diferenças revelam que sequer existe uma tensão axiológica entre as disciplinas legais constantes nas Leis nº 9.294/96 e 11.705/2008.

Não bastasse, há um argumento adicional: a inequívoca vontade do Congresso Nacional de **não** revogar o art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96-lo, por ocasião da edição da Lei nº 11.795/2008, já destacada acima. Ao contrário do que afirmou a decisão do TRF da 4ª Região, a intenção do legislador neste caso se afigura bastante importante, tendo em vista que a *reserva legal* em matéria de restrição de direito fundamental é

⁴⁷ Karl English. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 8ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 311-312.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

francamente incompatível com a instituição de limitação à liberdade de expressão à *revelia da vontade* do Congresso Nacional.

Por todas estas razões, conclui-se que não ocorreu a revogação do art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96.

6. A Constitucionalidade do art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96

6.1. Ponderação legislativa e margem de apreciação

Numa democracia, a primazia para a ponderação de interesses constitucionais conflitantes é do legislador.⁴⁸ Ao regular, por exemplo, algum setor da economia, o legislador pondera a livre iniciativa com outros princípios, como o da proteção ao consumidor. Ao estabelecer o prazo para contestação no processo civil, o parlamento pondera a ampla defesa com a duração razoável do processo. Em conflitos principiológicos desta natureza, não se extrai, no mais das vezes, uma resposta única da Constituição. Por isso, o Poder Legislativo realiza a ponderação, dentro de uma margem de escolha política e técnica emoldurada pela Lei Maior, no interior da qual as suas opções são legítimas.

Neste cenário, não cabe ao Poder Judiciário substituir as valorações do legislador pelas suas, mas tão somente invalidar aquelas que desbordarem claramente dos limites fixados pela Constituição. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “*onde tiver havido*

⁴⁸ Cf. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 575 ss; Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 178-179; Daniel Sarmento. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 113-116. Nessa obra, consignei: “(...) a ponderação de interesses na aplicação das normas constitucionais exacerba o risco de invasão, pelo Judiciário, do campo de discricionariedade inerente à atividade legislativa. Através da ponderação, juízes, que não são eleitos, podem tentar impor as suas opções políticas e ideológicas em detrimento daquelas realizadas pelos representantes do povo. (...) Assim, se o legislador já houver empreendido a ponderação, esta deve ser observada pelo Judiciário na resolução do caso concreto, a não ser que se revele arbitrária ou contrária à axiologia constitucional. Na análise desta conformidade entre a ponderação subjacente ao ato normativo e a Constituição, o órgão jurisdicional deve assumir uma postura prudente e parcimoniosa, pautada pelo respeito devido às emanações da vontade popular.” (pp. 114 e 116)

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

*manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente”.*⁴⁹

Tais considerações, que são válidas no plano da teoria geral da Constituição, aplicam-se perfeitamente ao caso. Na disciplina da questão da propaganda comercial de bebidas, o legislador tinha que considerar tanto as liberdades comunicativas e a livre iniciativa como o direito fundamental à saúde. Não podia restringir em excesso a publicidade, sob pena de violar as primeiras. Mas tampouco podia se omitir na definição de restrições mínimas à propaganda, sob o risco de afronta ao segundo. Havia, porém, um campo de livre conformação legislativa, em cujo interior lhe competia decidir, como fez o Congresso Nacional, ao editar a Lei nº 9.294/96.

Foi isto o que reconheceu o STF no julgamento da ADI 1755, ao afirmar que a eventual extensão da restrição à publicidade às bebidas de teor alcoólico mais baixo é “*matéria para ser decidida no âmbito do Congresso Nacional*” (ementa), e ao destacar que “*o legislador será juiz das restrições que estabelecer*” (voto do Ministro Sepúlveda Pertente).

A ideia de que o legislador desfruta de um espaço de livre conformação na ponderação, que não pode ser amputado pelo Poder Judiciário, tem fundamento, em primeiro lugar, no princípio democrático. Se não é possível extrair da Constituição uma resposta pronta e acabada para certos problemas sociais que envolvem simultaneamente diversos princípios constitucionais colidentes, deve-se reconhecer a liberdade do legislador para equacionar a questão, decorrente do seu mandato conquistado nas urnas.⁵⁰ A democracia demanda que, diante de várias opções constitucionalmente possíveis para a resolução de uma tensão entre princípios, prevaleça aquela que foi escolhida pelos representantes do povo, e não a que seja preferida por magistrados não eleitos.

⁴⁹Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 393.

⁵⁰ Robert Alexy denominou esta margem de escolha de “discricionariedade estrutural”, que ele desdobrou em “discricionariedade para definição de objetivos”, “discricionariedade para escolha de meios” e “discricionariedade para sopesar”. Veja-se, a propósito, Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, pp. 584-612.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Tal ideia resulta também do reconhecimento de que o legislador tem, em regra, melhores condições para avaliar as premissas empíricas subjacentes à realidade fática regulada, e para fazer prognósticos sobre as consequências dos diferentes cursos de ação disponíveis.⁵¹ O Poder Judiciário não possui, no mais das vezes, a *expertise* necessária para proceder às complexas avaliações de natureza extrajurídica que tais atividades demandam. Ademais, o processo judicial não é o ambiente institucional mais adequado para este tipo de tarefa, por não propiciar o acesso a toda a gama de informações e de *inputs* que costumam vir à baila no âmbito do processo legislativo.⁵² Este déficit de capacidade institucional do Judiciário⁵³ é justificativa adicional para que se atribua ao legislador uma margem de liberdade na realização de ponderações,⁵⁴ e para que se prescreva uma postura autocontida das cortes judiciais na fiscalização das escolhas regulatórias empreendidas pelo Legislativo.⁵⁵

Todas estas considerações são pertinentes ao caso. Existiam diversas possibilidades para a concretização do disposto no art. 220, § 4º, da Constituição, resultantes tanto da *abertura estrutural* da Lei Maior em relação à tensão potencial entre liberdade de expressão e direito à saúde, como da *incerteza epistêmica sobre variáveis empíricas*, notadamente as atinentes aos efeitos sobre a saúde da população da propaganda não enganosa de bebidas de baixo teor etílico,⁵⁶ cujo consumo moderado

⁵¹ Veja-se, a propósito, Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino. “O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem único do Fiador em Contratos de Locação: Limites à Revisão Judicial de Diagnósticos e prognósticos Legislativos”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 997-1017.

⁵² Veja-se, a propósito, Dieter Grimm. “Jurisdição Constitucional e Democracia”. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, 2006, pp. 18-20; e Lon L. Fuller. “The Forms and Limits of Adjudication”. *Harvard Law Review*, nº 92, 1978, pp. 394-397.

⁵³ Sobre a consideração das capacidades institucionais no campo da hermenêutica jurídica, veja-se Cass Sunstein e Adrian Vermeulle. “Interpretations and Institutions”. *Michigan Law Review*, vol. 101, nº 4, 2003.

⁵⁴ Robert Alexy denominou esta margem de escolha no campo empírico de “discricionariedade cognitiva empírica”. Trata-se, na sua concepção, de modalidade de uma categoria mais ampla, que ele denominou de “discricionariedade epistêmica”, que é ligada à incerteza do conhecimento. (*Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit.*, pp. 623-627).

⁵⁵ Cf. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 462-463.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

pode até fazer bem.⁵⁷ O legislador, no legítimo exercício da sua competência constitucional, optou por uma dessas possibilidades, depois de sopesar tanto a proteção à saúde como a liberdade de expressão. Os princípios da separação de poderes e da democracia postulam que tal decisão seja respeitada pela jurisdição, que não pode, no desempenho das suas funções, amesquinhar o espaço de deliberação e escolha, que cabe ao Parlamento numa democracia constitucional.

Ademais, a *ratio* em que se baseou o legislador é razoável e até intuitiva: se o consumo imoderado do álcool faz mal à saúde, justifica-se um tratamento legislativo mais rigoroso em relação à publicidade daquelas bebidas que possuem um teor etílico mais elevado, pois elas têm potencialidade de atingir mais gravemente o referido bem jurídico. O intérprete judicial pode até discordar desta solução legislativa; pode, por exemplo, preferir outra mais rigorosa e antiliberal, como parece ser o caso dos eminentes magistrados do TRF da 4ª Região. Porém, não pode substituir o juízo do legislador pelo seu, pois carece de competência constitucional e de legitimação democrática para tanto.

Não bastasse, é certo que a inaplicabilidade das restrições contidas da Lei nº 9.294/96 à publicidade de bebidas com teor alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac *não importa* na ausência de limitações normativas a estas propagandas. A elas se aplica a proibição constante no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, a “*toda publicidade enganosa ou abusiva*”. Assim, se uma propaganda de cerveja induzir o consumidor a pensar que o seu consumo imoderado não prejudica a saúde, ou que a bebida é apropriada

⁵⁶ Não há consenso sobre a influência que as restrições à propaganda exercem sobre o consumo. Neste sentido, Luís Roberto Barroso, em estudo relativo à publicidade de cigarros, registrou que “*é pelo menos controvertida a ideia de que a proibição da propaganda tem impacto importante sobre o consumo*”, trazendo a colação uma série de estudos empíricos e pesquisas de opinião nesta direção (“Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Op. cit.*, pp. 267-268).

⁵⁷ Este aspecto foi considerado pelo legislador, como se vê na justificação do respectivo projeto: “*Os produtos alcoólicos completam o elenco daqueles sujeitos à propaganda com restrições. Aqui, as nuances são evidentes: não há dúvida de que a sua ingestão moderada pode até ser estimulada. Ao que parece, o álcool, em pequena quantidade, pode até ser benéfico à saúde, diminuindo a formação das chamadas lipoproteínas de alta densidade e contribuindo para reduzir o risco de infarto do miocárdio. Além disso, desde tempos imemoriais, o vinho acompanha o homem e, ainda hoje, é produto alimentício cotidiano em diversos países da Europa. De outro lado, o abuso no consumo de bebida forte, destilada acima de 40% em volume, tem constituído grave problema em quase todo o mundo. Assim, há que, desde logo, distinguir-se a bebida leve da bebida forte*”.

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

para adolescentes, ela será ilegal. Se a publicidade voltar-se à captação de público incapaz, ela afrontará a lei. Além das restrições legais, tais propagandas ainda se sujeitam àquelas decorrentes da autorregulação realizada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, que tratou extensamente da questão, no art. 44, anexos “a” e “p”, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.⁵⁸ Não faltam, portanto, restrições jurídicas à propaganda das bebidas de teor alcoólico mais baixo, suficientes à proteção da saúde do consumidor.

Na verdade, o equívoco da decisão do TRF da 4ª Região resultou em parte de uma compreensão incorreta dos princípios constitucionais em jogo. A Corte Regional nem tentou escamotear que desprezou o peso das liberdades comunicativas para o equacionamento da questão. Tanto assim que caracterizou o interesse constitucional na preservação dessas liberdades, indiscutivelmente presente no caso, como mera “*proteção ao setor econômico e aos interesses privados dos ramos ligados à indústria de bebidas alcoólicas*” (voto do Relator). E ainda destacou - traindo a sua pré-compreensão sobre o tema, flagrantemente incompatível com a Constituição -, que o norte a ser perseguido na matéria seria “*o banimento total da publicidade de bebidas alcoólicas (...) e não apenas a restrição de horários*”, o que constituiria, nas suas palavras, uma “*tendência mundial que não admite retrocesso*”, “*uma questão de tempo*” (votos do Relator e da Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha).

Porém, como já se destacou, a *eficácia irradiante* da liberdade de expressão impõe que tal direito seja considerado pelos três poderes do Estado, no desempenho das suas competências. No caso, o legislador “levou a sério” a liberdade de expressão ao normatizar a propaganda de bebidas alcoólicas, ponderando-a com a tutela da saúde. Infelizmente, o mesmo não ocorreu no acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, como os trechos acima destacados evidenciam.

⁵⁸ São significativas as restrições impostas ao CONAR à propaganda de cerveja e vinho, dentre as quais a vedação de que tenha como público-alvo crianças e adolescentes, a proibição de que haja indução ao consumo imoderado ou irresponsável e a obrigação de uso de “cláusula de advertência”. O detalhado texto das restrições está disponível em www.conar.org.br.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

6.2. O respeito ao precedente firmado pelo STF na ADI nº 1755

Como já ressaltado, o STF apreciou e refutou a alegação de inconstitucionalidade do art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96, no julgamento da ADI nº 1755. A ementa do julgado não poderia ser mais clara:

“CONSTITUCIONAL. LEI FEDERAL. RESTRIÇÕES AO USO E À PROPAGANDA DE PRODUTOS FUMÍGENOS, BEBIDAS ALCOÓLICAS, ETC. IMPUGNAÇÃO DO DISPOSITIVO QUE DEFINE O QUE É BEBIDA ALCOÓLICA PARA FINS DE PROPAGANDA. ALEGADA DISCRIMINAÇÃO LEGAL QUANTO ÀS BEBIDAS COM TEOR ALCOÓLICO INFERIOR À TREZE GRAUS GAY LUSSAC. A SUBTRAÇÃO DA NORMA DO CORPO DA LEI, IMPLICA EM ATUAR ESTE TRIBUNAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, O QUE LHE É VEDADO. MATÉRIA PARA SER DIRIMIDA NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL. PRECEDENTES. AÇÃO NÃO CONHECIDA”

Ao contrário do que afirmou a Procuradoria-Geral da República na petição inicial da ADO nº 22, o STF não afirmou, no referido julgamento, que haveria inconstitucionalidade por omissão parcial na regulação da propaganda de bebidas alcoólicas. Pelo contrário, infere-se claramente da decisão que a Corte reputou *constitucional* o art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96, aduzindo que eventuais mudanças na lei deveriam ser postuladas no Congresso Nacional. O STF apenas destacou que o pedido formulado na ADI nº 1755 não poderia *sequer em tese* ser acolhido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, pois a postulação correspondia ao reconhecimento de uma suposta inconstitucionalidade por omissão parcial.

Esta orientação, no sentido da constitucionalidade do ato normativo impugnado, se evidencia em trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que integrou a maioria naquele julgamento:

“(…) na verdade, o que se pretende é abranger hipótese que o legislador não quis compreender na norma proibitiva. (...) Indaga-se: a Constituição manda estendê-la? Não, a Constituição submete a propaganda de bebidas alcoólicas às restrições da lei: não obriga a existência de tais restrições; e, sobretudo, não pode obrigar a

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

que as restrições da lei, sejam estendidas à universalidade das bebidas alcoólicas. O legislador é que será o juiz do alcance das restrições”.

É certo que a decisão do STF foi no sentido do não conhecimento da ação, e não da sua improcedência. Porém, não há dúvida de que o tema constitucional de fundo foi debatido e dirimido pela Corte. Assim, a decisão é dotada, no mínimo, de forte efeito persuasivo e expansivo, razão pela qual deveria orientar a jurisprudência dos demais tribunais e juízos.

O respeito aos precedentes, mesmo nos sistemas jurídicos romano-germânicos como o brasileiro,⁵⁹ se justifica por várias razões: *igualdade*, por ensejar que hipóteses idênticas recebam o mesmo tratamento do Poder Judiciário; *segurança jurídica*, ao gerar maior previsibilidade para o jurisdicionado, protegendo a sua confiança legítima; *eficiência*, por uniformizar orientações jurisprudenciais e poupar tempo e energia dos atores judiciais.⁶⁰ Tratando-se de precedentes do STF em matéria constitucional, pode-se adicionar a estes fundamentos mais gerais a necessidade institucional de *preservação da autoridade* da Corte e de *supremacia da própria Constituição*.

No que concerne à supremacia da Constituição – axioma central do Direito Constitucional - deve-se presumir que o STF, ainda que falível, como qualquer instituição humana, seja menos suscetível ao erro na interpretação da Lei Maior, de que é guardião, do que outras cortes e juízos não especializados. Daí porque, o respeito aos precedentes constitucionais da Corte se afigura essencial para a preservação da própria força

⁵⁹ Ninguém ignora que tem havido uma forte tendência à aproximação entre os sistemas jurídicos afiliados à *common law*, em que os precedentes são vinculantes, e os sistemas que adotam o modelo romano-germânico, em que a vinculatividade é a exceção. Veja-se, a propósito, Patrícia Perrone Campos de Mello. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 52-60.

⁶⁰ Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “*O acatamento amplo à jurisprudência dos tribunais, notadamente dos superiores, em um mundo marcado pela complexidade, pela diversidade e pelo pluralismo, tem a potencialidade de realizar três grandes princípios constitucionais: segurança jurídica, isonomia e eficiência. De fato, respeito generalizado aos precedentes, por parte dos juízes e tribunais, assegura a previsibilidade das condutas, elemento fundamental da ideia de segurança. Por outro lado, a aplicação da mesma solução a casos efetivamente equiparáveis impede que se produzam resultados discriminatórios em relação a pessoas que se encontrem na mesma situação. E, por fim, a observância dos precedentes, como regra geral, simplifica a atuação dos órgãos judiciais, permitindo decisões objetivas e com motivações mais sucintas*”. (“Prefácio”, In: Patrícia Perrone Campos de Mello. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. *Op. cit.*).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

normativa da Lei Fundamental. Não por outra razão, o Supremo tem enfatizado a importância de que os seus precedentes sejam observados pelos demais órgãos judiciais e poderes do Estado. Neste sentido, em recente e erudito voto, consignou o Ministro Teori Zavascki:

“Não se pode deixar de ter presente (...) a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Neste ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema do civil law, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do stare decisis, própria do sistema da common law. (...)

Pois bem, esse panorama ilustra a inequívoca força ultra partes que o sistema normativo brasileiro atualmente atribui aos precedentes dos tribunais superiores e, especialmente, do STF.(...) Esse entendimento guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar de nomofilática – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribui Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme (...) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes dos seus precedentes.”⁶¹

Nada obstante, a decisão do TRF da 4ª Região desrespeitou o precedente do STF, ao afirmar a suposta incompatibilidade entre o art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 e a Constituição. Pior, a Corte Regional afastou-se da orientação da Corte Suprema de forma escamoteada, pois, conquanto o juízo sobre a pretensa inconstitucionalidade do referido preceito tenha permeado toda a sua argumentação, o tribunal negou que estivesse declarando incidentalmente esta inconstitucionalidade.⁶²

⁶¹ Reclamação nº 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento (término) em 20/03/2014.

⁶² Nas palavras de Thomas da Rosa Bustamante, “merecem repúdio, portanto, os afastamentos dissimulados ou implícitos (non-overt departures) de um precedente judicial. Nesses casos, o afastamento do precedente acontece, ‘mas não é tratado como tal’ (Summers/Eng 1997:522). Em quaisquer das várias modalidades desse tipo de procedimento (...) o tribunal viola uma regra que hoje em dia pode ser tida como universal sobre a argumentação com precedentes judiciais: o dever de levar em consideração o precedente” (Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. Op. cit., p. 389).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Por outro lado, é indubitável que os precedentes do STF devem exercer influência sobre os julgamentos da *própria* Corte.⁶³ É que os tribunais devem manter *coerência* com a sua jurisprudência pretérita, inclusive para prestigiar as legítimas expectativas sociais que se consolidam com base nas suas decisões, que são amparadas pelo direito à *segurança jurídica*. Não se questiona a possibilidade de que a Suprema Corte reveja os seus posicionamentos, especialmente nos casos em que ela reconheceu a constitucionalidade de um ato normativo. Esta é uma válvula importante para a mutação constitucional, viabilizando a evolução de interpretação da Constituição, em sintonia com as mudanças sociais. Porém, a existência de jurisprudência da própria Corte em favor da constitucionalidade de uma lei é um elemento adicional, que deve ser considerado pelo Tribunal, se este eventualmente cogitar em superação do seu precedente.⁶⁴ Afinal, como destacou Luís Roberto Barroso, “*a ascensão doutrinária e normativa do precedente não o torna imutável. Mas impõe maior deferência e cautela na sua superação*”.⁶⁵

Por isso, reconhecida a constitucionalidade de uma lei pelo STF, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “*ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe mais uma vez da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa*

⁶³ Trata-se de um *precedente horizontal*. Em doutrina, fala-se em *precedentes verticais* e *precedentes horizontais*. Os verticais são aqueles proferidos por cortes superiores, que, na *common law*, vinculam as que lhe são inferiores, enquanto que os horizontais são os da mesma corte, que tem uma obrigação *prima facie* de acatar a sua própria jurisprudência. Veja-se, a propósito, Frederick Schauer. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 36-41.

⁶⁴ Na *common law*, em que o tema da superação de precedentes é exaustivamente discutido, tem-se entendido que, para justificá-lo, não basta a constatação de que a orientação jurisprudencial não é mais compatível com os valores sociais, ou que está em desarmonia com outros elementos da ordem jurídica. De acordo com a síntese precisa de Patrícia Perrone Campos Mello, é sempre “*necessário ponderar as razões de justiça (substantive reasons) que justificam a virada jurisprudencial com os argumentos de segurança jurídica (authority reasons) imanentes à adoção do stare decisis (previsibilidade, isonomia, eficiência, impactos sobre a credibilidade do tribunal. Se, em tal confronto, se verificar que os benefícios superam os prejuízos, concluir-se-á em favor da mudança. Caso contrário, optar-se-á por manter o entendimento equivocado, ante a percepção de que providência diversa seria ainda mais onerosa. Por isso, as cortes buscam razões especialmente relevantes (compelling reasons) para proceder à superação da antiga orientação*” (*Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Op. cit.*, pp. 325-326).

⁶⁵ Luís Roberto Barroso. “Mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais”, 2005. Acessível em www.luisrobertobarroso.com.br.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

*mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”.*⁶⁶

No presente caso, não houve mudança significativa nas circunstâncias fáticas subjacentes ao tema analisado, e a mais importante alteração nos valores político-sociais pertinentes à questão deu-se *em favor* da constitucionalidade da lei, e não no sentido contrário: trata-se do fortalecimento da liberdade de expressão na cultura constitucional brasileira, que, aliás, pode ser em parte creditado aos notáveis avanços da jurisprudência do STF na matéria.

Assim, o TRF da 4ª Região equivocou-se ao se desviar do precedente firmado pelo STF no julgamento da ADI nº 1755. A decisão da Suprema Corte, por outro lado, é um fator adicional que deve pesar em favor do reconhecimento da plena constitucionalidade do art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 no julgamento da ADO nº 22, a ser proferido pelo próprio STF.

7. Da impossibilidade de extensão de restrição a direito fundamental por decisão aditiva

A democracia e o princípio da separação de poderes postulam que a função de editar normas gerais de conduta caiba primariamente ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário. Em regra, não é papel dos juízes a criação de normas jurídicas, mas a sua aplicação aos casos submetidos à sua apreciação. Falta ao Judiciário, cujos integrantes não são eleitos pelo povo, a legitimidade democrática para a elaboração das normas. Ademais, atribuir ao mesmo poder do Estado as tarefas de editar e de aplicar o direito implicaria em cumular diferentes funções estatais em um mesmo órgão, o que tenderia a gerar arbítrio e ameaça aos direitos fundamentais.⁶⁷

⁶⁶ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1315.

⁶⁷ Vale recordar que a contenção do poder, por meio da repartição das funções estatais, era o principal objetivo da teoria da separação de poderes na versão dos seus formuladores. Veja-se, a propósito, Charles

Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

A projeção desta ideia no campo da jurisdição constitucional levou à construção da imagem do legislador negativo.⁶⁸ De acordo com ela, ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, não caberia ao Judiciário criar novas normas, mas tão somente invalidar aquelas que porventura contrariassem a Constituição. Durante muito tempo, esta visão ortodoxa valeu como um verdadeiro dogma no Direito Constitucional brasileiro.

Porém, nos últimos tempos, diversos fatores vêm flexibilizando esta ortodoxia, sem, contudo, subvertê-la por completo. Hoje, se reconhece que no papel de interpretar o direito está envolvido, em alguma medida, o poder – ainda que limitado – de criá-lo. Os juízes não são mais vistos como servos autômatos da lei, mas como coadjuvantes do processo sociopolítico de construção do ordenamento jurídico. No Brasil, como em vários outros países, assiste-se ao fortalecimento do papel dos tribunais no campo da jurisdição constitucional,⁶⁹ e algumas técnicas decisórias passam a ser empregadas que não se ajustam bem à moldura tradicional do “legislador negativo”.⁷⁰ Recorde-se, neste ponto, a mudança na interpretação do STF sobre o mandado de injunção: se, no passado, o Supremo se limitava a notificar o órgão que estivesse em mora na edição de normas necessárias ao exercício de algum direito constitucional, a Corte, a partir de 2007, passou a reconhecer a possibilidade de formular provisoriamente a norma faltante, para que vigore até que advenha aquela editada pelo órgão competente.⁷¹

de Louis de Secondat Montesquieu. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Ed. Unb, 1995.

⁶⁸ Na verdade, esta é uma simplificação da história. A expressão “legislador negativo” é de Hans Kelsen (cf. Hans Kelsen. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2003), e o jusfilósofo austríaco sempre reconheceu que existe uma dimensão constitutiva na interpretação jurídica.

⁶⁹ Veja-se, a propósito, Neal C. Tate e Tobjörn Vallinder (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995; Alec Stone Sweet. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000; e Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *Dimensões do Ativismo Judicial no STF*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

⁷⁰ Na doutrina brasileira, a principal referência teórica na defesa de técnicas decisórias alternativas na jurisdição constitucional, que não se ajustam à compreensão do “legislador negativo”, é Gilmar Ferreira Mendes. Veja-se, a propósito, Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. Para uma análise da evolução da jurisprudência do STF na mesma matéria, cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, pp. 1283-1310.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Admite-se, assim, a possibilidade de que as cortes constitucionais profiram “decisões aditivas”,⁷² que chegam a criar direito novo para sanar certos tipos de inconstitucionalidade. É certo, contudo, que essa atuação heterodoxa dos tribunais tem de ser a exceção e não a regra. Não se pode admiti-la, a não ser em casos absolutamente excepcionais, sob pena de criação de um “governo de juízes”, francamente incompatível com a democracia. Cumpre não olvidar, afinal, que a legitimidade do Direito, em sociedades marcadas pelo pluralismo, advém, antes de tudo, da sua elaboração por meio de procedimentos democráticos,⁷³ que têm nas eleições o seu eixo. O empoderamento das cortes deve servir à defesa dos direitos do cidadão, e não ao amesquinamento do autogoverno popular. Ademais, o déficit de capacidade institucional do Poder Judiciário para a atuação legiferante também desaconselha a banalização desta técnica, pois a elaboração de normas jurídicas sem o necessário embasamento técnico e empírico, ainda quando muito bem intencionada, tende, no mais das vezes, a agravar o quadro de patologia social desencadeado pela a inconstitucionalidade, ao invés de equacioná-lo.

Não há dúvida, por outro lado, que essa excepcionalíssima competência jurisdicional para a adoção de decisões de cunho aditivo está sujeita a severos limites numa democracia. Para os fins deste estudo, é importante ressaltar duas dentre estas limitações. Em primeiro lugar, uma premissa inafastável para a legitimação da decisão aditiva é de que exista uma *inconstitucionalidade, cujo equacionamento exija a edição de norma*. Não há que se falar em decisão aditiva sem a presença da inconstitucionalidade.

⁷¹ No MI nº 107, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, a Corte entendeu que, diante do reconhecimento de omissão legislativa que frustrasse o gozo de direitos constitucionais, cabia ao STF tão somente notificar o órgão legislativo em mora, para que elaborasse o ato normativo requerido pela Constituição. Esta orientação prevaleceu com pequenas alterações na jurisprudência do Supremo até 2007, quando o tema foi revisitado no julgamento de mandados de injunção atinentes ao direito de greve dos servidores públicos. A Corte, nestes últimos julgamentos, proferiu decisões dotadas de efeitos normativos, definindo, com recurso à analogia, as regras que deveriam pautar o exercício do direito de greve por servidores públicos, até que fossem editadas as normas pertinentes pelo legislativo dos entes competentes da federação. (MI 670, Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007; MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 25/10/2007).

⁷² Sobre as decisões aditivas no Direito Comparado, veja-se Allan R. Brewer-Carías. *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011; e Thierry di Manno. *Le Juge Constitutionnel et la Technique des Décisions ‘Interpretatives’ en France et en Italie*. Paris: Ed. Economica, 2007.

⁷³ Cf. Jürgen Habermas. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. 2 v. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Afinal, não é função do Judiciário legislar, por mais nobres que sejam as intenções dos magistrados. O papel anômalo de criador de normas só pode ser exercido pelos juízes – e mesmo assim, com muitas cautelas e reservas - para sanar graves patologias constitucionais devidamente caracterizadas, e não simplesmente para “aprimorar” o Direito, na direção que os magistrados reputarem mais conveniente.

Esta limitação já basta para afastar o cabimento de decisão aditiva na presente hipótese. É que, como já demonstrado, não existe *qualquer inconstitucionalidade* na disciplina da propaganda das bebidas alcoólicas estabelecida pela Lei nº 9.294/96. A simples discordância judicial em relação à escolha legislativa não é, obviamente, suficiente para justificar o exercício de atividade jurisdicional tão extravagante.

Uma segunda limitação é temática. Não cabe decisão aditiva nas matérias sujeitas à *reserva de lei*⁷⁴. Esta, como se sabe, só é satisfeita por meio da atuação normativa do parlamento. Como já destacado anteriormente, é esse o caso das restrições a direitos fundamentais, que apenas são válidas quando veiculadas por intermédio de leis em sentido formal e material. Pode-se até admitir a atípica atuação normativa do Judiciário para viabilizar a fruição de direitos fundamentais – como se dá no mandado de injunção -, mas jamais para *impor restrições* aos mesmos.

Não custa repetir que a extensão às bebidas de teor alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac das limitações à publicidade, previstas na Lei nº 9.294/96, traduz instituição de restrição à liberdade de expressão em sentido amplo (liberdade de expressão, de imprensa e direito à informação) – matéria, portanto, sujeita à reserva de lei. Daí porque, também por esta razão dita extensão não pode ser determinada pela via jurisdicional.

⁷⁴ Neste sentido, há reiteradas decisões da Corte Constitucional italiana afastando a possibilidade de decisões aditivas no campo penal, em desfavor do acusado, por força da reserva da lei vigente na matéria (e.g. Dec. 108/1981, 193/1993, 114/1994, 306//1994). Veja-se, a propósito, Thierry di Manno. *Le Juge Constitutionnel et la Technique des Décisions 'Interpretatives' en France et en Italie*. Op. cit., pp. 406-408. No mesmo sentido, cf. Ademar Borges de Souza Filho. *Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da UFF, 2014, pp. 211-214.

8. Resposta aos quesitos

Diante do que foi exposto, passa-se à resposta aos quesitos formulados pela Consulente.

(a) A Lei nº 11.705/2008 (Lei Seca) revogou, expressa ou tacitamente, o disposto no art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96, que determinou que, para fins de restrição à publicidade, “consideram-se bebidas alcoólicas (...) as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay-Lussac”?

Não. Não houve revogação expressa ou tácita, de modo que o art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 permanece em vigor. Não há conflito entre as normas em questão, pois elas cuidam de temas diversos, sem que haja qualquer superposição dos respectivos campos de incidência.

O legislador, ademais, decidiu expressamente não alterar o referido preceito legal, durante o processo legislativo que culminou na edição da Lei nº 11.705/2008. É, por outro lado, razoável a escolha legislativa de tratar a questão das bebidas alcoólicas de forma mais rigorosa na disciplina da segurança no trânsito do que na regulação da publicidade comercial.

Tal conclusão é amparada não só por argumentos infraconstitucionais, como também pela hermenêutica constitucional. A publicidade comercial é tutelada pela liberdade de expressão. Assim, a eficácia irradiante da liberdade de expressão impõe aos juízes que considerem este direito fundamental no equacionamento das questões atinentes à publicidade, o que foi ignorado pela decisão da 4ª Turma do TRF da 4ª Região. Se a Corte Regional houvesse atribuído o devido peso à liberdade de expressão na solução do caso, teria concluído no sentido de que o art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 continua em vigor.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Dessa forma, afastada a pretensa revogação, verifica-se que a extensão das restrições à publicidade contidas na Lei nº 9.294/96 às bebidas de teor alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac decorreu tão somente de uma decisão judicial. Esta impôs restrição geral e abstrata à liberdade de expressão, o que afronta a reserva legal para limitação de direitos fundamentais. Tal restrição, ademais, está longe de ser clara, o que também malfez o regime constitucional de restrições a direitos fundamentais.

(b) Há inconstitucionalidade, por ação ou omissão, no art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96?

Não. O referido preceito é válido, correspondendo a uma ponderação realizada pelo legislador federal, entre, de um lado, as liberdades comunicativas e a livre iniciativa, e, do outro, a proteção à saúde do consumidor. Não se extrai da Constituição uma solução pronta e acabada para a disciplina da publicidade das bebidas alcoólicas. Assim, existe uma margem de apreciação do Congresso Nacional para realizar a sua escolha regulatória sobre a matéria, que tem fundamento na democracia e na separação de poderes.

A escolha empreendida pelo legislador federal é razoável. A lei atribuiu o necessário peso à liberdade de expressão e à livre iniciativa – elementos centrais do sistema constitucional brasileiro, que foram desprezados pela decisão do TRF da 4ª Região –, mas não desguarneceu a tutela da saúde. Pelo contrário, o legislador restringiu severamente a propaganda das bebidas de teor etílico mais elevado, cujo consumo tem maior potencial lesivo à saúde. Em relação às bebidas de menor teor alcoólico, o marco normativo vigente contempla a vedação legal à propaganda enganosa e abusiva (art. 37 do Código de Defesa do Consumidor), e ainda incorpora as detalhadas limitações impostas pelo Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária (art. 44, anexos “a” e “p”). Não há, portanto, proteção insuficiente à saúde, considerando a tutela constitucional dispensada aos direitos e princípios contrapostos.

É legítimo discordar da escolha política do Congresso Nacional, e preferir outro marco legal mais restritivo para a propaganda de bebidas alcoólicas. Mas, como a

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Constituição não prescreve uma solução para este conflito de pontos de vista, o campo mais adequado para o seu equacionamento numa sociedade democrática é o Poder Legislativo, cujos membros são eleitos e diretamente responsáveis à vontade popular. Foi exatamente o que afirmou o STF, no julgamento da ADI nº 1.755, ao registrar que a eventual extensão das restrições à publicidade contidas na Lei nº 9.294/96 às bebidas de teor alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac “*é matéria para ser dirimida no âmbito do Congresso Nacional*”.

Tal precedente do STF deveria ter guiado a solução da controvérsia no âmbito do TRF da 4ª Região, mas foi desrespeitado por aquela Corte Regional. Dita orientação deve também influenciar novas apreciações da mesma matéria pelo próprio STF. Embora a Suprema Corte não esteja vinculada às suas decisões que reconhecem a constitucionalidade de um ato normativo, os tribunais devem atribuir um peso significativo aos seus próprios precedentes, por razões de coerência e de respeito à segurança jurídica.

Assim, deve ser julgada improcedente a ADO nº 22, em que se postula o reconhecimento de suposta omissão parcial inconstitucional do Congresso Nacional, pela alegada insuficiência do art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96; e procedente a ADPF nº 333, em que se pretende a invalidação da decisão prolatada pela 4ª Turma do TRF da 4ª Região.

(c) É legítima a extensão, pelo Poder Judiciário, das restrições à propaganda de bebidas alcoólicas contidas na Lei nº 9.294 /96 a hipótese que não foi contemplada pelo legislador – bebidas com teor etílico entre 0,5 e 13 graus Gay-Lussac?

Não. Não é legítima a extensão, em primeiro lugar porque não há qualquer vício de inconstitucionalidade no art. 1º, Parágrafo único, da Lei nº 9.294/96, que precise ser sanado. Ademais, ainda que tal preceito padecesse de inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial – o que não ocorre –, não poderia o Judiciário, nesta matéria, substituir-se ao legislador para corrigir o suposto defeito. É que, tal como a criação de

Daniel Sarmiento

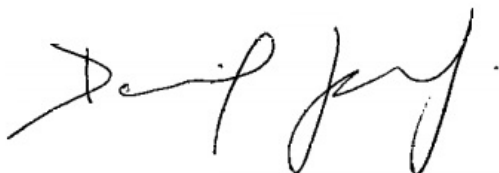
Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

tipos penais ou de tributos, a instituição de restrições a direitos fundamentais é matéria sujeita à reserva de lei formal.

A relativização do dogma do “legislador negativo” no âmbito da jurisdição constitucional contemporânea não vai ao ponto de autorizar a ampliação de restrição a direito fundamental, através de comando judicial revestido de generalidade e abstração, como foi o acórdão do TRF da 4ª Região. Tal medida, além de ofender gravemente o regime constitucional de restrição a direitos fundamentais - que disciplina o chamado *limite dos limites* –, atenta também contra a separação de poderes e o Estado Democrático de Direito.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 09 de março de 2015.



Daniel Sarmiento

Professor de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Constitucional da UERJ
Visiting Scholar da Yale Law School