A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS QUE PROÍBEM O CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM ESPAÇOS PÚBLICOS

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF MUNICIPAL LAWS THAT PROHIBIT THE CONSUMPTION OF ALCOHOLIC BEVERAGES IN PUBLIC SPACES

Giovani da Silva Corralo ¹

Guilherme Witeck ²

Victória Faria Barbiero ³

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo analisar importantes decisões dos Tribunais de Justiça acerca da (in)constitucionalidade de leis municipais que proíbem o consumo de bebidas alcoólicas em espaços públicos. Para tanto, estuda-se a evolução histórica dos direitos fundamentais, com ênfase nos direitos de primeira geração, as liberdades individuais, a autonomia legislativa municipal, as possibilidades de restrições a direitos fundamentais e os argumentos utilizados nas decisões dos tribunais de justiça dos Estados de Santa Catarina e do Paraná, com base, principalmente, no princípio da proporcionalidade e seus subelementos. As decisões das cortes superiores concluem pela inconstitucionalidade das leis municipais em voga.

Palavras-chave: autonomia municipal; consumo de bebidas alcoólicas; direitos fundamentais.

ABSTRACT: This scientific work aims analyse judicial decisions about (in)constitutionality of municipal laws that prohibit the consumption of alcoholic beverages in public spaces. In this way is studied the historical evolution of

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da graduação e programa de mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto e Universidade 11 de Novembro – Angola. E-mail: gcorralo@upf.br

² Graduando em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista de iniciação científica CNPq. E-mail: g.witeck@gmail.com

³ Mestranda em Jurisdição Constitucional e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES/CNPq. Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: 142281@upf.br.

fundamental rights, with emphasis on first generation rights, individual liberties, the legislative municipal autonomy, the fundamental rights restrictions and the decisions of the Santa Catarina and Paraná Courts, based mainly on the principle of proportionality and its sub-elements. These judicial decisions points out the unconstitutionality of the municipal laws.

Keywords: consumption of alcoholic beverages; fundamental rights; municipal autonomy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos Fundamentais e Liberdades Individuais. 3. A autonomia legislativa municipal. 4. O limite material da Constituição brasileira e as leis municipais que proíbem o consumo de bebida alcoólica em vias públicas: um caso de (in)constitucionalidade. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar importantes decisões dos Tribunais de Justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais que proíbem o consumo de bebidas alcoólicas em logradouros públicos.

Tal matéria tem ganho repercussão diante da recorrente utilização, pelas municipalidades, de leis cada vez mais restritivas de direitos a fim de alcançar a ordem ou o sossego público, especialmente nas localidades nas quais o poder municipal é incapaz de fazer cumprir, por si ou em sintonia com órgãos de segurança do Estado ou da União, as limitações legais já existentes na ordem jurídica nacional.

A presente pesquisa integra a linha “Relações Sociais e Dimensões do Poder” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo e também sofreu a influência da Lei 5.240/2017, do Município de Passo Fundo-RS, que proibiu o consumo de bebidas alcoólicas em locais públicos, lei essa ainda não submetida a controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

A problemática reside, por conseguinte, na posição adotada pelos Tribunais de Justiça quanto à inconstitucionalidade de leis municipais que vedam o consumo de bebidas alcoólicas em bens de uso comum do povo, para o qual foi possível analisar decisões dos tribunais de Santa Catarina e do Paraná.

Para tanto, se inicia com a compreensão da posição dos direitos fundamentais e liberdades individuais no constitucionalismo brasileiro, axiologicamente superior às

demais normas jurídicas; segue-se com o estudo da autonomia municipal, mais especificamente da autonomia legislativa; por fim, se analisam as possibilidades de restrição a direitos fundamentais e as decisões dos tribunais de justiça acostadas neste estudo em sede de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais que proíbem o consumo de bebidas alcoólicas em espaços públicos de uso comum. Por derivação lógica, o método utilizado é o hipotético-dedutivo.

É crucial conduzir as pesquisas jurídicas para a análise de matérias que atingem diretamente os cidadãos, logo, com aplicação prática aos problemas do cotidiano. É o que se propõe nesta reflexão sobre a matéria.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES INDIVIDUAIS

A marcha dos direitos fundamentais é talvez a mais importante caminhada na consolidação dos Estados modernos. Em uma perspectiva jurídica-política, os direitos fundamentais foram criados como instrumentos de limitação do poder estatal e surgiram como barreira de proteção dos cidadãos contra o poder e a indevida intromissão do Estado nas suas vidas privadas. Além disso, buscam assegurar aos indivíduos o exercício de sua autonomia e liberdade. A exemplificar, a Constituição Federal brasileira de 1988 é um marco jurídico da transição de um período ditatorial para o regime democrático. O Estado brasileiro ampliou de maneira significativa o seu compromisso com as liberdades individuais, a possuir hoje o *status* de um Estado com uma Carta Magna que consagra uma adequada proteção àqueles direitos considerados essenciais para o desenvolvimento humano.

Os direitos fundamentais foram fruto de uma série de acontecimentos que marcaram o início da era moderna. Inclusive, também são o próprio objeto incorporado na ideia ou no projeto de sociedade imaginado durante o trânsito à modernidade, que já vinha despertando na Idade Média e no período da Renascença (PECES-BARBA, 1995, p. 40).

A história confere à ruptura causada pela Revolução Francesa como o acontecimento central que dá início à modernidade e ao projeto de Estado limitado. De certa forma, isso se deu por causa da necessidade histórica de um contraponto político frente ao absolutismo, e também como resposta à busca de um Estado e de uma política concreta. Assim, faz-se a abertura em relação a configuração do Estado em uma nova lógica, a contratualista-positivista (MASCARO, 2003, p. 8-9), modelada a partir de um centro de direitos fundamentais dispostos sob a ideia de uma carta político-jurídica fundamental, que teriam a capacidade de conter as revoltas e conceder o que essas classes insatisfeitas desejavam. A partir de uma ideia de poder constituinte abstrato, o constitucionalismo moderno e os direitos fundamentais tiveram como paradigma inicial a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1798, promulgada logo após a queda do rei Luiz XIV na França. A grande inovação foi a positivação das demandas jusnaturalistas, ou seja, dos então chamados direitos naturais (PECES-BARBA, 1995, p. 26) por meio da declaração.

No magistério de Norberto Bobbio:

O problema fundamental do Estado constitucional moderno, que se desenvolve como antítese do Estado absoluto, são os limites do poder estatal. Grande parte das teorias elaboradas no curso dos séculos e que levaram à formação do Estado liberal e democrático estão inspiradas em uma ideia fundamental: a de estabelecer limites ao poder do Estado. O Estado, entendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência para colocar-se como poder absoluto, isto é, como poder que não reconhece limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder.

O Estado de Direito, então, foi o grande passo para o surgimento de um Estado limitado. Refletindo sobre essa questão, Locke (2003, s.p.) defendia que o estado civil surge da vontade que a sociedade possui em conservar os seus direitos naturais fundamentais, sendo eles, a vida e a propriedade. Isso porque, no estado de natureza, os direitos naturais não estão protegidos. Porém, diferente do pensamento de Hobbes, para Locke, os homens não renunciam aos seus direitos naturais ao constituir um estado organizado.

Dessa maneira, se o estado civil surge para garantir os direitos ele inevitavelmente é limitado. Primeiro, por que os direitos naturais não podem ser violados e em segundo lugar por que o poder delegado aos representantes do povo só será legítimo se exercido dentro dos limites estabelecidos.

Outro ponto relevante no modelo político desenvolvido por Locke é a ideia do princípio da separação dos poderes. Para ele, o poder de governar não deveria ser concentrado na mesma pessoa. O livre consentimento dos indivíduos para o estabelecimento da sociedade, o livre consentimento da comunidade para a formação do governo, a proteção dos direitos de propriedade pelo governo, o controle do Executivo pelo Legislativo e o controle do governo pela sociedade, são, para Locke, os principais fundamentos do estado civil (WEFFORT, 2005, p. 87).

Disso tudo, infere-se que essa é a base teórica do Estado de Direito. O princípio da separação dos poderes caminha lado a lado com os direitos fundamentais e, com base nesses referências teóricos, os direitos fundamentais tiveram o reconhecimento em Constituições escritas após os movimentos revolucionários que sacudiram a Europa e América do Norte, bem como o pensamento liberal-burguês que marcou tal período.

Montesquieu também percebeu a necessidade da divisão dos poderes e sua doutrina tem, como finalidade principal, a obtenção e a manutenção da liberdade política, sendo que, segundo ele, o pior inimigo dessa liberdade é o poder, que deriva em abuso, razão pela qual sua divisão é considerada imprescindível. Quando o poder Executivo e o Legislativo se reúnem na mesma pessoa, não há liberdade. Também não há liberdade se a competência para julgar não está desvinculada desses dois poderes (ALTHUSSER, 1977, p. 25-54).

Portanto, como se pode perceber, os direitos fundamentais de liberdade negativa, ou seja, esses que surgiram no âmago da criação do Estado moderno e com influência liberal, são os primeiros no tempo. Karen Vasak desenvolveu uma ideia bastante interessante que ficou conhecida como “teoria das gerações dos direitos”. A primeira geração é a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade, como,

por exemplo, a garantia a uma não interferência na livre autonomia da vontade individual, liberdade de pensamento, garantias processuais a fim de proteger a liberdade individual contra o direito penal e processual da monarquia absoluta, e o próprio direito de propriedade, como expressão dos interesses econômicos. Os direitos reconhecidos nessa época estão marcados por uma natureza individualista, quando ganhou força, especialmente, os direitos do indivíduo frente ao Estado (BONAVIDES, 2015, p. 517).

Maslsmenten (2016, p. 46) destaca que os direitos escolhidos como fundamentais e protegidos nesse primeiro momento, com uma clara influência do pensamento liberal propagada pelo iluminismo (como, por exemplo, por Locke, que via na conservação da propriedade o grande e principal ideal dos homens, o direito sagrado e inviolável), é um reflexo da burguesia que saiu vitoriosa nas Revoluções que culminaram à época. Ademais, a própria proteção da liberdade, da vida particular, dos negócios e da religião, era o motivo ou a justificativa dos inúmeros direitos prescritos de liberdade (liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade comercial, liberdade de profissão, liberdade religiosa, entre outros). Era a forma de a burguesia demonstrar o desejo de não-interferência do Estado e dos governantes:

São [...] apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia (SARLET, 2019, p. 320).

Portanto, o poder é baseado em um contrato (constituição) cujo limite são os direitos fundamentais, e a este eixo ainda se encaixa uma afirmação genérica de que “todo poder é inerente ao povo”, ideia e prática que teoricamente introduziria a

soberania residente na nação - ou seja, a prática democrática) (PECES-BARBA, 1995, p. 61-62).

Os direitos fundamentais foram se readequando às reivindicações sociais, e ganharam em seu bojo categorias sociais, com o intuito de promover a redistribuição social. A segunda geração é a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na busca de igualdade, impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados, nos quais se encontram direitos essenciais para o pleno desenvolvimento humano, com a educação, saúde, assistência social, proteção do trabalho, dentre outros. Por fim, a última geração é a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade, que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (LINHARES, 2016, p. 385).

Para o presente estudo, interessa a análise da primeira geração, principalmente no tocante à questão fundamental da liberdade e da não intervenção do Estado na vida privada de seus cidadãos.

A Constituição brasileira adotou todos os direitos fundamentais, em todas as gerações ou dimensões, é com base no conhecimento desses direitos que se questiona acerca da constitucionalidade das leis municipais que restringem o consumo de bebidas alcoólicas em locais público diante da liberdade dos cidadãos. Por partes.

3. A AUTONOMIA LEGISLATIVA MUNICIPAL

O município, enquanto pessoa política, integra o pacto federativo brasileiro, o que se encontra expresso nos art. 1º e 18 da Constituição Federal e que não encerra, na atualidade, maiores polêmicas na doutrina pátria (CORRALO, 2014, p. 160-171).

Por conseguinte, é na Constituição Federal que se encontra a repartição de competências entre os entes federados, na qual os art. 21 a 30 forjam uma “coluna vertebral”, não obstante em vários outros artigos ocorram adjudicações de

competências. *Prima facie*, a lógica da predominância do interesse (SILVA, 2005, p. 478) é nodal: o que for do interesse nacional é da competência da União; o interesse regional dos Estados; e o interesse local das municipalidades. Ademais, há a conjugação dos critérios utilizados na Constituição norte-americana e alemã, razão pela qual a competência residual é dos Estados, para as quais somam-se as competências comuns e concorrentes.

Nesse diapasão, os arts. 21 e 22 traçam matérias da competência da União, com escopo no interesse federal; os art. 29 e 30 as competências expressas dos municípios, o que se impõe pela particularidade do federalismo pátrio que elevou os entes locais a uma posição única nas federações; o art. 25 apresenta a competência residual para os Estados; e os art. 23 e 24 trazem a competência comum para todos e a competência concorrente entre a União, Distrito Federal e os Estados, respectivamente.

É com fulcro na repartição constitucional de competências que é possível decantar a autonomia municipal auto-organizatória, política, administrativa, financeira e legislativa. A autonomia auto-organizatória denota a capacidade dos municípios elaborarem a sua carta constitutiva, denominada de leis orgânicas municipais e que ocupam uma posição hierarquicamente superior no sistema normativo local, tal qual uma constituição municipal. A autonomia política significa o empoderamento dos cidadãos de cada município para a escolha dos seus governantes: prefeito, vice-prefeito e vereadores. Ademais, também engloba a possibilidade de cassação dos respectivos mandatos eletivos pelo parlamento municipal, nas situações determinadas e conforme os procedimentos estabelecidos na legislação federal – Decreto-Lei 201/67. A autonomia administrativa remete à organização da administração pública direta e indireta, bem como à concretização das atividades administrativas de competência municipal: serviços públicos, polícia administrativa, fomento, intervenção direta e indireta na atividade econômica. A autonomia financeira, por sua vez, abrange a instituição dos tributos municipais (impostos, taxas e contribuições), como também a aplicação das transferências constitucionais obrigatórias e voluntárias,

uma vez que todos esses valores adentram na elaboração das peças orçamentárias locais (CORRALO, 2014, s.p.).

Entretanto, para fins desse estudo, é a autonomia legislativa a que mais importa. Diz respeito à elaboração das espécies legislativas previstas no art. 59 da Constituição Federal em nível local, a observar o devido processo legislativo: emendas à Lei Orgânica, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, lei delegadas, decretos legislativos e resoluções (CORRALO, 2018, p. 69-80).

Assim, cada município elabora um sofisticado sistema normativo próprio, que obviamente deve observância às normas cogentes da Constituição Federal, aos princípios da Constituição Estadual, como também às demais normas federais e estaduais nas diversas áreas da competência desses entes e que repercute na esfera municipal.⁴ De toda a sorte, a elaboração das espécies legislativas já mencionadas conduz a um sistema normativo próprio, que possui na Lei Orgânica uma norma que também é condição de validade para as demais (CORRALO; CARDOSO, 2014, s.p.).

O cerne da autonomia legislativa, não obstante a atribuição de competência em vários artigos da Constituição aos municípios, é o interesse local, seja para o estabelecimento de regras próprias, seja para suplementar a legislação estadual ou federal. O interesse local, que nada mais é do que o interesse predominante do município – não exclusivo (MEIRELLES, 2017, p. 143), pois todo o interesse local de alguma forma vai repercutir na esfera estadual e/ou federal/nacional – se configura como importante amálgama para a compreensão da autonomia local, a se comportar enquanto um conceito legal indeterminado, concretizável diante das particularidades dos casos concretos em que esteja presente a predominância desse interesse.

Em outras palavras, poderá o município legislar sobre tudo o que disser respeito ao interesse local, como também suplementar a legislação estadual ou federal. É a hermenêutica desse interesse que permite aos entes locais elaborarem normas ou adaptá-las aos interesses das suas comunidades, até mesmo porque não seria factível

⁴ É o exemplo da lei 8.080/1990, referente ao Sistema Único de Saúde e da Lei 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

imaginar uma padronização normativa para 5.570 municípios, factualmente assimétricos na sua dimensão territorial, perfil populacional, características socioeconômicas, dentre outras.

A diversidade na ordem federal brasileira passa, necessariamente, pela incorporação das diferenças fáticas entre os diversos entes integrantes do pacto federativo nos seus respectivos sistemas normativos. Realidades distintas, regramentos distintos. É nesse diapasão que adentram as reflexões sobre a simetria do federalismo pátrio.

Na década de 60 Charles Tarlton refletiu sobre a simetria e assimetria no federalismo, tanto a considerar os ajustes normativos-institucionais para minimizar as assimetrias fáticas, quanto a advertir sobre os riscos de elevada diversidade não ser compatível com as federações, pois estas requerem a predominância de elementos de similaridade (TARLTON, 1965, p. 861-874). Inobstante estudos que busquem mostrar ser o federalismo na Constituição de 1988 assimétrico (RAMOS, 2000, p. 174-189), há disposições altamente homogêneas para os entes integrantes do pacto federativo (ZIMERMANN, 1999, p. 61-67), logo, em razão do mesmo tratamento quanto à representatividade e às competências adjudicadas pela ordem constitucional a todos os Estados, Distrito Federal e Municípios, pode-se afirmar ser a federação brasileiro bastante simétrica (LIZIERO, 2017, s.p.).

Tais considerações tem fortalecido o chamado princípio da simetria, a dificultar uma maior diversidade normativa das entidades políticas e federadas subnacionais, mesmo quando não ocorra uma afronta a normas essenciais da Constituição Federal, cuidado que o próprio Supremo Tribunal Federal tem buscado tomar.⁵ Isso porque a

⁵ “Noutras palavras, não é lícito, senão contrário à concepção federativa, jungir os Estados-membros, sob o título vinculante da regra da simetria, a normas ou princípios da Constituição da República cuja inaplicabilidade ou inobservância local não implique contradições teóricas incompatíveis com a coerência sistemática do ordenamento jurídico, com severos inconvenientes políticos ou graves dificuldades práticas de qualquer ordem, nem com outra causa capaz de perturbar o equilíbrio dos poderes ou a unidade nacional. A invocação da regra da simetria não pode, em síntese, ser produto de uma decisão arbitrária ou imotivada do intérprete.” (BRASIL. ADI 4.298 MC).

diversidade normativa da ordem infraconstitucional é o que permite, na Federação Brasileira, que as pessoas políticas construam um sistema normativo adequado às suas particularidades e singularidades, o que deve ocorrer sob a logicidade do predomínio do interesse – já exposto – e sem infringir normas essenciais à Federação.

Assim, também se deve salientar a necessidade de se observar aquilo que, oriundo da Constituição Federal, não possa ser alvo de mudanças, seja pelos Estados e Distrito Federal, seja pelos Municípios, o que inclui importantes princípios constitucionais e regras de observância obrigatórias. O rol de direitos fundamentais, por óbvio, encontra-se dentre as limitações a serem observadas, especialmente quanto ao seu exercício, pois não é possível desnaturar o seu núcleo essencial.

É a conjugação dessas reflexões que permite o avançar desta pesquisa.

4. O LIMITE MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E AS LEIS MUNICIPAIS QUE PROÍBEM O CONSUMO DE BEBIDA ALCÓOLICA EM VIAS PÚBLICAS: UM CASO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal brasileira definiu como cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais e, com isso, trouxe uma série de questões hermenêuticas relevantes. Através do reconhecimento dos direitos fundamentais, molda-se a estrutura básica (valores jurídicos e morais) que se deseja para uma sociedade, que integram, juntamente com a forma de Estado, o sistema de governo e a organização do poder, a essência de um Estado constitucional. Quanto ao caso em análise no presente ensaio, é necessário trabalhar com pontos atinentes sobre princípios e interpretação constitucional a fim de delimitar a discussão que se pretende fazer.

Em um primeiro momento, o texto constitucional possui superioridade em relação às demais regras (inclusive leis municipais, que é o caso), em razão da superioridade hierárquica reconhecida às suas normas: “sua interpretação e aplicação envolverá não apenas a incidência sobre circunstâncias de fato, mas tais normas

servirão igualmente como parâmetro de controle para outras normas e atos no âmbito do Estado” (BARCELLOS, 2018, s.p.). Neste termos:

A técnica interpretativa conhecida como interpretação conforme a Constituição [...] consiste em buscar, entre duas ou mais interpretações que o texto comporta, aquela ou aquelas que se coadunam com os princípios e valores da Lei Maior, excluindo, conseqüentemente, as que porventura tornem a norma incompatível com a Constituição. O propósito é tentar preservar a norma da declaração de inconstitucionalidade, na medida em que seja possível interpretá-la de forma a harmonizá-la com a Constituição. A interpretação escolhida não será, em geral, a que de forma mais evidente decorre do texto, ainda que, em qualquer caso, seus limites semânticos e lógicos tenham de ser respeitados. Se a única forma de salvar a norma for dar-lhe uma interpretação implausível, não haverá outra alternativa senão declará-la inconstitucional (BARCELLOS, 2018, s.p.).

É sabido que a concepção de direito fundamental absoluto é considerada ultrapassada na ciência do direito. Assim, segundo Ingo Sarlet, os direitos fundamentais possuem um âmbito de proteção - ou um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem alguns doutrinadores, “e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção” (SARLET, 2012, 362). Ou seja, todo direito fundamental é passível de restrição.

Nessa mesma linha, Alexy (2008, p. 281) compreende que todo o direito fundamental gera um princípio decorrente que busca a proteção mais abrangente possível do seu bem jurídico. Apenas é restringível no âmbito dessas normas o bem jurídico protegido por este direito. Ou seja, *prima facie*, toda norma fundamental é considerada um direito ilimitado, e, este poderá ser relativizado apenas se editada uma norma, necessariamente considerada constitucional, que estabeleça uma restrição.

Cabe fazer uma análise sobre o direito e a sua restrição. Em um primeiro momento, vislumbra-se o direito em si, livre e absoluto, e, em segundo plano, o direito restringido. A restrição limita o exercício do direito, o que é abarcado pela teoria externa (ALEXY, 2008, p. 277). Para a teoria interna, por sua vez, há apenas um direito e um conteúdo limitador intrínseco, concebendo numa única figura o direito e seus limites imanentes.

Apesar de parecer uma conceituação meramente teórica, é a partir dessa distinção que se pode analisar o sopesamento como uma forma de solução das colisões de direitos fundamentais, bem como, a proporcionalidade nas suas subdivisões, pois “é somente a partir do paradigma da teoria externa [...] que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*” (SILVA, 2011, p. 138).

Os direitos fundamentais, em virtude de seu caráter constitucional, só podem ser restringidos por normas de hierarquia também constitucional, chamadas de restrições diretamente constitucionais, ou, por normas infraconstitucionais autorizadas pela constituição, que são restrições indiretamente constitucionais (ALEXY, 2008, p. 285-289). No que tange às restrições indiretamente constitucionais, são também chamadas de cláusulas de reserva e, como remete Sarlet, a Constituição determina se esta restrição poderá ser mais abrangente, mais específica ou com objetivos determinados (SARLET, 2012, p. 368).

A proporcionalidade é um método e um princípio capaz de estruturar os limites de uma restrição, já que conduz a uma aplicação de princípios em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, com a propósito de proibir o excesso (SARLET, 2012, p. 369). Em linhas gerais, é importante destacar que eventuais limitações somente poderão ser consideradas justificadas se compatíveis material e formalmente com a Constituição.

Diversas leis foram editadas nos últimos anos em municípios brasileiros proibindo o consumo e a venda de bebidas alcoólicas em vias públicas. O poder legislativo assinalou como motivo o recorrente transtorno causado por pessoas reunidas em logradouros públicos para o consumo de substâncias alcoólicas, geralmente em excesso, que acabaria resultando em depredação de bens públicos, desassossego, principalmente em horário noturno, e acúmulo de lixo, havendo interesse público a justificar a elaboração das respectivas leis. Todavia, essas elaborações legislativas foram objetos de questionamento em sede de controle

concentrado de constitucionalidade, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas perante o Tribunal de Justiça dos respectivos Estados.

Em análise às decisões proferidas pelos respectivos órgãos colegiados, encontra-se um entendimento pela inconstitucionalidade das referidas leis⁶, com o principal embasamento na violação dos limites materiais estabelecidos pela Constituição Federal de 88. A avançar.

A constituição, como primeiro marco jurídico de um Estado e centro do sistema normativo brasileiro, possui supremacia perante as demais normas, não sendo apenas um parâmetro interpretação de leis infraconstitucionais, mas também funcionando como uma espécie de parâmetro de validação dos atos normativos que estão abaixo da constituição. Ademais, é dever do legislador e do administrador promover os fins ditados pela constituição, conservando sua essência, identidade original e valores fundamentais que justificaram sua criação (BARROSO, p. 2017, p. 406). Assim, a jurisdição constitucional no Brasil pode ser exercida de forma difusa, pelos juízes e tribunais, e concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, o que perfez o chamado controle de constitucionalidade, uma forma de aplicação da constituição que envolve diferentes técnicas e possibilidades de interpretação a fim de emanar a vontade do texto constitucional nos atos jurídicos-políticos do Estado (BARROSO, 2017, p. 407). No caso de leis municipais, o controle concentrado de constitucionalidade ocorre nos respectivos Tribunais de Justiça.

As leis e atos legislativos que violam o próprio conteúdo de uma constituição e seus aspectos diz-se que possuem um vício material: é um legítimo conflito com as normas constitucionais. A constituição é um parâmetro de validade para as demais leis e dessa incompatibilidade cria-se, portanto, uma inconstitucionalidade material. Quaisquer categorias de normas constitucionais podem servir como parâmetro de

⁶ Dentre as decisões que se tem conhecimento aponta-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 641.399-0 do TJ/PR e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 8000075-98.2016.8.24.0000 do TJ/SC que, apesar de declarar inconstitucional a lei nos referidos municípios, discutem teses diversas.

controle material de constitucionalidade: as de organização, definidoras de direitos ou programáticas (BARROSO, 2015, p. 51).

Importante destacar, conforme Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 1438), que esta espécie de vício também resulta em um desvio de poder ou excesso de poder legislativo, já que um vício substancial decorrente do excesso de poder legislativo é uma figura jurídica que busca aferir a compatibilidade do ato normativo com os fins constitucionalmente previstos e a sua conformidade com o princípio da proporcionalidade, que é, em linhas gerais, a verificação do binômio adequação/necessidade de lei editada frente aos ditames constitucionais:

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*). Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicat os motivos internos da vontade do legislador (*motivi interiori della volizione legislativa*). Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1439).

José Joaquim Gomes Canotilho enfatiza que ao inserir a figura do desvio de poder dos atos administrativos nos atos legislativos se tenta demonstrar que as atividades legislativas são funcionais, com funções específicas e não abstratas (CANOTILHO, 1993, p. 1014). A norma sempre atribui um poder – de edição de normas ou atos – com um determinado fim, condicionando o exercício de competência da autoridade administrativa, e, se esta autoridade perquirir fins distintos destes convencionados, esta deliberação é dada como viciada e nula. Da mesma forma ocorreria com um ato legislativo, nesta concepção, contrária à ideia da lei como um *ato livre no fim (in verbis)*.

O estudo do aspecto material necessariamente envolve aferir a proporcionalidade da lei. Humberto Ávila discorre que a proporcionalidade não é um meio de optar por um princípio em detrimento do outro, mas de estabelecer uma

estrutura formal que possibilite a aplicação dos princípios envolvidos no caso concreto, cujo meio deve ser adequado, necessário e não-excessivo (ÁVILA, 2001, p. 24). Além disso, não é o dever da proporcionalidade em si pormenorizar o que é ou deixa de ser excessivo. Apenas chega-se a uma demonstração do excesso da medida diante da análise do caso concreto e da relevância de certos bens jurídicos no ordenamento. Ou seja, é nesse contato entre normas e conteúdo substancial do fato que se chega a uma real compreensão do excesso, ou não, da medida.

Deste modo, deve haver um exame entre a vontade e os fins almejados pelo legislador e as restrições realizadas na vida do cidadão, tudo isso, sob a ótica constitucional. Assim, a análise busca utilizar adequadamente a lei/ ato normativo como um meio eficaz de alcançar os fins pretendidos, além de verificar se haveria outro meio menos invasivo aos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, do qual se extrai decisão do Ministro Dias Toffoli, trabalha com premissas para o exame da proporcionalidade:

O exame da proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente definida, com subregras - ou, conforme a terminologia adotada, submáximas, subelementos, subcritérios ou subprincípios - independentes, que são aplicadas, de acordo com Carlos Bernal Pulido, de maneira sucessiva e escalonada. Há, portanto uma ordem pré-definida para sua aplicação: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, '(...) A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção

dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito' (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abril, 2002, p. 30 e 34) (BRASIL, HC n. 12.2694/SP).

Ora, a discussão que se apresenta, portanto, é analisar, com base nas decisões judiciais que analisaram a constitucionalidade das leis municipais em comento, se ocorreu uma violação do princípio da proporcionalidade através de um juízo de ponderação entre os direitos tutelados nas leis em questão, o direito à liberdade em oposição ao direito à segurança pública, e examinar se o sacrifício do direito fundamental foi útil para a solução do problema, sem deixar de analisar a autonomia municipal.

Como anteriormente exposto, o direito à liberdade assumiu uma notória concepção de resistência à coação e de abstenção estatal, estando intimamente vinculada a uma concepção jusnaturalista do direito e configurando-se como um direito fundamental do ser humano de primeira dimensão com previsão legal no artigo 5º da Constituição Federal brasileira (SARLET, 2012, 32). José Afonso da Silva (1996, p. 226) sabiamente expõe que a “liberdade é uma conquista constante”, reflexo da evolução histórica da humanidade. Não é correto aludir que a liberdade é uma ausência de coação, já que é próprio de uma sociedade contratualista haver leis, mas sim, afirmar que a definição de liberdade é composta por uma ausência de coação anormal, ilegítima e imoral, consubstanciado na ideia de fazer tudo aquilo que a lei permite.

Pois bem, em uma breve análise aos subprincípios da proporcionalidade, o relator da ADI nº 8000280-30.2016.8.24.0000, da lei municipal de Chapecó, reputou como adequada a lei em questão, por logicamente aduzir em uma maior segurança pública, alcançado os fins pretendidos (SANTA CATARINA. ADI n. 8000280-30.2016.8.24.0000). Quanto ao subprincípio da necessidade da referida lei, o desembargador julgou por não necessária, já que:

[...] os comportamentos visados pelo legislador municipal a serem evitados já são, em sua maioria, tratados pelo direito penal, que, inclusive, no sistema de proteção de bens jurídicos é considerado como a *ultima ratio*, somente sendo legitimada sua atuação quando os demais ramos do direito se mostrem incapazes ou ineficientes para a proteção ou controle social. Ora, as condutas de apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, urinar em local público, dirigir sob a influência de álcool e depredar patrimônio, estão tipificados, respectivamente, no art. 62 da Lei de Contravenções Penais, art. 233 do Código Penal ou art. 61 da Lei de Contravenções Penais, art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro e art. 163 do Código Penal. Desse modo, não se mostra necessária a proibição de ingestão de álcool em local público para toda a população, quando o direito penal já trata de situações específicas e prevê a sanção a ser aplicada individualmente (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal) a quem praticar o fato tipificado.”⁷

Ademais, quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da não-excessividade, o relator da ADI Nº 1.261.686-7 da lei do município de Cascavel, entendeu que este não foi atendido, com o argumento de que o legislador recebe o poder de restringir direitos fundamentais, porém esse poder-dever há de ser exercido de “forma pautada em uma finalidade específica, na qual efetivamente sejam produzidos benefícios sociais, sob pena da atividade ser tida como desarrazoada” (BRASIL, ADI n. 1.261.686-7). Dessa forma, a lei simplesmente teria proibido o uso do álcool em locais públicos sem efetivamente proteger um específico bem jurídico, não havendo equilíbrio entre o meio utilizado e os objetivos perseguidos pelo legislador municipal, já que a limitação é imposta à liberdade individual de todos os cidadãos residentes, mesmo existindo possibilidade de punição apenas aos transgressores.

Essas decisões cimentam, por ora, o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Paraná pela inconstitucionalidade das leis municipais que vedam o consumo de bebidas alcoólicas em espaços públicos, seja por ferir o subprincípio da necessidade, seja por se configurar excessivo na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 8000280-30.2016.8.24.0000. Relator: Desembargador Ronei Danielli. Florianópolis, 12 dez. 2017. Pg. 8.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sociedades complexas deparam-se com problemas cada vez mais complexos. Uma obviedade. A federação brasileira, formada pela união indissolúvel do Distrito Federal, Estados e Municípios, possui a sua unidade jurídica na Constituição Federal, que por sua vez possui princípios e regras de repetição e cumprimento obrigatório em todo o território nacional. É o caso dos direitos e liberdades fundamentais, que sequer podem ser objeto de alteração restritiva no texto constitucional, pois são cláusulas pétreas.

Entretanto, ao lado da unidade resta a diversidade, que juridicamente se reflete nos autônomos sistemas normativos elaborados pelos entes que integram o pacto federativo pátrio, a repercutir a autonomia resultante das competências repartidas na própria Constituição. Trata-se da pluralidade de sistemas normativos, que coexistem, cada um na sua órbita de competências. Através das espécies legislativas estampadas no art. 59 da Constituição Federal é possível que direitos sejam limitados, desde que consoantes aos limites constitucionais. Direitos não são absolutos, o que não significa dizer que qualquer limitação é tolerável. É aqui que resta a análise das leis municipais que vedam o consumo de bebidas alcoólicas em espaços públicos.

Observou-se que os tribunais de justiça de Santa Catarina e Paraná ao analisarem Ações Direta de Inconstitucionalidade de leis municipais que proíbem o consumo de bebidas alcoólicas em espaços públicos acabaram por declarar a respectiva inconstitucionalidade dessas leis. A fundamentação reside no princípio da proporcionalidade, seja com fulcro na necessidade – em razão da existência de outras normas ensejadoras de punição a quem atente à ordem pública ou ao sossego dos demais –, seja com base na proporcionalidade em sentido estrito, a não se compatibilizar com a ordem jurídica uma “sanção” cominada indistintamente a todos, com difícil mensuração dos seus benefícios à sociedade.

Esse é o atual posicionamento judicial, com base nas decisões estudadas, a registrar que a atualidade da matéria e a tendência da sua ampliação nos mais diversos

municípios brasileiros como forma de atender aos reclamos sociais em prol de ordem e sossego público provavelmente remeterão a novas decisões, seja em sede de controle difuso, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais.

Tais posicionamentos não deixam de refletir uma tendência jurisprudencial de compreensão da Federação brasileira com base na simetria constitucional, o que é consoante com a história do próprio federalismo pátrio e, conseqüentemente, com as decisões decorrentes. Uma simetria não somente pela igual forma na qual os entes federados são tratados pela Constituição, mas que permeia a normatividade infraconstitucional desses entes. Difere de outros estados federais, como é caso do federalismo norte-americano, assentado num espectro muito mais alargado da autonomia dos entes regionais e locais, tanto que é usual que os entes locais limitem diferentemente a liberdade dos seus cidadãos sem que máculas de constitucionalidade existam – vide o caso exemplificativo de Nova Iorque, que proíbe o consumo de bebidas alcoólicas em espaços públicos e também o ato de fumar em diversos logradouros de uso comum do povo.

De alguma forma desconsideram-se as particularidades e singularidades locais que fundamentam as comentadas leis restritivas de direitos nos diversos municípios brasileiros – indicadores de criminalidade relacionados, manifestações da sociedade, dentre outros – e ignoram-se os mais variados anseios sociais que impulsionam os agentes políticos a adentrarem em tais limitações da liberdade individual, o que deveria conduzir a análises mais consistentes da aplicação da proporcionalidade em si e a resultados distintos em realidades diferenciadas, não somente cimentadas em reflexões teóricas.

Essas e outras considerações podem levar a novos eixos de análise dessas leis municipais e da jurisprudência que começa a se consolidar. Entretanto, para os fins deste trabalho científico, as reflexões restam consumadas.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: a política e a história**. 2. ed. Lisboa: Presença, 1977.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO. Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Livraria Almedina: Lisboa, 1993.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação brasileira**. 2. ed. Curitiba: Juruá.

CORRALO, Giovani da Silva; CARDOSO, Bruna Lacerda. A Lei Orgânica e a Administração Municipal. In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; STELZER, Joana; BIRNFEL, Liane Francisca Hüning. (Org.). **Direito e Administração Pública I**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a59c0ab76aec5a24>. Acesso em: 02 dez 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. ampl. Bahia: JusPodium, 2009.

LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado (orgs.). **Democracia e direito fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Atlas, 2016.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Estado federal assimétrico no Brasil: o federalismo da Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria**. 2017. 186f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Porto Alegre: L&PM, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direito Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.261.686-7. Relator Desembargador Luiz Osório Moraes Panza. Órgão Especial. Julgado em: 01/06/2015.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos IU, 1995.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Direta de Inconstitucionalidade n. 8000280-30.2016.8.24.0000. Relator Desembargador Ronei Danielli. Órgão Especial. Julgado em: 04/12/2017.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TARLTON, Charles. Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A theoretical speculation. **The Journal of Politics**, v. 27, n. 4, pp. 861-874, Nov. 1965.

WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Atica, 2005.

ZIMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Data da submissão: 30/04/2020

Data da primeira avaliação: 15/06/2020

Data da segunda avaliação: 20/06/2020

Data da aprovação: 20/06/2020