DECRETO — COMÉRCIO DE CIGARROS — PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

— Decreto n. 2.637, de 25 de junho de 1998, que exige, do comércio de cigarros, embalagem de 20 unidades, ofende o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

— Indeferimento de pedido de contracautela.

Supremo Tribunal Federal
Suspensão de Segurança n. 1.320-9

Requerente: União Federal

Requerido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Impetrante: Philip Morris Brasil S.A.

Relator: Sr. Ministro CELSO DE MELLO (Presidente)

Despacho do Relator

DECISÃO: A União Federal, com fundamento no art. 4º da Lei nº 4.348, c/c o art. 297 do RISTF, requer a *suspensão* da eficácia executiva de acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, concedeu, em sede recursal, mandado de segurança em favor da parte impetrante.

O acórdão concessivo da ordem mandamental, cuja suspensão de eficácia é ora requerida na presente sede processual, está assim ementado (fls. 262):

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL — COMÉRCIO VAREJISTA DE CIGARROS — EMBALAGEM COM UMA VIN-

TENA DE UNIDADES: DECRETO N. 2.637, DE 25/06/98 — RIPI.

....

3. Exigência do comércio de cigarros em embalagem de vinte unidades que não atende ao critério da razoabilidade e proporcionalidade com o texto constitucional que proclama a livre iniciativa da ordem econômica, dentro do princípio da livre concorrência (art. 170, IV da CF).

4. Recurso provido. Segurança concedida.”

A União Federal *alega* que a imediata execução da decisão ora questionada implicará grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas.

A douta Procuradoria-Geral da República, ao acolher *um* dos fundamentos invocados pela União Federal, opinou pelo *deferimento* do pedido de suspensão de segurança (fls. 369/371).

Impõe-se analisar, *preliminarmente*, questão pertinente à competência monocrática do Presidente do Supremo Tribunal Federal para apreciar a postulação ora deduzida.

Sabe-se, em face da regra da competência inscrita no art. 25 da Lei nº 8.038/90, que *assiste* ao Presidente do Supremo Tribunal Federal o poder de ordenar a suspensão de eficácia da liminar ou, até mesmo, a paralisação das conseqüências decorrentes da concessão do mandado de segurança, *sempre* que o exame da causa mandamental evidenciar que esta se apóia em fundamento jurídico de natureza constitucional (RTJ 141/719, Rel. Min. SYDNEY SANCHES — RTJ 153/53, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI — SS nº 304-RS (AgRg), Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).

Análise da controvérsia suscitada no processo de mandado de segurança em referência *evidencia* a existência de temas de índole constitucional, especialmente daqueles que se referem à *alegada* transgressão dos princípios da igualdade, da liberdade de iniciativa empresarial e da razoabilidade.

Sendo assim, e *reconhecendo* dispor de competência para julgar esta causa, *passo* a apreciar o *pedido de contracautela* formulado pela União Federal.

Cabe ressaltar, por necessário, que, na análise do pedido de suspensão de segurança, *não* se examina, *em princípio*, o mérito da causa mandamental, *devendo*, a apreciação jurisdicional, *limitar-se*, nesta instância de mera delibação, aos aspectos concernentes ao reconhecimento, ou não, da *potencialidade lesiva* do ato decisório — que defere a medida liminar *ou* que concede o mandado de segurança — sobre a ordem e a economia públicas (RTJ 125/904, Rel. Min. RAFAEL MAYER — RTJ 143/23, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA):

“Em processo de Suspensão de Segurança, não se examinam as questões da causa em que deferido o writ ou a liminar, mas, apenas, se ocorre, com tal deferimento, hipótese de risco de grave lesão à ordem, à saúde, à

segurança e à economia públicas (art. 4º da Lei nº 4.348, de 26-6-1964, e art. 297 do RISTF).”

(RTJ 140/366, Rel. Min. SYDNEY SANCHES)

E, *sob tal aspecto*, entendo *inocorrer* situação configuradora de lesão potencial aos valores sociais tutelados pelo diploma legislativo, que, em caráter excepcional, legitima o deferimento da medida de contracautela.

Cabe referir, neste ponto, a *procedente* observação feita pela douta Procuradoria-Geral de República, cujo parecer, *ao afastar a alegação de grave ofensa à economia e à ordem públicas*, assim justificou o seu pronunciamento (fls. 370):

“No mérito, quanto à grave lesão à economia pública, parece-me que não assiste razão à União Federal. Por certo, se uma das finalidades da restrição legal no mandado de segurança questionada é inibir o aumento da comercialização de cigarros, que se tornaria realidade com a diminuição do número de cigarros por maço — porque, logicamente, o preço por carteira seria mais reduzido —, forçosa a conclusão de que a mudança assegurada à Philip Morris Brasil S/A pelo acórdão ora impugnado trará ao Fisco uma maior arrecadação do IPI.

Relativamente à grave lesão à ordem pública, melhor sorte não tem a requerente, pois a existência de dificuldades maiores na fiscalização de tributo não há de ser considerada como obstáculo para a efetivação do princípio constitucional da livre iniciativa. Cumpre ao Estado aparelhar-se adequadamente para a realização de suas atividades, de forma a satisfazer o interesse público sem causar prejuízo a bens jurídicos constitucionalmente protegidos.”

Sustenta-se, *de outro lado*, e desta vez com o apoio do Ministério Público Federal (fls. 371), que a saúde pública *poderia* ser afetada pela *imediata* execução da decisão em causa.

Tenho para mim, no entanto, que o acórdão ora impugnado *não* agrava, *por si só*, os efeitos prejudiciais que *ordinariamente* decorrem da prática nociva do tabagismo.

Na realidade, a redução do número de cigarros em cada embalagem *poderia* ter o efei-

to de condicionar o comportamento do fumante, estimulando-o, psicologicamente, a diminuir o consumo diário desse produto.

Daí a observação constante do *parecer* elaborado pelo eminente Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (fls. 170):

“Notoriamente, o conteúdo do maço ou carteira de cigarro serve de referência para o consumo diário dos fumantes (todos que fumam bem o sabem) e de alerta para que se mantenham dentro de certos limites. Cumpre psicologicamente a função de delimitar um ponto a não ser ultrapassado. Não raro, os que querem melhor controlar-se ou diminuir o número de cigarros fumados servem-se de cigarreiras que preenchem com quantidade inferior à vintena, no afã de reduzir paulatinamente a quantidade de unidades por dia (...)

Donde, embalagens com quantidade algo inferior à vintena concorrem na mesma direção estimativa das campanhas contra o fumo, presumidamente defensivas da saúde, ao passo que a obrigatoriedade da vintena imposta pelo decreto-lei e normas a ele subalternas — contradita tal orientação.”

Cabe destacar, neste ponto, por necessário, que a comercialização de cigarros, no Brasil, em embalagens com quantidade inferior a 20 unidades, não constitui fato novo, mesmo porque — é preciso salientar — a exigência de que cada maço contivesse 20 unidades aplicava-se somente às empresas brasileiras (DL nº 1.593/76, art. 6º), e não às empresas estrangeiras, que puderam, até o advento do Decreto nº 2.637/98 (art. 272), comercializar seus produtos no território nacional, em embalagens com quantidades inferiores a 20 unidades.

Impõe-se ter presente, finalmente, que o poder-dever que incumbe ao Estado de intervir em atividades consideradas prejudiciais à saúde pública encontra limitações no próprio texto da Constituição da República, que não admite e nem tolera a edição de atos estatais veiculadores de restrições desvestidas de razoabilidade.

Essa, no fundo, *simultaneamente* com os temas da reserva constitucional de lei formal e da liberdade de iniciativa empresarial, tra-

duz a questão básica, cuja discussão — vinculada ao princípio do *substantive due process of law* — acha-se em curso no processo mandamental de que se originou o acórdão ora questionado.

Os temas suscitados no processo mandamental assumem inquestionável relevância jurídico-constitucional, *notadamente* a controvérsia que, na espécie ora em exame, põe em evidência o princípio da proporcionalidade.

É certo — como já precedentemente enfatizei — que, em sede de suspensão de segurança, não se discute, *em princípio*, o fundo da controvérsia mandamental (RTJ 143/23).

No entanto, não posso deixar de considerar, na análise do caso presente, *tanto* a existência de um acórdão concessivo de mandado de segurança (remédio constitucional cuja eficácia não deve ser neutralizada por disposição constante de simples diploma legislativo) quanto a plausibilidade jurídica da tese exposta pela parte impetrante, *especialmente* se se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal que já *assentou* o entendimento de que *transgride* o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) — analisado este na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*) — a regra estatal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da *irrazoabilidade*.

Coloca-se em evidência, *neste ponto*, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica — *enquanto* *coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais* (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) — como postulado básico de *contenção* dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado — *inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa* — adverte que o princípio da proporcionalida-

de, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, *proíbe* o excesso e *veda* o arbítrio do Poder, *extraindo* a sua justificação dogmática de *diversas* cláusulas constitucionais, *notadamente* daquela que veicula, *em sua dimensão substantiva ou material*, a garantia do *due process of law* (Raquel Denize Stumm, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Direitos Humanos Fundamentais”, p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; Paulo Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros; Gilmar Ferreira Mendes, “Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e Políticos”, p. 38/54, 1990, Saraiva).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a *inibir* e a *neutralizar* o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, *notadamente* no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar. *Dentro dessa perspectiva*, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A validade das manifestações do Estado, *analisada estas em função de seu conteúdo intrínseco* — especialmente naquelas hipóteses de *imposições restritivas* incidentes sobre determinados valores básicos — passa a depender, *essencialmente*, da observância de determinados requisitos que pressupõem “*não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)*”, *de tal modo que “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)”* (Gilmar Ferreira Mendes, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Fede-

ral”, in Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, p. 475).

Cumprir enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal — objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz *um* dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade — deve ser entendida, *na abrangência de sua noção conceitual*, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público (*procedural due process of law*), mas, *sobretudo*, em sua dimensão material (*substantive due process of law*), que atua como *decisivo obstáculo* à edição de atos normativos revestidos de conteúdo *arbitrário* ou *irrazoável*.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra *qualquer* modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, *dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades normativas do Estado*, que este *não dispõe* de competência para atuar *ilimitadamente*, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Dá a advertência de Caio Tácito (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de Santi Romano, destaca que a figura do *desvio de poder legislativo* impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade normativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem *censurado* a validade jurídica de atos estatais, que, *desconsiderando* as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os *padrões de razoabilidade* e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e

nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140, Rel. Min. Celso de Mello — ADIn 1.063-DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.).

De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem *prestigiado* normas que *não se revelam* arbitrárias ou irrazoáveis em suas prescrições, em suas determinações ou em suas limitações:

“A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (substantive due process of law).”

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração

normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”

(ADIn 1.407-DF, Rel. Min. Celso de Mello)

Conclui-se, portanto, que, *se* a norma revelar-se tisdada pelo vício da irrazoabilidade, restará configurado, *em tal anômala situação*, o excesso de poder em que incidiu o Estado, *o que compromete* a própria função constitucional inerente à atividade de positivação do Direito, pois o ordenamento jurídico *não* pode conviver com atos estatais revestidos de conteúdo arbitrário.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, *indefiro* o pedido de contracautela formulado pela União Federal.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 06 de abril de 1999.

Ministro Celso de Mello, Presidente