

**O USO DA PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Titular Virgílio Afonso da Silva.

Candidato: Bruno Ramos Pereira

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo – 2009

Banca examinadora:

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores, colegas e amigos que se dedicaram a ler meus textos e a criticar minhas idéias ao longo do mestrado.

Agradeço à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) por ter inserido o Supremo Tribunal Federal na pauta dos meus interesses acadêmicos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO E PROBLEMA (p. 6)

- 1.1 Contextualização da acepção de proporcionalidade com a qual o trabalho dialoga
- 1.2 Proporcionalidade e o Supremo Tribunal Federal
- 1.3 Hipótese do trabalho

2. AMOSTRA E MÉTODO (p. 16)

- 2.1 Amostra
- 2.2 Método
 - 2.2.1 Classificação dos votos quanto ao interesse preponderante
 - 2.2.2 Classificação dos votos quanto ao tipo de coerência

3. VISÃO GLOBAL DA AMOSTRA: 2004 A 2006 (p. 28)

4. O USO DA PROPORCIONALIDADE NOS VOTOS DE GILMAR MENDES (p. 34)

- 4.1 Os textos jurídicos de Gilmar Mendes
- 4.2 O perfil dos votos de Gilmar Mendes e as relações entre as variáveis
 - 4.2.1 Relações entre constitucionalidade e interesse preponderante
 - 4.2.2 Relações entre constitucionalidade e tipo de coerência
 - 4.2.3 Relações entre constitucionalidade e origem do ato normativo questionado
 - 4.2.4 Relações entre constitucionalidade, interesse predominante e tipo de coerência
 - 4.2.5 Relações entre constitucionalidade, interesse predominante, tipo de coerência e origem do ato normativo questionado
- 4.3 Proporcionalidade e tipo de coerência nos votos
 - 4.3.1 Coerência forte
 - 4.3.1.1 AC MC QO 189/SP (2004) – Caso dos vereadores
 - 4.3.1.2 ADI 3324/DF (2004) – Caso da transferência de militares
 - 4.3.1.3 RE 418376/MS (2006) – Caso da união estável

4.3.1.4 RE AgR 364304/RJ (2006) – Caso IPTU progressivo

4.3.2 Coerência média

4.3.2.1 HC 84862/RS (2005) – Caso da progressão de regime em crimes hediondos

4.3.3 Coerência fraca

4.3.3.1 ADI 2868/PI (2004) – Caso dos precatórios

4.3.3.2 RE 346084/PR (2005) – Caso PIS: conceito de faturamento

4.3.3.3 RE 413782/SC (2005) – Caso das notas fiscais individualizadas

4.3.3.4 ADI 1351/DF (2006) – Caso da “cláusula de barreira”

4.4 Coerência do ministro

5. A AUSÊNCIA DE DEBATES SOBRE A PROPORCIONALIDADE ENTRE OS MINISTROS DO STF (p. 76)

6. MANIFESTAÇÕES DOS MINISTROS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE STF E LEGISLATIVO (p. 85)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS (p. 90)

REFERÊNCIAS (p. 93)

ANEXO I (p. 96)

ANEXO II (p. 109)

ANEXO III (p. 110)

RESUMO (p. 111)

ABSTRACT (p. 112)

1. INTRODUÇÃO E PROBLEMA

Esta dissertação insere-se no debate sobre as relações entre judiciário de um lado e legislativo/executivo de outro. Mais especificamente, insere-se no debate sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF) para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

No entanto, o enfoque dado ao trabalho não será a sistematização ou a análise crítica da literatura que se dedica a esse debate. Optou-se pelo foco nas decisões do STF que, de modo difuso (caso a caso), contribuem para a definição da relação do tribunal com os demais poderes. Para a escolha dos casos, optou-se pela seleção dos julgados em que a proporcionalidade foi utilizada na argumentação de ao menos um dos ministros do STF.

O conflito entre democracia, potencialmente representada nas decisões do legislativo e do executivo, e defesa da constituição, potencialmente representada nas decisões do STF, é um conflito mediado pela interpretação que os poderes realizam da Constituição Federal. Apesar da clareza em relação ao objeto a ser interpretado, há constantes desacordos e dúvidas sobre os limites da constituição em relação às decisões concretas do legislativo ou do executivo.

A interpretação jurídica desenvolveu-se tendo por base a subsunção, ou seja, avalia-se o fato diante da norma e opera-se a consequência jurídica prevista, desde que haja compatibilidade entre a descrição fática abstrata prevista na norma e a realidade. Esta concepção pode ser satisfatória para certas normas, mas não para a constituição como um todo, pois esta franqueia caminhos imprecisos por onde os poderes políticos podem seguir.¹ Isso ocorre, por exemplo, com os direitos fundamentais.²

¹ Alexy (2008, p. 545): “No centro do longo e árduo debate acerca da jurisdição constitucional encontra-se o problema do equilíbrio entre a competência do tribunal constitucional e a do legislador. Uma solução perfeita existiria em um sistema de regras que fornecesse, em cada caso, uma única resposta à pergunta sobre se o tribunal extrapolou, ou não, sua competência nos casos em que, de alguma forma, tenha agido contra o legislador. No entanto, não apenas não se pode contar atualmente com uma solução desse tipo, como também é possível indagar, tendo em vista o enraizamento do problema em questões fundamentais, se existe alguma possibilidade de tal solução ser algum dia possível”.

² Alexy (2008, p. 551) ressalta as características das disposições de direitos fundamentais: “extremamente abstratas, abertas e ideologizadas”.

A discussão ou dificuldade está justamente nos caminhos imprecisos franqueados pela constituição, onde a subsunção encontra seus limites ao fornecer respostas sobre a aplicação e interpretação do direito.³

Em outras palavras, além de declarar a constitucionalidade das escolhas normativas claramente permitidas e a inconstitucionalidade das escolhas normativas claramente proibidas,⁴ cabe ao STF avaliar um grande número de escolhas normativas em relação às quais a constituição não oferece respostas claras. Este é o cenário problemático em que o STF atua e o contexto em que o trabalho foi desenvolvido.

Para tentar dar conta dessa realidade, surgiram novas técnicas de decisão, interpretação e aplicação do direito.⁵ Dentre estas novidades, escolheu-se como objeto do trabalho a proporcionalidade na forma em que foi utilizada pelos ministros do STF.

Para realizar o estudo, foi necessário entrar em contato com concepções de proporcionalidade retratadas na literatura e que, em menor ou maior grau, explícita ou implicitamente, são aplicadas ou mencionadas nos votos dos ministros. Essas concepções não são o objeto da pesquisa, mas serviram para melhor situar a análise das decisões que utilizaram a proporcionalidade.

Passo agora a explicar como a dissertação está estruturada.

Neste Capítulo 1, defino a acepção de proporcionalidade com a qual trabalhei para a seleção dos votos dos ministros do STF.

No Capítulo 2, explico como os votos foram selecionados, justifico a exclusão de casos que não se mostraram relevantes e apresento o método por meio do qual os votos foram analisados.

³ Sobre os limites da hermenêutica tradicional e a experiência do tribunal alemão na análise dos fatos e prognoses legislativos, ver Ferreira Mendes (1999, p. 504-513).

⁴ Os termos “escolhas normativas claramente proibidas” e “escolhas normativas claramente permitidas” são conceitos criados para contribuir com a percepção de que há conflitos constitucionais em que o grau de dificuldade para sua solução não é tão grande. Por exemplo, qualquer intérprete concordaria que é proibido ao Congresso Nacional aprovar emendas constitucionais que foram submetidas à votação apenas em um turno no Senado e na Câmara dos Deputados (art. 60 da Constituição Federal). Qualquer intérprete também concordaria que apenas é permitido à União declarar a guerra e celebrar a paz (art. 21, II, da Constituição Federal).

⁵ A Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, prevê a possibilidade de mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27). Prevê também a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (art. 28, parágrafo único).

O Capítulo 3 traz uma visão geral dos casos e votos considerados relevantes para a pesquisa. Em função da configuração desses dados, optei por aplicar o método nos votos do ministro Gilmar Mendes. O Capítulo 4 traz exemplos de aplicação do método.

No Capítulo 5, chamo a atenção para o fato de que foram poucos os debates entre os ministros do STF sobre utilizações concretas ou concepções abstratas a respeito da proporcionalidade. No Capítulo 6, analiso as manifestações dos ministros do STF sobre a relação do tribunal com o legislativo.

E, finalmente, encerro a dissertação no Capítulo 7, retomando o que de nuclear foi possível concluir.

1.1 Contextualização da acepção de proporcionalidade com a qual o trabalho dialoga

O mote da pesquisa foi entender como os ministros do Supremo Tribunal Federal vêm utilizando a proporcionalidade⁶ em seus votos e a eventual influência dessa utilização para o tribunal.

Diante desse objetivo, não pareceu adequado escolher um único conceito de proporcionalidade que se julgue o mais correto e contrapô-lo aos usos da proporcionalidade efetuados pelos ministros do STF, para chegar à conclusão de que se os ministros não seguiram o conceito por mim eleito, estariam incorretos ou cometeriam um equívoco.

Como se verá com mais detalhes no Capítulo 2, a análise sobre o uso da proporcionalidade abre espaço para que cada ministro a conceitue em suas decisões. É diante do conceito dado pelo ministro que o uso da proporcionalidade será analisado (coerência no uso da proporcionalidade).

A despeito disso, não é qualquer conceito de proporcionalidade que está contido no tema deste trabalho. É importante definir o contexto da “proporcionalidade” que interessa ao trabalho, ou seja, o referencial teórico ao qual a pesquisa vinculou-se para selecionar, entre os acórdãos inicialmente obtidos, quais seriam os relevantes.

⁶ A proporcionalidade é designada na literatura por meio de diversos termos (postulado, regra, princípio, máxima, critério). Quando comentar o uso feito por algum ministro, se julgar relevante, explicitarei, entre aspas, o termo usado pelo ministro cujo voto estiver sendo comentado.

Neste sentido, proporcionalidade se vincula aos seguintes temas: conflitos entre princípios constitucionais, ponderação, sopesamento, colisão de direitos fundamentais, restrição aos direitos fundamentais, casos constitucionais difíceis e excesso do poder estatal. Essas são as palavras-chave normalmente vinculadas, na literatura, ao conceito de proporcionalidade com o qual este trabalho dialoga.

A acepção de proporcionalidade utilizada por este trabalho é a de uma ferramenta que tem a potencialidade de facilitar o diálogo entre os poderes⁷ no momento em que há a tomada de decisão por parte de uma corte constitucional.⁸ A seguir, serão indicados mais detalhes sobre a proporcionalidade.

A regra da proporcionalidade, e aqui já há uma escolha ao utilizar o termo “regra”,⁹ é reconhecida como um importante instrumento para a solução de conflitos constitucionais sobre direitos fundamentais. Essa qualificação decorre de opiniões presentes na literatura no sentido de que a proporcionalidade é bastante utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal,¹⁰ é um dos temas mais relevantes do moderno direito constitucional¹¹ e contribui para garantir o Estado Democrático de Direito.¹² Como se verá ao longo do trabalho, alguns ministros do STF também depositam na proporcionalidade expectativas compatíveis com as mencionadas na literatura indicada acima. Passo agora a explicar as três etapas que constituem a regra da proporcionalidade.

De acordo com a literatura que se dedica ao tema, o uso da proporcionalidade envolve a aplicação sucessiva de três etapas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). As três etapas que compõem a regra da proporcionalidade tendem a trazer segurança e objetividade ao discurso do juiz ou intérprete que as utiliza. Pode-se fazer tal afirmação em função do fato de que as etapas da proporcionalidade se propõem a estruturarem o argumento desenvolvido pelo intérprete.

⁷ Ávila (2008, p. 165 e ss), ao analisar as etapas que integram a proporcionalidade, sempre conecta sua análise à questão dos limites do judiciário para anular decisões dos outros poderes. Sobre o diálogo entre os poderes, ver Hübner Mendes (2008, b).

⁸ Como escreveu Martins (2003, p. 28), sobre o que estabelece a proporcionalidade, limite material criado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “a concretização da reserva legal e quaisquer outras intervenções [em direitos fundamentais] teriam que passar pelo crivo do critério da proporcionalidade”.

⁹ Ver Silva (2002).

¹⁰ Gilmar Mendes no prefácio de Branco (2006), assinado em 10/10/2005: “No Brasil, o princípio da proporcionalidade vem sendo largamente utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como instrumento para a solução de colisão entre direitos fundamentais”.

¹¹ Ferreira Mendes (1999, p. 71).

¹² Branco (2006, p. 135).

Ao se decidir sobre um conflito jurídico que envolva direito fundamental, a aplicação da proporcionalidade permite que, nas duas primeiras etapas (adequação e necessidade), um juízo empírico possa ser feito. Isto é, avalia-se, respectivamente, a relação de causa e efeito entre a medida estatal e o fim buscado por ela (bastando que a medida tenha a capacidade de fomentar o fim, não se exige a certeza de que esse será alcançado) e a inexistência de outro meio que, produzindo efeito de mesma qualidade, possa restringir em menor grau o princípio que se opõe à medida.¹³

Dessa forma, permite-se uma avaliação relativamente objetiva do conflito constitucional antes que se chegue a terceira e última fase da regra (proporcionalidade em sentido estrito), em que há a escolha de um dos pólos do conflito constitucional pelo STF, pondo fim a ele.¹⁴ A avaliação da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.¹⁵

A despeito do resumo indicado acima, a regra pode ser citada na fundamentação de uma decisão sem que a passagem pelas três fases seja feita. Por exemplo, com base no “princípio da proporcionalidade”, fundamenta-se a decisão apenas com a utilização da

¹³ Estes conceitos são apresentados por vários autores nacionais. No entanto, indico as páginas de Alexy (2008, p. 116-120) em função do fato de que pode ser uma das influências dos autores brasileiros (de fato, Alexy foi mencionado por alguns autores brasileiros lidos ao longo da concepção deste trabalho).

¹⁴ Por mais que essa última etapa seja adjetivada como “ponderação racional”, Silva (2002, p. 40), creio que é a etapa que traz menos rigor argumentativo àquele que a utiliza. Martins (2003, p. 34) critica a proporcionalidade em sentido estrito: “O problema da utilização do ‘critério’ da proporcionalidade em sentido estrito vai além de sua dúbia objetividade ou potencial subjetividade. Ela tem o condão de ferir tanto o princípio da separação de funções (‘poderes’) estatais e o princípio democrático, pois ponderar em sentido estrito significa tomar decisões políticas e não jurídicas. Acima das relações empíricas entre intervenção e propósito estatal está a ponderação *stricto sensu* do legislador. Tal ponderação feita entre bens jurídicos ou direitos colidentes cabe somente ao legislador, em se considerando sua legitimação democrática e constitucional organizacional”.

¹⁵ Ávila (2008, p. 173). Na mesma página, o autor classifica a proporcionalidade em sentido estrito como “uma avaliação fortemente subjetiva”. No mesmo sentido, afirma Martins (2003, p. 19). Em outro sentido, coloca-se Alexy (2008, p. 163 e ss). Quando aborda a questão do sopesamento, menciona as críticas frequentemente feitas: modelo fechado a um controle racional, sujeito ao arbítrio daquele que sopesa, abriria espaço para o subjetivismo e decisionismo dos juízes. Alexy afirma que tais críticas são procedentes “se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco” (p. 164). Para o autor, essa crítica não gera a conclusão de que o sopesamento é irracional. Alexy afirma que há dois tipos de sopesamento: o decisionista e o fundamentado. Este último seria controlável racionalmente (p. 165), pois nele há preocupação maior com a fundamentação do enunciado de preferência entre os princípios (ver p. 166-176).

proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, apenas há a escolha de um dos lados do conflito constitucional.¹⁶

Esta opção caracteriza-se pela utilização retórica da regra da proporcionalidade¹⁷ para aqueles que compreendem a proporcionalidade como composta pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A segurança e a exigência de fundamentação, presentes nas etapas da adequação e da necessidade, são desconsideradas, gerando um déficit de justificação da decisão.

A finalidade da regra é a possibilidade de mapeamento dos fundamentos da solução de casos constitucionais complexos.¹⁸ Se a medida estatal não passar por um dos dois primeiros testes da regra (adequação e necessidade), a medida será considerada desproporcional, o que justifica a decisão pela inconstitucionalidade, não sendo necessário que o intérprete avalie o cumprimento da proporcionalidade em sentido estrito.

Esclareço que alguns dos temas relacionados à proporcionalidade não serão analisados nesta dissertação. Refiro-me, por exemplo, ao debate sobre o fundamento da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e as peculiaridades do debate alemão sobre a proporcionalidade.

No entanto, o fato de não haver consenso na literatura brasileira sobre os conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁹ não traz prejuízos à análise dos votos, pois o parâmetro para a sua análise partirá dos conceitos apresentados pelos próprios ministros.

O conceito de proporcionalidade, nos limites desta dissertação, tem finalidade instrumental, pois sua apresentação objetiva situar o leitor sobre as referências aqui utilizadas para a seleção dos acórdãos e para as análises dos votos.

¹⁶ É importante ressaltar que pode haver casos em que os raciocínios referentes à proporcionalidade são feitos por um ministro, mas o ministro não usa as palavras “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”. No entanto, esses casos não são objetos do trabalho.

¹⁷ Silva (2002, p. 45-46).

¹⁸ Sobre casos complexos ou difíceis, ver Dworkin (2002, p. 127-203). Por mais que o autor não aborde a proporcionalidade, ele desenvolve análise sobre os desafios da interpretação em casos caracterizados por um conflito de normas constitucionais.

¹⁹ Silva (2002, p. 36), sobre divergências a respeito da adequação, e Ávila (2008, p.160), sobre autores que incluem proibição do excesso e razoabilidade no exame da proporcionalidade.

1.2 Proporcionalidade e o Supremo Tribunal Federal

Em função das diversas possibilidades normativas permitidas pelos princípios constitucionais, o Estado toma a decisão política de privilegiar alguns em detrimento de outros, diante da impossibilidade de satisfazê-los todos. Portanto, o executivo e o legislativo produzem atos normativos que concretizam alguns princípios. Quando a constitucionalidade desses atos é questionada no STF, o tribunal é chamado a decidir sobre a ponderação realizada pelos órgãos políticos e, em muitos casos, recorre à regra da proporcionalidade para decidir.

Quando o STF decide pela inconstitucionalidade do ato normativo ou da conduta, ele anula a escolha de um órgão competente para fazê-la, o que gera, na prática, a substituição da ponderação do órgão competente (político ou não) pela do STF, mesmo que apenas de modo negativo.

A qualidade do discurso do STF determina o grau de legitimidade de sua atuação.²⁰ Quanto mais racional e coerente for o discurso, menores serão os atritos entre o sistema político e o sistema jurídico (também seria menos hermético o eventual diálogo entre STF e todos aqueles que se interessam por suas decisões: pesquisadores, advogados e cidadãos). O problema apresenta-se, pois nem todos os conflitos constitucionais podem ser solucionados com uma argumentação cuja racionalidade seja patente (sobre a impossibilidade de interpretações únicas e inequívocas, ver nota 15). Diante disso, o STF recorre frequentemente à proporcionalidade para tentar explicar racionalmente²¹ suas decisões.

²⁰ Mendes (2008, a, p. 12-13), ao defender a insuficiência da hermenêutica constitucional para garantir a boa decisão judicial, problematiza a automática legitimidade conferida ao judiciário para solucionar conflitos constitucionais e ao STF, tendo em vista que decide por último. Alexy (1999, p. 66): “A chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente (...). Ele [o tribunal constitucional] não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados”.

²¹ A questão sobre o grau de racionalidade da proporcionalidade já foi mencionada algumas vezes e será mencionada algumas outras vezes ao longo do trabalho. Esta questão está presente no debate sobre a proporcionalidade (ver notas 14 e 15). No entanto, não é objeto do trabalho conceituar a racionalidade. Ela está presente no trabalho na medida em que o trabalho aborda a proporcionalidade e a racionalidade é um tema presente neste debate.

Ocorre que alguns autores já perceberam que o Supremo Tribunal Federal nem sempre utiliza a proporcionalidade da forma como ela foi descrita acima.²² Os autores afirmam que grande parte da doutrina nacional equivoca-se ao explicar ou utilizar a regra da proporcionalidade e que isso ocorre também no STF.²³

O tema é relevante porque as formas como o Supremo Tribunal Federal desconstitui ou confirma a ponderação do legislativo ou do executivo indicam como o STF encara o conflito entre supremacia constitucional e democracia. O entendimento da lógica dos métodos de interpretação/aplicação do direito e a sua coerente utilização indicam a tomada de consciência do tribunal sobre sua função diante de escolhas políticas.²⁴

Por exemplo, no caso da proporcionalidade, o fato de que a etapa mais subjetiva (proporcionalidade em sentido estrito) é a última a ser utilizada indica que o ato de um tribunal anular uma medida estatal com base em princípios é uma prática que deve ser exercida em último caso, não como instrumento inicial para julgar a constitucionalidade de uma medida estatal.

Em função disso, pode-se imaginar um ministro que tem como concepção que um tribunal, ao julgar questões constitucionais, não deve dar a última palavra sobre questão constitucional decorrente de um conflito entre princípios. Portanto, para esse ministro, se a medida estatal passar pelo dois primeiros estágios da regra da proporcionalidade, a consequência será considerá-la constitucional, pois, de acordo com sua concepção, não cabe ao tribunal fazer uma ponderação incumbida ao legislativo ou executivo.

²² Ávila (1999), Silva (2002) e Martins (2003).

²³ Os autores divergem em alguns pontos. Por exemplo, sobre o campo de aplicação da proporcionalidade, mais amplo para Ávila (1999), e a racionalidade da proporcionalidade em sentido estrito, que, como já mencionada, encontra críticas em Martins (2003).

²⁴ Talvez, a proporcionalidade seja utilizada sem muitos embaraços no cenário jurisdicional brasileiro, quanto a sua repercussão sobre a relação entre os poderes, em função da ênfase que os administrativistas deram a um tipo de conceito de proporcionalidade para a avaliação da legalidade dos atos do executivo. Essa ênfase pode ter surgido na época em que o país vivia sob regime ditatorial, em que o executivo concentrava muitas funções (1964-1988). No entanto, quando, após 1988, utiliza-se a proporcionalidade na análise de um ato do legislativo ou executivo, trata-se de uma análise muito mais sensível tendo em vista a questão da legitimidade do judiciário para anular um ato do legislativo ou executivo em uma democracia. Trata-se de uma percepção que não dialoga com o objetivo essencial do trabalho, por isso está em nota de rodapé, apenas para registro. A fonte dessa percepção: voto de Celso de Mello na ADI MC 1407/DF, 1996. Neste voto, o ministro, quando começa a abordar a proporcionalidade, antes de mencionar autores mais conectados com o conceito de proporcionalidade com o qual este trabalho dialoga (por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes), cita administrativistas como Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo. Além disso, após transcrever trechos de Gilmar Ferreira Mendes sobre adequação e necessidade, traz a idéia de desvio de poder legislativo, vinda do direito administrativo, ao indicar texto de Caio Tácito.

Se a constituição deixa certa liberdade para que os órgãos políticos possam decidir por quais caminhos normativos o Estado deve seguir, por que vetar a escolha do legislador, substituindo-a por uma escolha que o julgador considera mais correta?

Já um ministro que, após avaliar o respeito da medida estatal às duas primeiras etapas da regra, considera que o STF está legitimado para opinar sobre a escolha feita pelo legislador, não terminará sua função após as duas etapas iniciais e fará a análise da ponderação entre os dois princípios, já feita pelo legislador.

Isso ocorre quando uma lei institui normas, com o objetivo de regular situação caracterizada pelo conflito entre dois princípios constitucionais, e tais normas protegem de modo mais intenso um dos dois princípios constitucionais que se opõem. Em tal cenário pode-se dizer que o legislativo fez a ponderação entre os dois princípios ao editar a lei. O conteúdo dessa ponderação indica a avaliação político-jurídica do legislador. Mas, mesmo assim, o julgador, considerando-se apto a reavaliar a norma jurídica, fará a sua ponderação sobre qual princípio deve prevalecer no conflito que a ele foi apresentado. Percebe-se que há nuances sobre a aplicação da proporcionalidade que influenciam a relação entre os poderes.

Em função disso, seria interessante que houvesse uma preocupação constante de cada ministro do STF em expressar seu entendimento teórico sobre proporcionalidade, sua compreensão sobre quais são os conflitos em relação aos quais a proporcionalidade poderia ser utilizada (situação de fato que permitiria a utilização da regra) e sua compreensão sobre como a proporcionalidade pode ser utilizada para solucionar um conflito na prática.²⁵

É com base nessa visão que será abordado o método por meio do qual os votos dos ministros do STF foram analisados. Mas, antes disso, é necessário indicar expressamente a hipótese do trabalho.

²⁵ Ao comentar o caráter inócuo e retórico da jurisprudência do STF sobre a proporcionalidade, Martins (2003, p. 20) afirma: “Como consequência de tais incertezas e imprecisões, vislumbra-se o risco para a segurança jurídica da aplicação de um princípio tão aberto que nada mais traz do que descrever o processo de aplicação da idéia de justiça ao caso concreto, aplicação esta feita por meio da ponderação de bens ou valores jurídicos. Chega-se, desta maneira, à imagem da balança, onde se pode livremente misturar e combinar os mais variados pesos e medidas. Por consequência, a argumentação perde fatalmente sua natureza jurídica. No seu lugar, trava-se uma discussão política por órgãos e auxiliares não legitimados constitucionalmente para tanto, ofendendo potencialmente o art. 2º CF”. Essa descrição, em alguma medida, é compatível com o uso da proporcionalidade do ministro Carlos Britto (ver nota 83). Ao longo do trabalho, li alguns votos de Carlos Britto e, tendo em vista que tais votos não serão analisados em profundidade, deixo aqui anotada essa observação.

1.3 Hipótese do trabalho

Em função do que foi acima exposto, a hipótese do trabalho é: os ministros do STF não utilizam a proporcionalidade de modo coerente.

Será explicado a partir de agora como os acórdãos e votos foram selecionados e a escolha por testar a hipótese em relação aos votos do ministro Gilmar Mendes.

2. AMOSTRA E MÉTODO

2.1 Amostra

No início da pesquisa, foram buscadas decisões que utilizassem a proporcionalidade sem grandes preocupações com limites temporais. Apesar de o projeto de pesquisa indicar como marco temporal da análise de acórdãos o ano de 1988, foi considerado relevante um esforço inicial no sentido de testar se a proporcionalidade, na acepção que interessa à pesquisa, esteve presente no STF mesmo antes de 1988.

Como resultado desse esforço, muitas decisões, desde 1953, foram inicialmente selecionadas.²⁶ No entanto, a proporcionalidade mencionada em tais decisões não dialogava com a acepção de proporcionalidade que permeia a pesquisa.

Foram mais de 70 decisões entre 1953 e 1988. A decisão que utilizou uma concepção de proporcionalidade mais próxima da que interessa ao trabalho foi a Representação nº 1302/DF, de 12/11/1986, relatada pelo ministro Djaci Falcão. Neste caso, questionava-se a constitucionalidade de norma que estabelecia regime jurídico próprio para os empregados domésticos, afastando-os do regime jurídico da CLT. O relator, transcrevendo palestra que proferiu, afirmou que seria “desproporcionada” uma distinção de regimes jurídicos em relação a situações iguais. No caso, o STF decidiu que empregados domésticos têm peculiaridades quanto ao trabalho que desempenham, de modo que um tratamento diferente seria justificável.

Tendo em vista o fato de que as decisões selecionadas entre 1953 e 1988 não dialogavam com a acepção de proporcionalidade que permeia a pesquisa, houve a retomada do marco temporal indicado no projeto de pesquisa.

A partir de 1988, o primeiro caso que aborda a proporcionalidade de acordo com a acepção explicada no início do trabalho é a ADI MC 855/PR, de 01/07/1993, relatada por Sepúlveda Pertence (acórdão analisado em SILVA, 2002).²⁷

²⁶ Foi utilizada a ferramenta de busca “pesquisa livre” da página eletrônica do STF. Mais detalhes sobre o uso dessa ferramenta serão informados neste item 2.1.

²⁷ Gilmar Mendes, no prefácio de Branco (2006), afirma que em 1968, no HC 45232, relatado pelo ministro Themístocles Cavalcanti, o STF utilizou o “princípio da proporcionalidade, como dimensão específica do princípio do devido processo legal”, onde houve “interessante associação entre a idéia de irrazoabilidade da decisão e o princípio da proporcionalidade, quando foi analisada, detidamente, a adequação da medida aos fins propostos”. No mesmo prefácio, assinado em 10/10/2005, Gilmar Mendes afirma que o ministro Moreira Alves participou da consolidação e aplicação do princípio da proporcionalidade no STF. Cita a Representação nº 1077,

Diante da impossibilidade de selecionar e analisar todos os casos em que a proporcionalidade foi utilizada pelos ministros do STF desde 1993, fez-se necessário escolher o período para a seleção dos casos julgados pelo STF que seriam objeto desta dissertação. A primeira decisão da pesquisa foi privilegiar o passado recente da instituição no que diz respeito à utilização da proporcionalidade.

A decisão pela análise do passado recente da instituição deu-se porque a pesquisa poderia dialogar mais facilmente com o presente, tendo em vista o fato de que muitos ministros continuariam na instituição nos anos seguintes à pesquisa. Pareceu-me que o passado recente poderia contribuir mais para o debate do que uma análise sobre como o STF se comportou no que diz respeito à proporcionalidade entre, por exemplo, 1996 e 1998.

Em vista dessas razões e das limitações de tempo, optei por analisar casos julgados entre 2004 e 2006.²⁸ Vários casos me pareceram relevantes entre 1993 e 2003,²⁹ mas ficaram de fora da pesquisa em função da escolha temporal indicada acima.

Não houve uma justificativa objetiva para a tomada de decisão sobre os anos de 2004 a 2006 (a pesquisa na página eletrônica do STF ocorreu preponderantemente ao longo de 2007, por isso a escolha do triênio anterior). Trata-se de uma das tantas escolhas que têm que ser

de 28/03/1984, relatada por Moreira Alves, como “um dos mais inequívocos exemplos de utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso entre nós”.

²⁸ Foi interessante perceber ao longo da pesquisa como o passado recente dialoga com o presente. A amostra do trabalho incluiu caso em que se debateu a constitucionalidade do uso de algemas (HC 89429/RO, 2006), tema que repercutiu bastante no STF e na imprensa ao longo de 2008, tendo gerado, inclusive, a Súmula Vinculante de número 11. Em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs ao presidente do STF a edição de uma súmula que regulamentasse o acesso dos advogados aos inquéritos policiais sigilosos (<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96728&tip=UN> – último acesso 25.09.08). Pude reparar que em 2006 também houve dois casos que versavam sobre o tema do acesso aos inquéritos sigilosos (HC 87827/RJ e HC 90232/AM). Outro ponto de conexão com o presente foi a manifestação de Gilmar Mendes no HC 86424/SP (2005). Neste caso, o ministro apresenta opinião de que há constantes ilegalidades no que diz respeito às denúncias ineptas relacionadas aos casos de repercussão na opinião pública, uma crítica direta a atuação do Ministério Público. Esse comentário é atual tendo em vista as decisões de Gilmar Mendes ao conceder dois “habeas corpus” em 2008, de grande repercussão na imprensa, ao empresário Daniel Dantas, que vinha sendo investigado pelo Ministério Público Federal.

²⁹ ADI MC 1407/DF (1996), ADI MC 1511/DF (1996), ADI MC 1805/DF (1998), HC 76060/SC (1998), ADI MC 1800/DF (1998), Inq 1247/DF (1998), ADI MC 1772/MG (1998), ADI MC 1753/DF (1998), ADI MC 1813/DF (1998), HC 77003/PE (1998), HC 77527/MG (1998), RE 175161/SP (1998), ADI MC 2010/DF (1999), RMS 23123/PB (1999), HC 79512/RJ (1999), ADI MC 2273/AL (2000), ADI MC 2290/DF (2000), RE 195621/GO (2000), ADI MC 2317/DF (2000), ADI 2019/MS (2001), HC 80948/ES (2001), ADC MC 9/DF (2001), HC 80949/RJ (2001), ADI MC 2458/AL (2001), Ext QO 783/ME (2001), HC 81127/DF (2001), ADC 9/DF (2001), HC 81410/SC (2002), AI AgR 342474/SC (2002), RE 319556/MG (2002), ADI MC 2435/RJ (2002), ADI 2306/DF (2002), ADI MC 2213/DF (2002), ADI 2628/DF (2002), RE 201465/MG (2002), RE 197971/SP (2002), ADI MC 2623/ES (2002), AI AgR ED 265064/MT (2002), ADI 247/RJ (2002), ADI MC 2667/DF (2002), RE AgR 233600/RS (2002), RE AgR 200844/PR (2002), ADI 551/RJ (2002), HC 81990/PE (2002), IF 298/SP (2003), HC 80263/SP (2003), ADI MC QO 2521/MG (2003), HC 83191/DF (2003), HC 82424/RS (2003) e HC 82969/PR (2003).

feitas ao longo de um trabalho científico. A realidade não pode ser encampada plenamente em apenas um único esforço; recorta-se a realidade e observa-se o recorte feito.

A escolha dos casos foi intermediada pela página eletrônica do STF. Ao longo dos anos em que a pesquisa se desenvolveu, os mecanismos de busca da página eletrônica do STF foram se aprimorando e se tornando mais precisos.³⁰

Por meio do termo “proporcionalidade”, utilizado no campo de busca “pesquisa livre” da página eletrônica do STF, foram obtidos 81 acórdãos cujos julgamentos ocorreram entre janeiro de 2004 e dezembro de 2006 (foram 35 julgados em 2004,³¹ 20 julgados em 2005³² e 26 julgados em 2006³³).

Mesmo levando-se em consideração que em muitos cenários, quer jurisdicionais, quer acadêmicos, os termos “proporcionalidade” e “razoabilidade” são considerados sinônimos, não me parece que isso seja correto.³⁴ Em função disso, foi tomada a decisão de restringir à busca por “proporcionalidade”, como indicado na introdução, por considerar que se trata de um termo mais complexo e que tem a potencialidade de, dependendo do conceito de proporcionalidade utilizado pelo interlocutor, expor de modo mais organizado os pressupostos e a tomada de decisão quando se decide um conflito constitucional.

³⁰ Títulos de matérias extraídas da seção “Notícias STF”: “Nova página de pesquisa na internet facilita acesso à informação”, 17/01/06; “STF lança amanhã livro com jurisprudência sobre comissões parlamentares de inquérito”, 12/12/06; “STF disponibiliza jurisprudência sobre Reforma Agrária na internet”, 08/03/07; “STF lança obras da Coleção Memória Jurisprudencial nesta quarta-feira”, 26/06/07; “Secretaria de Documentação divulga serviços disponibilizados no site do STF”, 14/04/08.

³¹ 2004: HC 83632/RJ, 10/02; IF-AgR 4176/ES, 10/03; IF-AgR 4174/RS, 18/03; IF-AgR 3124/ES, 22/03; IF-AgR 2081/SP, 24/03; RE 300343/SP, 31/03; RE 199522/SP, 31/03; RE 282606/SP, 31/03; RE 276546/SP, 31/03; RE 274284/SP, 31/03; RE 274048/SP, 31/03; RE 273844/SP, 31/03; RE 266994/SP, 31/03; ADI 2626/DF, 18/04; ADI-MC 1910/DF, 22/04; ADI 2208/DF, 19/05; RHC 81057/SP, 25/05; ADI 2868/PI, 02/06; RE-AgR ED 364240/RS, 08/06; RE-AgR 311183/SP, 08/06; AC MC QO 189/SP, 09/06; RE-AgR 376749/PR, 30/06; ADI 692/GO, 02/08; HC 82354/PR, 10/08; AC MC 259/AP, 19/08; HC 84270/SP, 24/08; RMS 24901/DF, 26/10; ADI 1040/DF, 11/11; AI-AgR 432236/SP, 16/11; HC 84677/RS, 23/11; RE AgR 372831/SP, 23/11; RMS 24699/DF, 30/11; ADI 2884/RJ, 02/12; AC MC 509/AP, 02/12; ADI 3324/DF, 16/12.

³² 2005: RE 400344/CE, 15/02; HC 84862/RS, 22/02; ADI 3361/MG, 10/03; RE 413782/SC, 17/03; HC 85379/SP, 22/03; HC 82788/RJ, 12/04; HC 85692/RJ, 12/04; MS 24045/DF, 28/04; Inq 1957/PR, 11/05; HC 85687/RS, 17/05; HC 85351/RO, 31/05; AI AgR 455244/SP, 02/08; RMS 24956/DF, 09/08; RE 416601/DF, 10/08; AI AgR ED 490785/SP, 30/08; ADI MC 3540/DF, 01/09; HC 86424/SP, 11/10; RE AgR 290839/RS, 25/10; RE 346084/PR, 09/11; RE 390840/MG, 09/11.

³³ 2006: RE 418376/MS, 09/02; RE 459188/SP, 14/02; RE-AgR 453649/PR, 21/03; HC 87638/MT, 04/04; HC 87827/RJ, 25/04; RE-ED 196465/SP, 25/04; RE-AgR 421279/SC, 09/05; ADI 3146/DF, 11/05; HC 87223/PE, 06/06; ADI 2591/DF, 07/06; RE-AgR 397342/SC, 08/08; RHC 85656/MS, 15/08; HC 89429/RO, 22/08; HC 89417/RO, 22/08; RE-AgR 364304/RJ, 03/10; ADI-MC 3090/DF, 11/10; ADI 1721/DF, 11/10; AI-AgR 398502/SC, 24/10; Inq-AgR 2206/DF, 10/11; RE 463629/RS, 14/11; RHC 88371/SP, 14/11; RE 447584/RJ, 28/11; ADI 3453/DF, 30/11; ADI 1351/DF, 07/12; HC 90232/AM, 18/12; AI-AgR 598635/SP, 18/12.

³⁴ No sentido de que não são sinônimos, mas podem ter objetivos semelhantes, ver Silva (2002, p. 28). Grau (2002, p. 169-170) se filia à distinção entre proporcionalidade e razoabilidade proposta por Ávila (1999, p. 173-174).

Uma possível consequência dessa escolha é que não foram selecionados casos que apenas mencionem “razoabilidade” ou que mencionem argumentação que dialoga com alguns conceitos de proporcionalidade, mas sem menção expressa a “proporcionalidade”.

A despeito disso, foi possível perceber que, em muitos casos, os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade foram aproximados por alguns dos ministros do STF.³⁵

As visitas à página eletrônica do STF ocorreram entre janeiro de 2007 e janeiro de 2008 (eventualmente entre fevereiro e agosto de 2008).

Ainda no que se refere às limitações deste trabalho, não se pretende fazer afirmações absolutas sobre o ministro “X” ou “Y”, apenas afirmações sobre como o ministro “X” ou “Y” se comportou na amostra qualificada como relevante.

Após a leitura dos acórdãos componentes da amostra, percebeu-se que alguns casos eram irrelevantes para a pesquisa pretendida. Foram dispensados os seguintes casos:

- de **2004**, 21 casos: HC 83632/RJ, 10/02³⁶; IF-AgR 4176/ES, 10/03³⁷; IF-AgR 4174/RS, 18/03³⁸; IF-AgR 3124/ES, 22/03³⁹; IF-AgR 2081/SP, 24/03⁴⁰; RE 300343/SP, 31/03⁴¹; RE 199522/SP, 31/03⁴²; RE 282606/SP, 31/03⁴³; RE 276546/SP, 31/03⁴⁴; RE 274384/SP, 31/03⁴⁵; RE 274048/SP, 31/03⁴⁶; RE 273844/SP, 31/03⁴⁷; RE 266994/SP, 31/03⁴⁸; ADI 2208/DF,

³⁵ Carlos Velloso (ADI MC 1511/DF, 1996; Inq 1957/PR, 2005), Marco Aurélio (ADI MC 1800/DF, 1998; RE 175161/SP, 1998; ADI MC 2273/AL, 2000), Sepúlveda Pertence (ADI MC 855/PR, 1993; RMS 23123/PB, 1999; ADI MC 1910/DF, 2004; ADI 3324/DF, 2004), Moreira Alves (RMS 23123/PB, 1999), Ilmar Galvão (ADI MC 2317/DF, 2000), Nery da Silveira (ADI 1040/DF, 2004), Nelson Jobim (ADI 3324/DF, 2004), Cezar Peluso (HC 84677/RS, 2004), Carlos Britto (RMS 24901/DF, 2004), Celso de Mello (HC 82788/RJ, 2005), Eros Grau (ADI 3453/DF, 2006), Ricardo Lewandowski (ADI 1351/DF, 2006), Cármen Lúcia (HC 89429/RO, 2006).

³⁶ Proporcionalidade no caso refere-se à definição sobre majoração da pena em proporção à quantidade de crimes em que o réu foi condenado. Trata-se de análise de instituto do direito penal em que a proporcionalidade já é uma medida que integra a norma a ser aplicada.

³⁷ Proporcionalidade presente apenas quando o Ministro Maurício Corrêa menciona decisão anterior sobre o tema (IF 2915, de 2003). Ele qualifica aquela decisão dizendo: “Naquela assentada – e que a aplicação do princípio da proporcionalidade veio a lume (...)”. No entanto, ele apenas qualifica o precedente como caso em que a proporcionalidade foi aplicada. Ela não é utilizada no caso de 2004 que agora se comenta.

³⁸ Mesma justificativa para a exclusão do caso IF-AgR 4176/ES, 10/03.

³⁹ Mesma justificativa para a exclusão do caso IF-AgR 4176/ES, 10/03.

⁴⁰ Mesma justificativa para a exclusão do caso IF-AgR 4176/ES, 10/03.

⁴¹ Proporcionalidade no caso refere-se ao debate sobre número de vereadores nas Câmaras Municipais. Trata-se de análise de uma norma em que a proporcionalidade já é uma possível medida que integra a norma constitucional a ser interpretada.

⁴² Mesma justificativa para a exclusão do RE 300343/SP, 31/03.

⁴³ Mesma justificativa para a exclusão do RE 300343/SP, 31/03.

⁴⁴ Mesma justificativa para a exclusão do RE 300343/SP, 31/03.

⁴⁵ Mesma justificativa para a exclusão do RE 300343/SP, 31/03.

⁴⁶ Mesma justificativa para a exclusão do RE 300343/SP, 31/03.

19/05⁴⁹; RE AgR ED 364240/RS, 08/06⁵⁰; RE AgR 311183/SP, 08/06⁵¹; ADI 692/GO, 02/08⁵²; AC MC 259/AP, 19/08⁵³; AI AgR 432236/SP, 16/11⁵⁴; RE AgR 372831/SP, 23/11⁵⁵; ADI 2884/RJ, 02/12⁵⁶;

- de **2005**, 11 casos: RE 400344/CE, 15/02⁵⁷; ADI MC 3361/MG, 10/03⁵⁸; MS 24045/DF, 28/04⁵⁹; HC 85351/RO, 31/05⁶⁰; AI AgR 455244/SP, 02/08⁶¹; RE 416601/DF, 10/08⁶²; AI AgR ED 490785/SP, 30/08⁶³; ADI MC 3540/DF, 01/09⁶⁴; HC 86424/SP, 11/10⁶⁵; RE AgR 290839/RS, 25/10⁶⁶; e RE 390840/MG, 09/11⁶⁷; e

⁴⁷ Mesma justificativa para a exclusão do RE 300343/SP, 31/03.

⁴⁸ Mesma justificativa para a exclusão do RE 300343/SP, 31/03.

⁴⁹ Não é relevante porque os votos não mencionam proporcionalidade em nenhum momento.

⁵⁰ Proporcionalidade no caso refere-se ao ônus da sucumbência proporcional ao que cada parte obteve junto ao judiciário.

⁵¹ Mesma justificativa para a exclusão do RE AgR ED 364240/RS, 08/06.

⁵² Mesma justificativa para a exclusão do RE 300343/SP, 31/03 (o debate foi levado ao STF por meio de controle concentrado, pois a Constituição de Goiás tratou do tema).

⁵³ Não é relevante porque os votos não mencionam proporcionalidade em nenhum momento.

⁵⁴ Proporcionalidade no caso refere-se ao debate sobre complementação de aposentadoria.

⁵⁵ Mesma justificativa para a exclusão do RE AgR ED 364240/RS, 08/06.

⁵⁶ Proporcionalidade refere-se no caso à divisão de vagas nos Tribunais de Contas entre executivo e legislativo. Já integra a norma em debate.

⁵⁷ Proporcionalidade no caso refere-se à aposentadoria proporcional ao tempo de serviço. Trata-se de análise de instituto jurídico em que a proporcionalidade já é uma medida que integra a norma a ser aplicada.

⁵⁸ Proporcionalidade no caso refere-se ao debate sobre as regras para a nomeação de conselheiros do Tribunal de Contas. Trata-se de uma acepção de proporcionalidade que integra norma, pois as regras para a nomeação são divididas entre Congresso e Executivo tendo em vista divisão cuja proporcionalidade está indica na norma.

⁵⁹ A despeito da proporcionalidade ter sido indicada na ementa, ela não é mencionada expressamente nos votos. Em função do corte metodológico do trabalho, esse caso não foi analisado.

⁶⁰ A proporcionalidade aparece no voto de Gilmar Mendes como argumento relevante para a decisão do ministro em outro caso (Reclamação 2391), que seria similar ao HC 85351/RO segundo o próprio ministro. A despeito de tais semelhanças, Gilmar Mendes não usa a proporcionalidade no HC 85351/RO em questão, ou seja, o caso foi descartado porque a proporcionalidade mencionada não integra o argumento do caso em análise.

⁶¹ A proporcionalidade aparece no relatório (quando o ministro informa que, na norma em questão do acórdão recorrido, o princípio da proporcionalidade foi respeitado), mas não na argumentação dos ministros. Proporcionalidade apenas é mencionada no relatório.

⁶² Proporcionalidade no caso refere-se ao conceito técnico tributário de taxa (proporcionalidade entre atuação estatal e base de cálculo) e de contribuição (proporcionalidade entre efeito da ação estatal e o seu custo).

⁶³ Proporcionalidade refere-se ao valor da multa por litigância de má fé. Trata-se de proporcionalidade que integra o artigo 18 do Código de Processo Civil (multa de até 1% do valor da causa).

⁶⁴ Proporcionalidade não é mencionada nos votos.

⁶⁵ A proporcionalidade apenas é indicada na ementa, como reflexo de argumentação presente na petição. No entanto, não é mencionada em nenhum dos votos.

⁶⁶ Proporcionalidade no caso refere-se à sucumbência recíproca proporcional.

⁶⁷ Não é relevante porque os votos não mencionam proporcionalidade em nenhum momento.

- de **2006**, 7 casos: RE 459188/SP⁶⁸, 14/02; RE-AgR 453649/PR⁶⁹, 21/03; RE-ED 196465/SP⁷⁰, 25/04; RE-AgR 421279/SC⁷¹, 09/05; RE-AgR 39732/SC, 08/08; AI-AgR 398502/SC⁷², 24/10; AI-AgR 598635/SP⁷³, 18/12.

A maioria dos casos não é relevante para a pesquisa porque a proporcionalidade em questão é uma proporcionalidade específica, às vezes matemática, da norma em debate no caso concreto (em outras palavras, há uma acepção de proporcionalidade que já integra a norma e que não dialoga com o conceito de proporcionalidade indicado no Capítulo 1 da dissertação).

2.2 Método

Um dos pontos positivos em um trabalho pautado na análise de decisões judiciais é a possibilidade de esquadrihar o objeto de estudo de modo diferenciado. Essa é a pretensão desta dissertação.

O pressuposto do trabalho e o motivo essencial para a realização de uma pesquisa pautada preponderantemente na análise de decisões judiciais estão na crença de que esse olhar permite a compreensão do tema estudado com um foco diferenciado.

Este tópico tem a função de explicar a forma como considere a realidade estudada poderia ser vista com outros contornos. A expectativa é de que tal modo de análise contribuirá para gerar outras percepções sobre o tema da dissertação.

⁶⁸ Proporcionalidade no caso refere-se ao cálculo de proventos. Trata-se de uma medida ou regra prevista na norma previdenciária em debate.

⁶⁹ Proporcionalidade no caso refere-se ao conceito técnico tributário de taxa (proporcionalidade entre atuação estatal e base de cálculo).

⁷⁰ Proporcionalidade no caso refere-se ao ônus da sucumbência proporcional ao que cada parte obteve junto ao judiciário.

⁷¹ Proporcionalidade no caso refere-se ao conceito técnico tributário de taxa (proporcionalidade entre atuação estatal e base de cálculo).

⁷² Proporcionalidade no caso refere-se ao tempo de serviço prestado sob condições insalubres em período anterior à instituição do regime jurídico único do servidor público que era contratado com base na CLT.

⁷³ Recurso não é conhecido. Apesar de apresentar um argumento que, em tese, interessaria à pesquisa, não é relevante, pois o STF não chega a analisar a argumentação trazida pela parte, tendo em vista que o recurso não foi conhecido.

Em primeiro lugar, os votos que utilizam a proporcionalidade, e nos quais decidiu-se fazer uma análise aprofundada, foram classificados tendo em vista os seguintes critérios:

- **ano**;
- **órgão julgador** (Pleno ou Turma) em que o voto foi proferido;
- integrante de **maioria**, **minoría** ou **unanimidade**;
- trata-se de voto do **relator**: sim ou não;
- **área do direito** ao qual o problema jurídico se vincula;
- interesse que preponderou com a decisão: **interesse individual** ou **coletivo**;
- decisão pela **constitucionalidade** ou **inconstitucionalidade** da norma ou ato combatido;
- **origem do ato normativo** questionado (município, estados ou união);
- tipo de **coerência** na utilização da proporcionalidade: **forte**, **média** ou **fraca**.

A finalidade de classificar os votos de acordo com o que acima foi indicado é compreender eventuais relações entre as variáveis. Por exemplo, perceber se a proporcionalidade foi utilizada com mais frequência quando o voto integrava a minoria ou perceber se a preponderância de interesse individual, a decisão pela inconstitucionalidade e a coerência fraca no uso da proporcionalidade andavam sempre juntas em uma amostra de votos.

Das variáveis selecionadas, área do direito, interesse preponderante e tipo de coerência são as classificações que demandam justificativas mais aprofundadas, tendo em vista que são menos objetivas. Em função disso, é necessário explicar com mais detalhes como as classificações dos votos ocorreram em função dessas três variáveis.⁷⁴

Para facilitar a interlocução sobre a pesquisa, preparei os anexos I e II.

O Anexo I contém, para todos os votos analisados no trabalho, o resumo do caso,⁷⁵ descrição do conflito entre interesse individual e coletivo; modo como classifiquei o voto no

⁷⁴ Em alguns casos, a classificação do voto no que diz respeito à constitucionalidade ou inconstitucionalidade gerou dificuldades. Nestes casos, as dificuldades e a tomada de decisão quanto à classificação serão destacadas para o leitor ao longo do texto e no Anexo I.

⁷⁵ O objetivo é permitir que qualquer interlocutor possa avaliar o modo como classifiquei o caso de acordo com a área do direito. Além disso, franquear a minha “leitura” do caso permitirá uma maior interlocução sobre o trabalho.

que diz respeito ao interesse preponderante; e tipo de coerência na utilização da proporcionalidade.

O Anexo II é uma tabela em que estão resumidas todas as variáveis referentes aos votos analisados.

A seguir, indico com mais detalhes o modo como realizei as classificações dos votos no que diz respeito ao interesse preponderante e tipo de coerência na utilização da proporcionalidade.

2.2.1 Classificação dos votos quanto ao interesse preponderante

A análise de decisões judiciais, muitas vezes, limita-se a entender o conflito jurídico em questão. Faz-se o esforço de compreender os textos normativos a serem interpretados, as normas em conflito, o enquadramento dos fatos no pressuposto fático da norma e os contornos da consequência jurídica prevista.

A classificação quanto ao interesse preponderante (individual ou coletivo⁷⁶) que proponho não é uma classificação que dialoga apenas com a descrição do conflito jurídico. O que me interessa é compreender os interesses por trás do debate sobre o conflito normativo.

Por exemplo, saber se a interceptação telefônica no caso concreto é lícita ou ilícita significa (RHC 88371/SP, 2006), em outras palavras, saber se preponderará o interesse individual do investigado ou o interesse do Estado na investigação criminal.

Quando se analisa apenas uma decisão e tendo como foco apenas os argumentos sobre o conflito jurídico em questão, é possível que haja dificuldade de perceber que, de fato, um interesse preponderou sobre outro. Olhar para uma amostra de votos tendo em vista essa classificação permitirá compreender qual interesse preponderou nos votos da amostra.

No caso deste trabalho, o objetivo será compreender qual o interesse preponderou quando a proporcionalidade foi utilizada na argumentação dos votos. Para verificar as classificações realizadas, ver Anexo II.

⁷⁶ Interesse individual é o que pode ser usufruído individualmente (nos casos indicados no Anexo I, são interesses defendidos por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado). Interesse coletivo é o que não pode ser usufruído individualmente (nos casos indicados no Anexo I, são interesses defendidos, em regra, pelo Estado). A influência para a definição destes conceitos veio de Alexy (1989).

2.2.2 Classificação dos votos quanto ao tipo de coerência

A percepção, prévia à pesquisa, acerca da utilização da proporcionalidade no STF era baseada no seguinte pressuposto: a proporcionalidade é freqüentemente utilizada pelos ministros, no entanto, não há coerência em seu uso.⁷⁷ Como indicado acima, essa é a hipótese da pesquisa.

Tendo em vista indícios de incoerências no uso da proporcionalidade extraídos da leitura e debates sobre acórdãos do STF e tendo em vista uma concepção do tribunal e ministro que deveriam preocupar-se com suas séries históricas de julgamentos,⁷⁸ com a colocação clara de pressupostos,⁷⁹ com uma análise acurada dos fatos de cada caso para que as conseqüências jurídicas fossem as mesmas para casos idênticos (e semelhantes para casos similares),⁸⁰ teve início o esforço de formular um conceito de coerência no uso da proporcionalidade.⁸¹

⁷⁷ A comprovação da freqüência do uso da proporcionalidade não era objetivo principal do trabalho. O “freqüentemente” indica muito mais uma percepção decorrente de casos lidos aleatoriamente ao longo dos últimos anos, quando estive envolvido com atividades de ensino pautadas em acórdãos do STF na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), do que um foco para a dissertação.

⁷⁸ MacCormick (2008, p. 191-212).

⁷⁹ Alexy, quando se dedica ao que chamou de teoria estrutural dos direitos fundamentais (2008, p. 42 e ss), explica concepção interessante sobre a problemática dos direitos fundamentais do ponto de vista da ciência jurídica. Por mais que o autor alemão, neste ponto, não esteja abordando as “obrigações” que um tribunal constitucional deveria realizar quando se dedica aos direitos fundamentais, o trecho é relevante para ilustrar as preocupações de uma corte constitucional preocupada com emitir um discurso racional: “Isso [clareza analítico-conceitual, como condição de racionalidade de qualquer ciência] vale principalmente para o campo dos direitos fundamentais, os quais são marcados por uma tradição analítica em uma medida muito menor que, por exemplo, o direito civil e expostos em medida muito maior a influências ideológicas”.

⁸⁰ Alexy (2008, p. 43): “A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais”.

⁸¹ Foram influencias para a concepção do conceito de coerência as posições de Silva (2002, p. 45-46), que abre espaço para o STF indique outras formas de controlar a colisão de direitos fundamentais, e Ávila (2008, p. 178), defensor de que a discussão a respeito da razoabilidade, proporcionalidade e proibição do excesso não se resume a um problema de consenso. Afirmo este último autor: “Quer dizer, em vez disso, que essas expressões são ambíguas e que devem ser definidas, sendo secundário decidir qual delas será utilizada em cada exame. O que deve ficar claro – e este é o problema central – é que há três diferentes exames concretos que não podem ser confundidos, pois envolvem elementos distintos relacionados com parâmetros diversos. O problema não está em usar essa ou aquela expressão, mas em confundir exames concretos diferentes pelo uso unificado de uma só

O conceito estipulado pressupõe o seguinte:

- cada ministro deveria, antes de utilizar a proporcionalidade, explicar ou fazer referência ao seu conceito de proporcionalidade, explicar por que o conceito pode ser utilizado no caso concreto e, ao final, aplicar o conceito ao caso concreto (*coerência no voto*). A finalidade dessas etapas seria possibilitar que o argumento do ministro fosse estruturado de modo claro e aberto, permitindo que os leitores de seus votos tivessem acesso ao seu raciocínio. Desse modo, o raciocínio desenvolvido em um caso poderia ser comparado com o raciocínio desenvolvido em outro caso;
- se o ministro usar proporcionalidade em mais de um sentido em diferentes casos, deveria justificar em cada caso por que utilizou um sentido e não o outro sentido que também já entendeu possível (*coerência do ministro*).

Coerência, acima de tudo, demandaria dos ministros do STF o desenvolvimento de certa autocritica em relação aos usos que vêm dando ao termo proporcionalidade.

Esse trabalho dedicar-se-á, preponderantemente, ao tema da *coerência no voto*. É por esse motivo que se faz necessária a classificação dos votos de acordo com o tipo de coerência no uso da proporcionalidade.

Os parágrafos descritos acima são o cerne do método por meio do qual os votos foram analisados.

Uma eventual classificação dos votos de acordo com uma classificação binária (coerente no uso da proporcionalidade ou incoerente no uso da proporcionalidade), sendo coerente o voto que respeitasse o conceito indicado acima, seria, a meu ver, muito absoluta, de modo que acabaria por anular nuances presentes em certos votos.

Com o objetivo de evitar este problema, os votos foram analisados tendo em vista a presença ou ausência de:

expressão ou pelo uso alternativo de várias expressões. Dito de outro modo: o problema não está em usar uma palavra para três fenômenos, mas não perceber que há três fenômenos diferentes a analisar”.

- a) um **conceito** de proporcionalidade;⁸²
- b) **justificativa** da utilização da proporcionalidade no caso concreto;
- c) **aplicação** do conceito de proporcionalidade no caso concreto.

Tendo em vista esse percurso como um exemplo de percurso ideal de um voto coerente no uso da proporcionalidade, os votos foram classificados de acordo com a presença ou ausência de cada uma dos três alicerces argumentativos mencionados acima (conceito, justificativa e aplicação).

São três os tipos de coerência concebidos:

- **coerência forte**: presença dos 3 alicerces argumentativos;^{83 84}
- **coerência média**: presença de 2 alicerces argumentativos;
- **coerência fraca**: presença de 1 ou nenhum dos alicerces argumentativos.

A aplicação dessa classificação aos votos está descrita no capítulo 4 da dissertação e resumida no Anexo III.

⁸² O conceito, para ser assim considerado, deve ter conteúdo que dê indícios sobre como seria sua aplicação em certo caso concreto. Ou seja, o conceito perde sua funcionalidade se consistir em uma frase de conteúdo meramente abstrato.

⁸³ Poderia ser feita a seguinte objeção ao conceito de coerência forte no uso da proporcionalidade: seria correto que o ministro apenas fosse avaliado como tendo apresentado coerência forte no uso da proporcionalidade se tivesse indicado conceito de proporcionalidade em todos os votos? Em outras palavras, teria o ministro que sempre transcrever ou explicitar o conceito de proporcionalidade? A necessidade de apresentação do conceito de proporcionalidade em cada voto deriva do seguinte ponto: apenas desse modo será possível que o argumento apresentado no voto seja analisado. Tendo em vista esse objetivo, não parece demasiada a exigência de que o ministro sempre deva fazer referência a documento (voto ou obra doutrinária) em que o conceito de proporcionalidade houvesse sido indicado para que, eventualmente, seja classificado como tendo apresentado coerência forte no uso da proporcionalidade. Seria um pequeno ônus em prol da clareza e abertura do argumento pautado na proporcionalidade. É importante fazer a ressalva de que o conceito de coerência aqui utilizado não se refere ao uso comum do termo. Trata-se de conceito criado única e exclusivamente para analisar a utilização da proporcionalidade na realidade específica dos votos dos ministros do STF. Além disso, trata-se de analisar a coerência no uso de conceito (proporcionalidade) que se encontra banalizado no cenário jurídico nacional, assim como o conceito de princípio. O conceito de coerência desenvolvido neste trabalho poderia ser questionado, talvez, tendo em vista uma realidade ideal, em que o julgador está sempre consciente dos conceitos que aplica e em que os interessados pelas decisões do julgador (pesquisadores, advogados e cidadãos) são oniscientes sobre o histórico de utilização de certo conceito por parte do julgador. Quando houver tal comunhão entre julgadores e sociedade, o conceito de coerência apresentado neste trabalho poderá ser considerado excessivo ou desnecessário.

⁸⁴ Coerência forte no uso da proporcionalidade não garante que a justificativa e a aplicação da proporcionalidade foram irrepreensíveis tendo em vista o conceito apresentado pelo ministro. Isso seria outra avaliação. O que a coerência forte no uso da proporcionalidade permite é que qualquer um possa avaliar o uso da proporcionalidade realizado.

Em função do que será exposto nas próximas páginas, optou-se por avaliar a hipótese do trabalho em relação aos votos do ministro Gilmar Mendes, que foi quem mais mencionou a proporcionalidade dentro da amostra de acórdãos relevantes para o trabalho.

3. VISÃO GLOBAL DA AMOSTRA: 2004 A 2006

Dos 81 casos inicialmente selecionados, restaram 42 casos relevantes para a pesquisa, sendo 11 em controle concentrado e 31 em controle difuso. A primeira percepção extraída dos dados organizados com esta configuração é o predomínio do uso da proporcionalidade no controle constitucional difuso, informação que deve ser colocada em perspectiva tendo-se em vista que o STF analisa mais casos em controle difuso do que em controle concentrado.

Dos 42 casos relevantes, eles podem ser assim separados, ano a ano, no quesito tipo de controle de constitucionalidade:

- **2004**: 14 casos relevantes, sendo 5 em controle concentrado e 9 em controle constitucional difuso;
- **2005**: 9 casos relevantes, sendo que todos estão vinculados ao controle constitucional difuso;
- **2006**: 19 casos relevantes, sendo 6 em controle concentrado e 13 em controle constitucional difuso.

Foi feita uma classificação dos 42 casos relevantes quanto ao direito em debate e a classificação é apresentada na tabela e gráfico a seguir:

Áreas do Direito	Número de casos
Eleitoral ⁸⁵	3
Administrativo ⁸⁶	6
Tributário ⁸⁷	3
Trabalho ⁸⁸	2
Consumidor ⁸⁹	1
Civil e Processo Civil ⁹⁰	4
Penal e Processo Penal ⁹¹	19
Constitucional ⁹²	4

⁸⁵ ADI 2626/DF (2004, Pleno); AC MC 509/AP (2004, Pleno); ADI 1351/DF (2006, Pleno).

⁸⁶ ADI 1040/DF (2004, Pleno); RMS 24699/DF (2004, 1ª Turma); ADI 3324/DF (2004, Pleno); RMS 24901/DF (2004, 1ª Turma); RMS 24956/DF (2005, 1ª Turma); ADI-MC 3090/DF (2006, Pleno).

⁸⁷ RE 413782/SC (2005, Pleno); RE 346084/PR (2005, Pleno); RE-AgR 364304/RJ (2006, 2ª Turma).

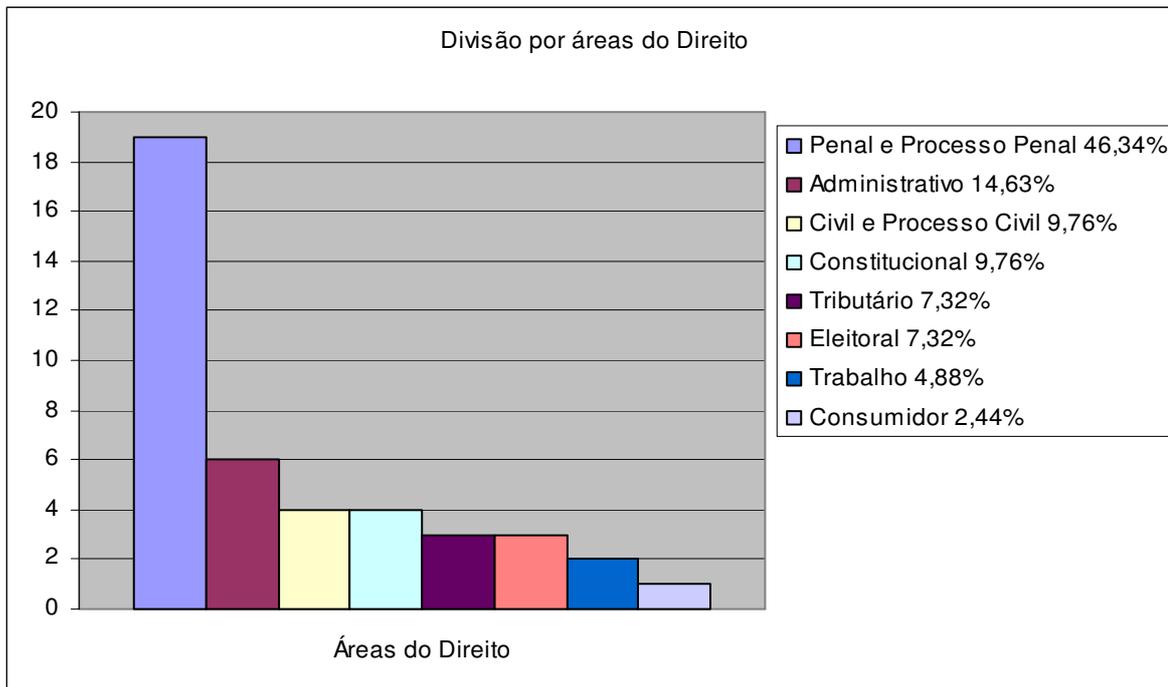
⁸⁸ ADI 1721/DF (2006, Pleno); RE 463629/RS (2006, 2ª Turma).

⁸⁹ ADI 2591/DF (2006, Pleno).

⁹⁰ ADI MC 1910/DF (2004, Pleno); AC MC QO 189/SP (2004, Pleno); HC 87638/MT (2006, 2ª Turma); RE 447584/RJ (2006, 2ª Turma).

⁹¹ RHC 81057/SP (2004, 1ª Turma); RE AgR 376749/PR (2004, 1ª Turma); HC 82354/PR (2004, 1ª Turma); HC 84270/SP (2004, 2ª Turma); HC 84677/RS (2004, 1ª Turma); HC 84862/RS (2005, 2ª Turma); HC 85379/SP (2005, 2ª Turma); HC 85692/RJ (2005, 2ª Turma); Inq 1957/PR (2005, Pleno); HC 85687/RS (2005, 2ª Turma); RE 418376/MS (2006, Pleno); HC 87827/RJ (2006, 1ª Turma); HC 87223/PE (2006, 2ª Turma); RHC 85656/MS (2006, 2ª Turma); HC 89429/RO (2006, 1ª Turma); HC 89417/RO (2006, 1ª Turma); Inq-AgR 2206/DF (2006, Pleno); RHC 88371/SP (2006, 2ª Turma); HC 90232/AM (2006, 1ª Turma).

⁹² ADI 2868/PI (2004, Pleno, precatórios); HC 82788/RJ (2005, 2ª Turma, classificado como constitucional por debater os limites da inviolabilidade domiciliar); ADI 3146/DF (2006, Pleno, medida provisória); ADI 3453/DF (2006, Pleno, precatórios).



Também foi feita uma classificação, com base nos 42 casos relevantes, contendo os dados sobre o número de vezes em que os ministros mencionam ou utilizaram a proporcionalidade para a solução dos casos em análise.⁹³

⁹³ Nos inteiros teores analisados, nem sempre há os votos de todos os ministros presentes em certo julgamento. Não foram raras as vezes em que o ministro Celso de Mello estava presente na sessão de julgamento, outros ministros até fazem referências ao seu voto, mas seu voto não integra o inteiro teor (por exemplo, MS 24045/DF, RE 418376/MS, ADI-MC 3090/DF, ADI 1721/DF, Inq-Agr 2206/DF, ADI 1351/DF). Sendo assim, a tabela limita-se aos votos presentes nos inteiros teores fornecidos na página eletrônica do STF.

Ministros	Número de vezes em que utilizou a proporcionalidade
Carlos Britto ⁹⁴	7
Carlos Velloso ⁹⁵	2
Cármen Lúcia ⁹⁶	2
Celso de Mello ⁹⁷	2
Cezar Peluso ⁹⁸	7
Ellen Gracie ⁹⁹	1
Eros Grau ¹⁰⁰	3
Gilmar Mendes ¹⁰¹	22
Joaquim Barbosa ¹⁰²	3
Marco Aurélio ¹⁰³	4
Nelson Jobim ¹⁰⁴	3
Ricardo Lewandowski ¹⁰⁵	1
Sepúlveda Pertence ¹⁰⁶	5
Sydney Sanches ¹⁰⁷	1

⁹⁴ RE AgR 376749/PR (2004); HC 82354/PR (2004); RMS 24901/DF (2004); HC 89417/RO (2006); ADI 1721/DF (2006); Inq-AgR 2206/DF (2006); ADI 1351/DF (2006).

⁹⁵ Inq 1957/PR (2005); ADI 2591/DF (2006).

⁹⁶ HC 89429/RO (2006); ADI 1351/DF (2006).

⁹⁷ RE 413782/SC (2005); HC 82788/RJ (2005).

⁹⁸ RHC 81057/SP (2004); HC 84677/RS (2004); RMS 24699/DF (2004); ADI 3324/DF (2004); RE 413782/SC (2005); RE 447584/RJ (2006); ADI 3453/DF (2006).

⁹⁹ HC 87638/MT (2006).

¹⁰⁰ RMS 24699/DF (2004); ADI 2591/DF (2006); ADI 3453/DF (2006).

¹⁰¹ ADI 2868/PI (2004); AC MC QO 189/SP (2004); HC 84270/SP (2004); AC MC 509/AP (2004); ADI 3324/DF (2004); HC 84862/RS (2005); RE 413782/SC (2005); HC 85379/SP (2005); HC 85692/RJ (2005); HC 85687/RS (2005); RE 346084/PR (2005); RE 418376/MS (2006); HC 87223/PE (2006); RHC 85656/MS (2006); RE-AgR 364304/RJ (2006); ADI-MC 3090/DF (2006); ADI 1721/DF (2006); Inq-AgR 2206/DF (2006); RE 463629/RS (2006); RHC 88371/SP (2006); ADI 3453/DF (2006); ADI 1351/DF (2006).

¹⁰² ADI 3324/DF (2004); ADI 3146/DF (2006); ADI 3453/DF (2006).

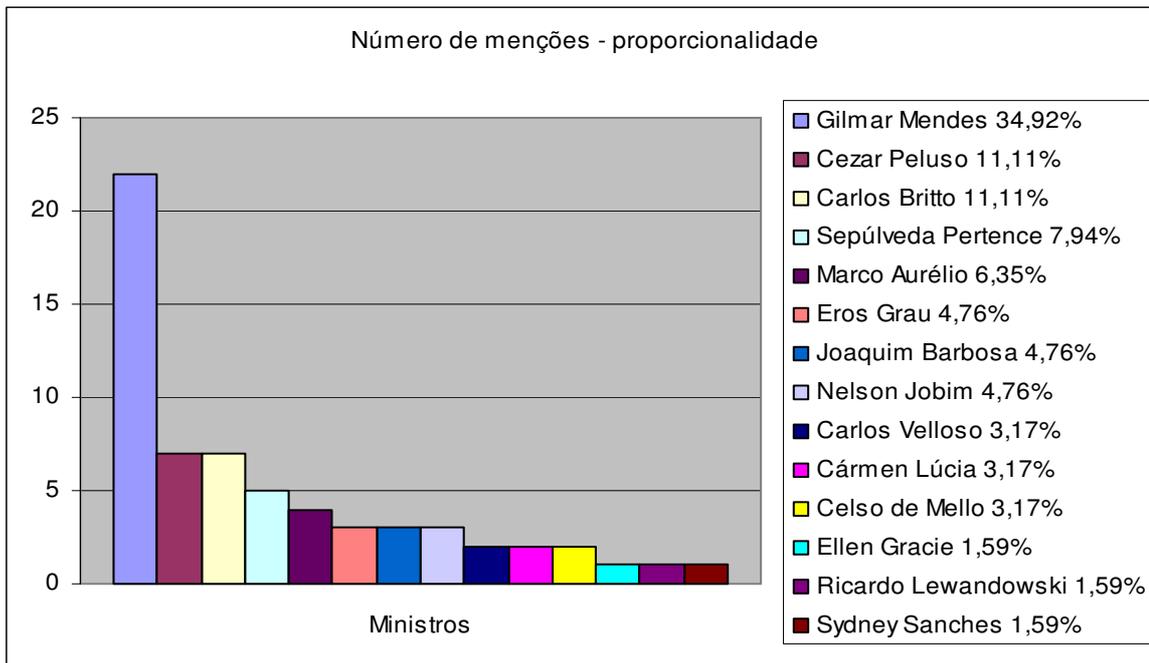
¹⁰³ ADI 1040/DF (2004); ADI 3324/DF (2004); RMS 24956/DF (2005); Inq-AgR 2206/DF (2006).

¹⁰⁴ ADI 2868/DF (2004); ADI 3324/DF (2004); ADI 2591/DF (2006).

¹⁰⁵ ADI 1351/DF (2006).

¹⁰⁶ ADI 1910/DF (2004); HC 82354/PR (2004); ADI 3324/DF (2004); HC 87827/RJ (2006); HC 90232/AM (2006).

¹⁰⁷ ADI 2626/DF (2004).



É importante indicar que houve casos em que mais de um ministro mencionou a proporcionalidade. É por esse motivo que há, no total, mais de 42 menções.

Também é importante lembrar que há casos que foram julgados pelas turmas e casos que foram julgados pelo pleno. Esse é um fator que demanda colocar em perspectiva os números indicados acima.

Poderia ser dito que Gilmar Mendes foi o ministro que mais utilizou a proporcionalidade porque os casos em que a proporcionalidade seria cabível foram mais recorrentes na 2ª Turma do STF, órgão fracionário ao qual o ministro se vinculou entre 2004 e 2006. No entanto, há um número equivalente de casos em que a proporcionalidade foi suscitada na 1ª e na 2ª Turma. Foram 11 casos na 1ª Turma, 13 casos na 2ª Turma e 18 casos no Pleno.

Vistos os dados com essa configuração, optou-se por fazer uma análise dos 22 votos de Gilmar Mendes, ministro que mais vezes utilizou a proporcionalidade. A justificativa é a possibilidade de fazer comparações mais ricas dentro de uma amostra que contém maior número de objetos de análise. Além disso, Gilmar Mendes havia se posicionado doutrinariamente sobre a proporcionalidade antes de se tornar ministro do STF. A

possibilidade de contrapor as manifestações de Gilmar Mendes em textos técnicos e votos também contribuiu para que suas manifestações no STF fossem o foco do trabalho.

4. O USO DA PROPORCIONALIDADE NOS VOTOS DE GILMAR MENDES

Tendo em vista o fato de que o ministro Gilmar Mendes foi o ministro que mais utilizou a proporcionalidade na amostra de 42 acórdãos relevantes, optei por analisar o grupo de 22 votos de Gilmar Mendes de acordo com as variáveis mencionadas acima (2.2).

O Anexo II traz um resumo da análise que foi realizada.

Ao longo deste capítulo 4, serão feitas análises mais aprofundadas das relações entre as variáveis.

Serão expostas com mais profundidade as aplicações das classificações quanto ao tipo de coerência do voto no que diz respeito ao uso da proporcionalidade (coerência forte, média e fraca). Os resumos das classificações quanto ao tipo de coerência em cada voto estão no Anexo III.

Começo por dedicar certo espaço para contextualizar os textos jurídicos de Gilmar Mendes sobre a proporcionalidade.

4.1 Os textos jurídicos de Gilmar Mendes

Um dos aspectos que destacam Gilmar Mendes na questão da proporcionalidade é que ele foi um dos autores que contribuíram para o debate brasileiro sobre este tema.

Em função disso, mostrou-se de grande interesse para a pesquisa entrar em contato com textos que o atual ministro do STF escreveu sobre a proporcionalidade e as relações entre tribunal constitucional e legislativo.¹⁰⁸

Neste item, abordarei trechos que pareceram interessantes para a pesquisa, todos extraídos de um dos livros do ministro (Ferreira Mendes, 1999).

Em primeiro lugar, cabe indicar os conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Eles estão descritos da seguinte maneira:

¹⁰⁸ A comparação entre as manifestações de Gilmar Mendes como ministro do STF e o que o ministro havia escrito antes de ingressar no tribunal pode contribuir para a percepção de eventuais alterações na concepção de proporcionalidade ou para subsidiar a hipótese de que a aplicação da proporcionalidade no STF não é tão facilmente realizada como descrita na teoria ou desenvolvida em trabalhos doutrinários e pareceres.

[o princípio da proporcionalidade] pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). 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 (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*).

O pressuposto da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da *necessidade* ou da *exigibilidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado* (1999, p. 72).

Na mesma obra foi abordada a relação entre princípio da proporcionalidade e a Lei nº 8024/1990, que instituiu o chamado Plano Collor, de combate à inflação. Um dos pressupostos do plano era o congelamento de parte dos ativos financeiros dos brasileiros, reduzindo a moeda circulante para combater a inflação (1999, p. 200 e ss).

Trata-se de um texto em que Gilmar Mendes segue, etapa por etapa, a aplicação da proporcionalidade na avaliação do Plano Collor. Esse ponto é importante porque, em texto publicado em 1999, Gilmar Mendes já demonstrava proximidade com raciocínios pautados nas etapas da proporcionalidade.

O autor afirma que, diante da “ampla liberdade [reconhecida] ao legislador na escolha dos meios adequados à consecução dos objetivos pretendidos, somente podendo afirmar-se a sua inadequação se for possível constatar a sua absoluta impropriedade para os fins a que se propõe no momento da promulgação da lei” (1999, p. 201). Gilmar Mendes estabelece um conceito de proporcionalidade, aplicando-o como será indicado no próximo parágrafo.

Em relação ao caso, afirma que a medida é adequada, pois “não há dúvida de que, ao reduzir, de forma significativa, a liquidez monetária, a reforma em questão – tendo em vista inclusive a experiência histórica que lhe confere lastro – não poderia ser considerada imprópria aos fins a que se destinava”.

Quanto ao conceito de necessidade, além de apresentá-la como sinônimo de exigibilidade, afirma Gilmar Mendes na mesma página “pressupõe que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo possa ser considerado, inquestionavelmente, mais eficaz na consecução dos objetivos perseguidos pelo legislador”.

Após debater um pouco as possibilidades indicadas pela teoria econômica (1999, p. 202), Gilmar Mendes desiste do debate sobre medidas alternativas: “[a] discussão sobre os critérios, os modos de realização, é infundável. (...) O que importa acentuar é que, a despeito de todas as possíveis objeções, tendo em vista o quadro econômico-financeiro dominante à época, não há como caracterizar a *dispensabilidade* ou o *caráter abusivo* da providência questionada”.

A despeito de eventuais críticas entre o significado de necessidade indicado e a avaliação da necessidade no caso concreto, o ponto é que Gilmar Mendes realizou o raciocínio da adequação e necessidade, tendo superado os dois, de modo que, em sua avaliação, as normas questionadas seriam adequadas e necessárias. Restaria então a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar o entendimento de Gilmar Mendes no sentido de que razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito são sinônimos (1999, p. 202). Afirma, logo em seguida, “esse requisito [proporcionalidade em sentido estrito] exige que o indivíduo não seja submetido a sacrifícios superiores aos fins que se almejam com as providências. Imprescindível se faz também a adoção de medidas que atenuem o impacto negativo para o cidadão (...)”.

Afirma, em seguida, após contextualizar o ambiente de crise em que o Plano Collor surgiu: “[a] inércia do Poder Público haveria de levar, a um desastre de proporções imprevisíveis, no qual dificilmente restariam incólumes os próprios recursos privados confiados às instituições financeiras. Não há que se cogitar, pois da desproporcionalidade das providências (...)”. Com esse raciocínio, Gilmar Mendes indica que a ausência das normas questionadas geraria um sacrifício maior aos cidadãos.

Termina o raciocínio exemplificando medidas atenuantes, previstas em lei, aos titulares de contas bancárias bloqueadas.

Essa descrição foi importante para indicar que Gilmar Mendes, mesmo antes de ser ministro do STF, já estava afeito à aplicação da proporcionalidade estabelecendo os

pressupostos de cada uma das três etapas e aplicando-as. Torna-se relevante deixar isso claro tendo em vista que, como se verá a seguir, nem todos os votos de Gilmar Mendes apresentam tamanha clareza na aplicação da proporcionalidade.

Outro ponto relevante ressaltado por Gilmar Mendes na mesma obra (1999, p. 295) é sua opinião sobre a função “de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa” (o nome do capítulo é “Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas”). Afirma Gilmar Mendes

Eles [os que participam da elaboração normativa] estão obrigados a colher variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, pesquisa esta que não pode ficar limitada a aspectos estritamente jurídicos. É certo que se faz mister realizar minuciosa investigação no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial. Imprescindível revela-se, igualmente, a análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo.

Somente a realização dessa complexa pesquisa, que demanda a utilização de conhecimentos interdisciplinares, poderá fornecer elementos seguros para a escolha dos meios adequados para atingir os fins almejados (1999, p. 295).

A peculiaridade do trecho acima se dá pelo seguinte motivo: ele tem a finalidade de descrever os caminhos necessários para que o legislador escolha os meios adequados para atingir certos fins.

No entanto, cabe ao julgador, quando utiliza os conceitos de adequação e necessidade para avaliar a constitucionalidade de uma norma, fazer a mesma avaliação.¹⁰⁹

Como indicado no início deste trabalho, na adequação, cabe ao julgador averiguar se a medida fomenta a realização da finalidade que a norma pretende alcançar. No caso da necessidade, o debate sobre medidas alternativas pressupõe a avaliação, por parte do julgador, no sentido de haver outras medidas igualmente adequadas àquela escolhida pelo legislativo ou executivo (e que restrinjam em menor grau o direito desprestigiado pela norma cuja constitucionalidade foi questionada).

¹⁰⁹ Semelhante é a posição de Ávila (2008, p. 175): “(...) caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência”. Não creio que Gilmar Mendes fez tudo isso em seu voto na ADI MC 3090/DF, 2006, sobre normas do governo federal para o setor elétrico.

Ao longo dos votos de Gilmar Mendes, será pertinente prestar atenção se o que foi recomendado ao participante do processo de elaboração normativa também foi desempenhado pelo julgador que avalia a adequação e a necessidade de certa norma jurídica.

A regra da proporcionalidade tem a potencialidade de ser um instrumento para que o julgador possa compreender o contexto da norma em questão. Ela contribui para que o julgador entre em contato com os complexos cenários sociais, econômicos e políticos em que o legislativo ou executivo atuam concretamente, pois o julgador deve averiguar os objetivos e conseqüências jurídicas constantemente promulgadas pelo legislativo e executivo. Parece-me legítimo e necessário que o judiciário entre em contato com tais pressupostos antes de simplesmente dizer que a norma proveniente do legislativo ou executivo não é proporcional.

Nesse sentido, transcrevo extenso trecho da mesma obra de Gilmar Mendes (1999, p. 516-517), em que é abordado tema da avaliação, por parte do tribunal constitucional, dos fatos e prognoses legislativos

Em verdade, tal como já apontado, a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional.

Uma vinculação estrita do órgão judicial aos fatos e prognoses legislativos fixados pelo legislador acabaria, em muitos casos, por nulificar o significado do controle de constitucionalidade.

Não é preciso ressaltar também que a negativa do Tribunal de examinar, com todos os elementos disponíveis, a correção dos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador pode corresponder a uma vinculação, ainda que não estritamente consciente, aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador.

Em outras palavras, tal postura poderá significar, em verdade, uma renúncia à possibilidade de controle de legitimidade da lei propriamente dita. Ou, o que se revela igualmente inadequado e grave, a não adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases intuitivas.

Por outro lado, não há dúvida de que a complexidade das relações envolvidas nas questões constitucionais exige que o órgão que exerce as funções de controle de constitucionalidade disponha de mecanismos procedimentais que lhe permitam uma atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional.

Em verdade, a substituição de uma decisão *intuitiva* do legislador por uma decisão igualmente *intuitiva* da Corte coloca em cheque a própria legitimação do sistema de controle de constitucionalidade.

Se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode sequer cogitar de uma eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz.¹¹⁰

É por isso que se afigura essencial o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial de controle.¹¹¹

O longo trecho transcrito acima será útil na comparação entre Gilmar Mendes autor e Gilmar Mendes ministro do STF (item 4.4). Nele, Gilmar Mendes critica as “bases intuitivas” para a avaliação sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos. Além disso, Gilmar Mendes critica com ênfase o voluntarismo jurisdicional na análise da constitucionalidade. A crítica é direcionada ao juiz que não se dedica à compreensão do contexto em que certa lei ou ato normativo foi criado, ficando com seus olhos voltados apenas para os textos das normas constitucionais.

Por mais que Gilmar Mendes, nesse trecho, não faça menção à proporcionalidade, este instrumento é constantemente vinculado à tentativa de avaliação racional dos conflitos constitucionais (como indicado no capítulo 1). Isto posto, a proporcionalidade torna-se um recurso ao dispor do juiz que se proponha a ser menos intuitivo ao desempenhar suas funções.

Parte da incompreensão do judiciário em relação ao legislativo deve-se ao fato de que o judiciário, muitas vezes, encara a realidade normativa como um mundo à parte, distante de

¹¹⁰ No mesmo sentido, Ávila (2008, p. 162): “Enfim, os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade [adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito] só aparentemente são incontroversos. Sua investigação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos”.

¹¹¹ Neste texto, Gilmar Mendes está a defender o Projeto de lei nº 2.060/1997, do poder executivo, sobre o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, encaminhado ao Congresso Nacional. Ele havia participado como relator da comissão que elaborou o anteprojeto. Especificamente, Gilmar, com o trecho transcrito, defende as normas que autorizam o relator a “designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data, para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”, entre outras faculdades conferidas ao relator (FERREIRA MENDES, 1999, p. 518). Ou seja, trata-se da defesa da abertura do processo de controle concentrado para outros atores. Por mais que o trecho não se refira exatamente sobre o tema da utilização da proporcionalidade, creio que o trecho indica a concepção de Gilmar Mendes sobre o que cabe ao juiz realizar no controle de constitucionalidade e isto é relevante para a pesquisa.

interesses outros que não o da justiça. Para ilustrar esse ponto de vista, transcrevo trecho de Gilmar Mendes (1999, p. 296)¹¹²

A atividade legislativa há de ser exercida em conformidade com as normas constitucionais (CF, art. 1º, parágrafo único, e art. 5º). Da mesma forma, o poder regulamentar (CF, art. 84, IV) deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela lei. Isso significa que a ordem jurídica não tolera contradições entre normas jurídicas ainda que situadas em planos diversos. Nem sempre se logra observar esses limites normativos com o necessário rigor. Fatores políticos, razões econômico-financeiras ou de outra índole acabam prevalecendo no processo legislativo, dando azo à aprovação de leis manifestamente inconstitucionais ou de regulamentos flagrantemente ilegais.

No trecho acima, não há problematização no sentido de que nem sempre são claras e patentes as eventuais contradições entre normas infraconstitucionais e a constituição. Pressupõe-se a clareza. E o responsável pela não observância destes claros limites jurídicos é o legislativo, onde prevalecem “fatores políticos, razões econômico-financeiras ou de outra índole”.

A última transcrição indica, por meio da expressão “fatores de outra índole”, o possível preconceito de juízes ou intérpretes da constituição sobre o processo legislativo, concepção que pavimenta o caminho rumo ao voluntarismo jurisdicional.

Gilmar Mendes afirma (1999, p. 495), após abordar a dificuldade que as cortes constitucionais enfrentam ao realizar a tarefa de interpretação da constituição, que

a autolimitação da jurisdição constitucional não constitui uma decisão heterônoma ou externa à jurisdição constitucional. Ao revés, ela decorre da estrutura aberta, fragmentária, incompleta da norma constitucional, características que se revelam até mesmo nas Constituições analíticas, como as nossas, uma vez que, a despeito de eventual pretensão totalizadora, não logram – felizmente – abarcar toda a complexidade da vida política e social.

¹¹² Esse trecho vem logo depois dos comentários sobre o que cabe ao participante do processo normativo realizar. Parece até que a primeira parte, sobre o processo normativo, foi explicada, foi levantado um muro entre essa primeira idéia, e então foi explicada a relação de não complexidade sobre os limites normativos que a atividade legislativa deve respeitar.

Neste trecho, Gilmar Mendes defende a autolimitação da jurisdição constitucional, concepção que vai de encontro ao voluntarismo jurisdicional, diante do reconhecimento de que a constituição brasileira não indica todos os caminhos permitidos ou proibidos.

A transcrição desses trechos teve a finalidade de indicar concepções de Gilmar Mendes sobre o uso da proporcionalidade, sobre a jurisdição constitucional e a tensão entre tribunal constitucional e legislativo.

Alguns dos trechos parecem conflitantes. O objetivo das transcrições não foi demonstrar contradições nos escritos de Gilmar Mendes,¹¹³ mas sim o de trazer subsídios para a avaliação dos votos e posturas de Gilmar Mendes como ministro do STF.

Não se pretende dizer que Gilmar Mendes, para não ser contraditório, deveria sempre seguir o que escreveu no passado. No entanto, os textos são relevantes na medida em que houve casos em que o ministro mencionou seus antigos escritos ao longo de seus votos, o que significa que tais textos ainda representam a opinião do ministro.¹¹⁴

Como indicativo da importância que representou no debate brasileiro sobre a proporcionalidade, em voto de 07/03/1996, o ministro Celso de Mello mencionou trecho de livro de Gilmar Mendes, ao mencionar a proporcionalidade. Trata-se da ADI MC 1407/DF,¹¹⁵ relatada por Celso de Mello, em que o STF se defrontou com o tema da autonomia partidária.¹¹⁶

¹¹³ Como atenuante para as aparentes contradições entre os trechos, todos extraídos de um único livro, cabe a ressalva de que os capítulos constituem textos independentes, formados, por exemplo, por pareceres ou textos submetidos a congressos científicos.

¹¹⁴ Por exemplo, na ADI 3324/DF, de 2004, comentada no item 4.3.1.2 deste trabalho, Gilmar Mendes reforça o conceito de proporcionalidade indicado no item 4.1.

¹¹⁵ Na página 18 do voto de Celso de Mello há a transcrição de trecho de Gilmar Mendes extraído do texto “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, p. 475, e que veio a integrar a coletânea de 1999, mencionada no item anterior.

¹¹⁶ Na petição inicial da ADI MC 855/PR, julgada em 01/07/1993, Gilmar Ferreira Mendes também foi mencionado quando o autor da ação abordou a proporcionalidade. A data indicada ao final da petição é 05/04/1993. O autor da petição inicial, nas páginas 14-16, indica trecho de conferência de Gilmar Mendes, de 04/12/1992, no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, realizado em Belo Horizonte (MG).

4.2 O perfil dos votos de Gilmar Mendes e as relações entre as variáveis

Separando-se os votos de Gilmar Mendes pelo ano em que foram encerrados os julgamentos dos acórdãos em que seus votos estão inseridos, foram 5 votos em 2004; 6 em 2005; e 11 de 2006. Isso indica pequeno crescimento no uso da proporcionalidade, ano a ano.

Quanto ao órgão julgador, 12 votos foram proferidos no Pleno e 10 votos na 2ª Turma do STF.

Em 10 de seus votos, Gilmar Mendes integrou a unanimidade. Foram 5 votos com a maioria e 7 votos como minoria (ministros vencidos). Somando-se os votos que integraram a maioria e os julgamentos unânimes, percebe-se uma associação entre casos em que Gilmar Mendes utiliza a proporcionalidade e casos em que integrou o rol de ministros vencedores.

Gilmar Mendes foi relator em apenas 5 casos.

A área do direito em que seus votos foram incluídos com mais frequência é Penal e Processual Penal, que conta com 10 votos de Gilmar Mendes (Tributário conta com 3 votos; Eleitoral, Constitucional, Administrativo e Trabalho contam com 2 votos cada; Civil e Processo Civil conta com 1 voto).

Esse é o perfil dos votos de Gilmar Mendes.

Em relação às quatro variáveis que restam (interesse que preponderou com a decisão; decisão pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade; origem do ato normativo questionado; e tipo de coerência na utilização da proporcionalidade), farei uma análise tentando perceber as eventuais relações entre que mantêm entre si.

4.2.1 Relações entre constitucionalidade e interesse preponderante

Caso	ano	prepondera o interesse	norma é
ADI 2868/PI	2004	Coletivo	constitucional
AC MC QO 189/SP	2004	Individual	constitucional
HC 84270/SP	2004	Coletivo	constitucional
RE 346084/PR	2005	Coletivo	constitucional
HC 87223/PE	2006	Coletivo	constitucional
RHC 88371/SP	2006	Coletivo	constitucional
ADI 3324/DF	2004	Coletivo	inconstitucional
HC 84862/RS	2005	Individual	inconstitucional
RE 413782/SC	2005	Individual	inconstitucional
HC 85379/SP	2005	Individual	inconstitucional
HC 85692/RJ	2005	Individual	inconstitucional
HC 85687/RS	2005	Individual	inconstitucional
RE 418376/MS	2006	Coletivo	inconstitucional
RHC 85656/MS	2006	Individual	inconstitucional
RE AgR 364304/RJ	2006	Individual	inconstitucional
ADI MC 3090/DF	2006	Individual	inconstitucional
ADI 1721/DF	2006	Individual	inconstitucional
Inq AgR 2206/DF	2006	Individual	inconstitucional
RE 463629/RS	2006	Individual	inconstitucional
ADI 3453/DF	2006	Individual	inconstitucional
ADI 1351/DF	2006	Individual	inconstitucional
AC MC 509/AP	2004	Coletivo	X ¹¹⁷

Tomando como norte a questão da constitucionalidade, há 21 votos de Gilmar Mendes classificados em função de defenderem a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de certa lei ou ato normativo.

Em apenas 6 dos 21 votos, Gilmar Mendes decide no sentido da constitucionalidade. O que indica uma tendência no sentido de que a utilização da proporcionalidade é mais recorrente em casos cujos votos são pela inconstitucionalidade.

Dos 15 votos em que Gilmar Mendes decidiu pela inconstitucionalidade, em 13 votos o uso da proporcionalidade está associado ao predomínio de um interesse individual. Ou seja, a utilização da proporcionalidade contribui para que não se aplique uma norma ou ato jurídico e a consequência é a preservação de direito individual.

¹¹⁷ No AC MC 509/AP não foi possível realizar a classificação quanto a constitucionalidade da decisão tomada com o voto, pois trata-se de uma atuação do STF como órgão de revisão das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), não estando presente avaliação da constitucionalidade de norma ou ato jurídico.

Dos 6 casos em que Gilmar Mendes decidiu pela constitucionalidade, em 5 votos o uso da proporcionalidade está associada ao predomínio de um interesse coletivo.

Analisando, então, essas duas variáveis, é possível afirmar que a utilização da proporcionalidade por Gilmar Mendes gera, em regra, duas situações: a declaração de inconstitucionalidade associa-se ao predomínio de um interesse individual e a declaração de constitucionalidade associa-se ao predomínio de um interesse coletivo. A primeira das situações é a mais recorrente.

4.2.2 Relações entre constitucionalidade e tipo de coerência

Caso	ano	norma é	tipo de coerência
ADI 2868/PI	2004	constitucional	Fraca
AC MC QO 189/SP	2004	constitucional	Forte
HC 84270/SP	2004	constitucional	Fraca
RE 346084/PR	2005	constitucional	Fraca
HC 87223/PE	2006	constitucional	Fraca
RHC 88371/SP	2006	constitucional	Fraca
ADI 3324/DF	2004	inconstitucional	Forte
HC 84862/RS	2005	inconstitucional	Média
RE 413782/SC	2005	inconstitucional	Fraca
HC 85379/SP	2005	inconstitucional	Média
HC 85692/RJ	2005	inconstitucional	Média
HC 85687/RS	2005	inconstitucional	Média
RE 418376/MS	2006	inconstitucional	Forte
RHC 85656/MS	2006	inconstitucional	Média
RE AgR 364304/RJ	2006	inconstitucional	Forte
ADI MC 3090/DF	2006	inconstitucional	Fraca
ADI 1721/DF	2006	inconstitucional	Fraca
Inq AgR 2206/DF	2006	inconstitucional	Fraca
RE 463629/RS	2006	inconstitucional	Fraca
ADI 3453/DF	2006	inconstitucional	Fraca
ADI 1351/DF	2006	inconstitucional	Fraca
AC MC 509/AP	2004	X	Fraca

Percebe-se pela tabela acima que dos 15 votos em que Gilmar Mendes decidiu pela inconstitucionalidade, 7 foram classificados como tendo apresentado coerência fraca, 5 foram classificados como tendo apresentado coerência média e 3 foram classificados como tendo apresentado coerência forte no uso da proporcionalidade.

Já nos 6 casos em que Gilmar Mendes decidiu pela constitucionalidade, em 5 casos a coerência no uso da proporcionalidade foi fraca (em apenas 1 caso o uso proporcionalidade apresentou coerência forte).

A análise dos dados com essa configuração permite afirmar que Gilmar Mendes é mais coerente no uso da proporcionalidade nos casos em que votou pela inconstitucionalidade. Declarar a inconstitucionalidade demanda mais cuidado, maior ônus argumentativo, pois tem como consequência a retirada de norma ou ato jurídico do sistema jurídico (controle concentrado) ou a não aplicação no caso concreto (controle difuso). Por esse motivo, talvez, a declaração de inconstitucionalidade esteja associada à utilização da proporcionalidade de modo mais coerente.

4.2.3 Relações entre constitucionalidade e origem do ato normativo questionado

Caso	ano	norma é	ato normativo
ADI 2868/PI	2004	constitucional	lei estadual
AC MC QO 189/SP	2004	constitucional	decreto legislativo mun.
HC 84270/SP	2004	constitucional	provimento do TJ/SP
RE 346084/PR	2005	constitucional	lei federal
HC 87223/PE	2006	constitucional	lei federal
RHC 88371/SP	2006	constitucional	lei federal
ADI 3324/DF	2004	inconstitucional	lei federal
HC 84862/RS	2005	inconstitucional	lei federal
RE 413782/SC	2005	inconstitucional	decreto regulam. est.
HC 85379/SP	2005	inconstitucional	lei federal
HC 85692/RJ	2005	inconstitucional	lei federal
HC 85687/RS	2005	inconstitucional	lei federal
RE 418376/MS	2006	inconstitucional	lei federal
RHC 85656/MS	2006	inconstitucional	lei federal
RE AgR 364304/RJ	2006	inconstitucional	lei municipal
ADI MC 3090/DF	2006	inconstitucional	MP conver. em lei fed.
ADI 1721/DF	2006	inconstitucional	MP conver. em lei fed.
Inq AgR 2206/DF	2006	inconstitucional	lei federal
RE 463629/RS	2006	inconstitucional	lei federal
ADI 3453/DF	2006	inconstitucional	lei federal
ADI 1351/DF	2006	inconstitucional	lei federal
AC MC 509/AP	2004	X	lei federal

Dos 22 votos de Gilmar Mendes, em 17 deles a norma questionada quanto à constitucionalidade era proveniente de legislação federal (casos destacados com a cor laranja).

Desses 17 casos, em 13 houve a declaração de inconstitucionalidade.

Percebe-se uma relação maior entre uso da proporcionalidade e declaração de inconstitucionalidade de legislação federal.

4.2.4 Relações entre constitucionalidade, interesse predominante e tipo de coerência

Caso	ano	prepondera o interesse	norma é	tipo de coerência
ADI 2868/PI	2004	Coletivo	constitucional	fraca
AC MC QO 189/SP	2004	Individual	constitucional	forte
HC 84270/SP	2004	Coletivo	constitucional	fraca
RE 346084/PR	2005	Coletivo	constitucional	fraca
HC 87223/PE	2006	Coletivo	constitucional	fraca
RHC 88371/SP	2006	Coletivo	constitucional	fraca
ADI 3324/DF	2004	Coletivo	inconstitucional	forte
HC 84862/RS	2005	Individual	inconstitucional	média
RE 413782/SC	2005	Individual	inconstitucional	fraca
HC 85379/SP	2005	Individual	inconstitucional	média
HC 85692/RJ	2005	Individual	inconstitucional	média
HC 85687/RS	2005	Individual	inconstitucional	média
RE 418376/MS	2006	Coletivo	inconstitucional	forte
RHC 85656/MS	2006	Individual	inconstitucional	média
RE AgR 364304/RJ	2006	Individual	inconstitucional	forte
ADI MC 3090/DF	2006	Individual	inconstitucional	fraca
ADI 1721/DF	2006	Individual	inconstitucional	fraca
Inq AgR 2206/DF	2006	Individual	inconstitucional	fraca
RE 463629/RS	2006	Individual	inconstitucional	fraca
ADI 3453/DF	2006	Individual	inconstitucional	fraca
ADI 1351/DF	2006	Individual	inconstitucional	fraca
AC MC 509/AP	2004	Coletivo	X	fraca

Levando em consideração as três variáveis, percebe-se que as que mais freqüentemente foram utilizadas em conjunto são:

- declaração de constitucionalidade, preponderância do interesse coletivo e coerência fraca: 5 vezes (cor verde);

- declaração de inconstitucionalidade, preponderância do interesse individual e coerência média: 5 vezes (cor amarela);

- declaração de inconstitucionalidade, preponderância do interesse individual e coerência fraca: 7 vezes (cor azul).

4.2.5 Relações entre constitucionalidade, interesse predominante, tipo de coerência e origem do ato normativo questionado

Caso	ano	interesse	coerência	norma é	ato normativo
ADI 2868/PI	2004	coletivo	Fraca	constitucional	lei estadual
AC MC QO 189/SP	2004	individual	Forte	constitucional	decreto legislativo mun.
HC 84270/SP	2004	coletivo	Fraca	constitucional	provimento do TJ/SP
RE 346084/PR	2005	coletivo	Fraca	constitucional	lei federal
HC 87223/PE	2006	coletivo	Fraca	constitucional	lei federal
RHC 88371/SP	2006	coletivo	Fraca	constitucional	lei federal
ADI 3324/DF	2004	coletivo	Forte	inconstitucional	lei federal
HC 84862/RS	2005	individual	Média	inconstitucional	lei federal
RE 413782/SC	2005	individual	Fraca	inconstitucional	decreto regulam. est.
HC 85379/SP	2005	individual	Média	inconstitucional	lei federal
HC 85692/RJ	2005	individual	Média	inconstitucional	lei federal
HC 85687/RS	2005	individual	Média	inconstitucional	lei federal
RE 418376/MS	2006	coletivo	Forte	inconstitucional	lei federal
RHC 85656/MS	2006	individual	Média	inconstitucional	lei federal
RE AgR 364304/RJ	2006	individual	Forte	inconstitucional	lei municipal
ADI MC 3090/DF	2006	individual	Fraca	inconstitucional	MP conver. em lei fed.
ADI 1721/DF	2006	individual	Fraca	inconstitucional	MP conver. em lei fed.
Inq AgR 2206/DF	2006	individual	Fraca	inconstitucional	lei federal
RE 463629/RS	2006	individual	Fraca	inconstitucional	lei federal
ADI 3453/DF	2006	individual	Fraca	inconstitucional	lei federal
ADI 1351/DF	2006	individual	Fraca	inconstitucional	lei federal
AC MC 509/AP	2004	coletivo	Fraca	X	lei federal

Levando em consideração as quatro variáveis, percebe-se que as que mais frequentemente foram utilizadas em conjunto são:

- declaração de constitucionalidade, legislação federal, preponderância do interesse coletivo e coerência fraca: 3 vezes (cor verde);

- declaração de inconstitucionalidade, legislação federal, preponderância do interesse individual e coerência média: 5 vezes (cor amarela);

- declaração de inconstitucionalidade, legislação federal, preponderância do interesse individual e coerência fraca: 6 vezes (cor azul).

4.3 Proporcionalidade e tipo de coerência nos votos

No item 2.2.2, apresentei uma proposta de classificação da coerência no uso da proporcionalidade nos votos dos ministros do STF (forte, média ou fraca). Ao longo dos anexos, indiquei a classificação que apliquei aos votos analisados.

Passo agora a explicar com detalhes, por meio de alguns exemplos, o modo como alguns votos foram analisados com base na classificação proposta entre coerência forte, média ou fraca.

4.3.1 Coerência forte

São quatro os votos de Gilmar Mendes que apresentam coerência forte no uso da proporcionalidade: AC MC QO 189/SP (2004); ADI 3324/DF (2004); RE 418376/MS (2006); e RE AgR 364304/RJ (2006).

Esses quatro casos são muito importantes, pois são neles que o ministro indica quais são os conceitos de proporcionalidade que adota. Como não são muitos casos, serão todos comentados a partir de agora.

O objetivo do item não é avaliar o valor dos conceitos trazidos por Gilmar Mendes, ou seja, não é o objetivo da análise avaliar se os conceitos trazidos pelo ministro são melhores ou piores do que outros conceitos de proporcionalidade.

Também não me preocupo neste item em fazer uma crítica ao modo como Gilmar Mendes justifica e aplica os conceitos de proporcionalidade que indica nos votos (isso será abordado no item 4.4¹¹⁸). A finalidade da análise foi perceber se, indicado um conceito de

¹¹⁸ A crítica em relação ao modo como o ministro justifica e aplica o conceito de proporcionalidade indicado por ele mesmo apenas pode ser feito nos casos de coerência forte no uso da proporcionalidade, pois apenas quando

proporcionalidade, estão presentes algum tipo de justificativa do uso e da aplicação do conceito no caso concreto.

Pretende-se exemplificar votos em que os três alicerces argumentativos conceituados no item 2.2.2 estão presentes.

4.3.1.1 AC MC QO 189/SP (2004) – Caso dos vereadores

O caso trata da situação de vereadores do município de São João da Boa Vista (SP) que foram afastados de seus mandatos em função de interpretação do artigo 29, IV, “a”, da Constituição Federal. O artigo foi interpretado no mesmo sentido do RE 197917/SP, de 06/06/2002, relatado por Maurício Corrêa.

Os vereadores pedem efeito suspensivo ao recurso interposto por eles mesmos no STF em face da decisão que os afastou de seus mandatos. A proporcionalidade foi utilizada no debate sobre a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso.

A eleição para a Câmara Municipal foi realizada em 2000 e 17 vereadores foram eleitos. No entanto, após a eleição, cessou o efeito suspensivo de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia decidido no sentido de que o número de vereadores em São João da Boa Vista era inconstitucional e, conseqüentemente, a Câmara Municipal em questão poderia contar com apenas 13 vereadores enquanto a população não superasse 100 mil habitantes.

Em função desse cenário, a Justiça Eleitoral manifestou-se no sentido de que, restabelecido o acórdão do Tribunal de Justiça, cujos efeitos estavam suspensos durante as eleições, os 4 vereadores eleitos acima do limite de 13 vagas estariam impedidos de participar das sessões legislativas e não mais seriam considerados vereadores.

Esse é o contexto do caso. O debate jurídico poderia ser resumido da seguinte forma: o Decreto Legislativo que previu o número de 17 cadeiras para a Câmara Municipal é

estão colocados os três alicerces argumentativos indicados no item 2.2.2 o argumento do ministro será estruturado de modo claro e aberto, permitindo a crítica.

inconstitucional desde que entrou em vigor ou caberia no caso a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo mencionado?

Em seu voto (p. 34),¹¹⁹ após longa exposição teórica sobre o tema da mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Suprema Corte Norte-Americana e no STF, Gilmar Mendes afirma:

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

Gilmar Mendes, então, apresenta o que a doutrina e jurisprudência portuguesas compreendem sobre o tema da mitigação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: a potencial arbitrariedade que o tribunal poderia praticar, ao decidir pela mitigação ou não dos efeitos, seria limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Transcreve, então, trecho de Rui Medeiros. Segundo Gilmar Mendes, o autor defende o cabimento no tema da mitigação dos efeitos das “três vertentes do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)”. O trecho transcrito por Gilmar Mendes aborda apenas a proporcionalidade em sentido estrito.

Para Rui Medeiros (p. 35):

A proporcionalidade nesta terceira vertente tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as conseqüências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não são excessivas. Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo, e, concretamente, o confronto entre interesses afectados pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em conseqüência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória.

¹¹⁹ Uso a numeração estabelecida no canto superior direito dos inteiros teores dos acórdãos do STF.

Rui Medeiros, no trecho transcrito, explica que a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* tem prioridade de aplicação, “a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo” (p. 36).

Após esse trecho, Gilmar Mendes conclui:

Na espécie, não parece haver dúvida de que um juízo rigoroso de proporcionalidade recomenda a preservação do modelo legal existente na atual legislatura. É um daqueles casos notórios, em que eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Em seguida, Gilmar Mendes menciona uma decisão alemã de 1963 e encerra seu voto.

Esse voto foi classificado como tendo apresentado os três alicerces argumentativos no uso da proporcionalidade: conceito de proporcionalidade, justificativa da utilização da proporcionalidade no caso concreto e aplicação do conceito no caso concreto. Justifico a classificação a partir de agora.

O conceito de proporcionalidade do caso é o conceito do autor português Rui Medeiros. A proporcionalidade vincula-se a idéia de ponderação entre, nas palavras de Rui Medeiros, os “diferentes interesses em jogo”.

O autor português explica que a proporcionalidade pode ser usada para analisar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*, exatamente o caso dos autos.

Sendo assim, tendo em vista que Gilmar Mendes reconhece a questão dos autos como de conflito entre “princípio da nulidade” e “idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante”, o conceito de proporcionalidade apresentado justifica-se para resolver o caso dos autos.

Na página 34 do voto, antes mesmo de trazer as idéias de Rui Medeiros, Gilmar Mendes aplica o conceito de proporcionalidade no caso concreto. A aplicação, terceiro alicerce argumentativo para que fique caracterizada a coerência forte no uso da proporcionalidade, foi assim determinada pelo ministro:

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de

vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados.

O conceito de proporcionalidade do caso vincula-se à idéia de ponderação e à impossibilidade de que haja sacrifício excessivo sobre um dos interesses ou princípios em jogo. Comparando o conceito utilizado no caso com o que foi exposto no item 1.1, a proporcionalidade no caso resume-se a raciocínio próximo à proporcionalidade em sentido estrito.

4.3.1.2 ADI 3324/DF (2004) – Caso da transferência de militares

Trata-se de caso em que o STF se posicionou a respeito da interpretação do seguinte artigo da Lei nº 9.536/97:

Art. 1º. A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situa a instituição recebedora ou para a localidade mais próxima.

O artigo 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, tem a seguinte redação:

Art. 49. As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.

Parágrafo único. As transferências *ex officio* dar-se-ão na forma da lei.

O debate sobre o artigo é que ele possibilita aos alunos provenientes de instituições privadas a transferência para instituições públicas e isso levanta questões sobre o princípio da isonomia, sobre a igualdade de acesso ao ensino superior e sobre a autonomia universitária.

Esse é o contexto do caso.

Gilmar Mendes (p. 177), após abordar o tema da autonomia universitária e da igualdade de acesso ao ensino superior público, menciona pressuposto teórico sobre a isonomia ao transcrever idéias de Robert Alexy, extraídas de sua teoria dos direitos fundamentais.

Ainda na perspectiva de Alexy, a observância do princípio da isonomia estaria vinculada ao oferecimento de *razões suficientes*, aptas a *autorizar* um tratamento desigual ou mesmo *exigi-lo*. A identificação de uma não-identidade permitiria apenas a avaliação da medida em que as razões potencialmente justificadoras do tratamento diferenciado poderiam vir a ser consideradas suficientes ou normativamente relevantes para sustentar a compatibilidade de determinada não-identidade com o princípio da isonomia. Com isso, a aplicação do princípio da isonomia converte-se em um discurso prático acerca da eventual existência e suficiência de razões legitimadoras de não-identidade em face do princípio da isonomia.

Não vejo, em princípio, como refutar a existência de uma posição diferenciada dos servidores públicos e dos militares, a justificar a disciplina específica.

De qualquer sorte, o fato é que a existência de razões para um tratamento diferenciado não leva necessariamente a regime de direito absoluto, em que aqueles agentes públicos e seus dependentes seriam detentores de um irrestrito poder de escolha.

Vejo aqui, portanto, a possibilidade de avaliar a existência ou não de razões suficientes para o tipo de discriminação que está implícita naquela interpretação defendida pela Advocacia-Geral.

Há, evidentemente, interesses e direitos constitucionais que potencialmente estão contrapostos a esse direito que se quer conferir aos beneficiados pela regra impugnada.

Esse é um típico caso em que se faz necessária uma avaliação de proporcionalidade, no sentido de se investigar se houve ou não um excesso legislativo.

No trecho descrito acima, especialmente na parte final (últimos dois parágrafos), Gilmar Mendes justifica o uso da proporcionalidade no caso concreto.

A seguir (p. 178), o ministro expõe o conceito de proporcionalidade vinculado ao caso dos autos

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição do excesso” na restrição de tais direitos.

A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebidos de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2º ed., Celso Bastos

Editor: IBDC, São Paulo 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)¹²⁰.

Já a aplicação do conceito de proporcionalidade no caso dos autos inicia-se com a definição dos interesses contrapostos (p. 180).

Os interesses contrapostos, no caso em exame, são relativamente claros. O primeiro deles está baseado no próprio princípio da isonomia. De fato, em primeiro lugar, temos como potencialmente afetado o interesse de todos os demais cidadãos não beneficiados pela norma impugnada. Mais especificamente, temos cidadãos que acabam por ser diretamente afetados pela norma, haja vista que dados da realidade evidenciam que sua aplicação potencialmente restringe o número de vagas nas universidades públicas federais.

Outro interesse potencialmente violado refere-se às próprias universidades. E aqui estamos diante de instituições que se inserem em uma moldura constitucional específica. Nesse ponto, penso que é necessário desenvolver algumas considerações sob a perspectiva das normas constitucionais relativas à educação e ao ensino universitário.

Gilmar Mendes inicia então suas considerações anunciadas ao final do trecho transcrito acima, além de abordar o “pensamento jurídico do possível”, de Peter Häberle. Em seguida (p. 185), dá indícios sobre a inconstitucionalidade da norma questionada:

No caso apreciado nesta ADI, portanto, a imposição legislativa impugnada descarta a necessidade de atendimento aos diversos interesses e direitos conflitantes sem o sacrifício absoluto de quaisquer deles.

¹²⁰ Em complemento a esse conceito, Gilmar Mendes transcreve, p. 188, trecho de seu voto na Intervenção Federal nº 2915 (DJ 28/11/2003): “Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264). (...) O exame da proporcionalidade, no caso em apreço, exige algumas considerações sobre o contexto factual e normativo em que se insere a presente discussão”.

Conclusivamente, devo enfatizar, que não estamos diante de uma regra de tudo ou nada! É necessário harmonizar a disciplina jurídica das transferências obrigatórias com os limites orçamentários das Universidades Públicas Brasileiras.

Na página 186, exemplifica seu temor sobre a consequência da aplicação da norma na realidade das universidades públicas:

Relativamente a determinados casos extremos, como por exemplo o dos Cursos de Direito e Medicina da Universidade de Brasília (UnB), as solicitações ultrapassam em muito a capacidade de oferta de vagas por mais de um semestre. A ponto de se ter cogitado o próprio cancelamento do processo seletivo.

(...)

Desse modo, não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que subordinam a atuação das Universidades sobre o contexto factual e normativo em que se insere a presente discussão.

Como sabemos, no Brasil, cada sistema de ensino é constituído por entes privados e públicos (artigos 16, 17, 18 da LBD). Assim, a interpretação que permite a transferência independente do sistema de origem pode acabar por promover, de forma indireta, o repasse de verbas públicas para o atendimento de interesses privados – uma atividade que, além de imoral, é ilegal e patentemente inconstitucional.

Gilmar Mendes conclui seu voto, p. 190, ao apresenta a solução que impede o sacrifício absoluto dos interesses que estavam sendo pressionados pela norma questionada:

Em um caso como este, o critério da congeneridade¹²¹ é estritamente proporcional ao caso porque tanto possibilita o ingresso no caso de transferência *ex officio*, como garante a integridade da autonomia universitária, além de preservar minimamente o interesse daqueles que não são servidores públicos civis e militares ou seus dependentes, ou seja, a grande maioria da população brasileira.

¹²¹ Congeneridade significa que a transferência seria um direito desde que fosse de uma instituição privada para uma instituição privada ou de pública para pública. Esse conceito já havia sido apresentado por outros votos apresentados antes do de Gilmar.

O conceito de proporcionalidade do caso vincula-se a idéia de princípio da proibição do excesso na restrição de direitos fundamentais, núcleo essencial relativo dos direitos fundamentais,¹²² vedação de um excesso legislativo e devido processo legal em sentido substantivo.¹²³

4.3.1.3 RE 418376/MS (2006) – Caso da união estável

A questão jurídica do caso é a possibilidade de equiparação do instituto da união estável ao casamento para efeitos de aplicação da hipótese de extinção da punibilidade prevista no artigo 107, VII, do Código Penal.

Para tanto, debate-se se a situação de fato pode ser considerada união estável: menina de idade entre 9 e 12 anos, que mantém relações sexuais com seu tutor legal, então, marido de sua tia, com quem ela vivia desde os 8 anos de idade, e que, após ter um filho com o tutor legal (12 ou 13 anos), declara que vive “maritalmente” com seu tutor.

Gilmar Mendes desenvolve argumentos no sentido de que essa situação de fato não se enquadra no conceito constitucional de união estável.

Após tais argumentos, afirma (p. 688) que, se outra interpretação fosse possível, a consequência seria “típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”. E continua:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para

¹²² Um estudo sobre concepções dos ministros no que diz respeito ao núcleo essencial relativo ou absoluto dos direitos fundamentais poderia ser obtido comparando-se os casos HC 82788/RJ, de 12/04/2005 (2ª Turma), e o Inq 1957/PR, de 11/05/2005 (Pleno). No primeiro, Celso de Mello afirma que a inadmissibilidade da prova ilícita é absoluta. No segundo, Nelson Jobim e Carlos Velloso defendem o contrário. Joaquim Barbosa menciona o tema do núcleo essencial no MS 24045/DF, de 28/04/2005.

¹²³ Ávila (2008, p. 176 e ss) apresenta os problemas decorrentes da não diferenciação entre proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso.

garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o professor Lênio Streck:

“Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.” (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como há blindagem contra as normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180).

Gilmar Mendes ainda transcreve trecho sobre o mesmo tema de texto de Ingo Sarlet. Esse é o conceito de proporcionalidade trazido para aplicação no caso concreto.

No que diz respeito a justificar o uso no caso e aplicar o uso ao caso, Gilmar Mendes diz (p. 690)

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos.

Conferir à situação dos presentes autos o *status* de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente.

Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das

pessoas, sendo este mais um motivo para acompanhar a divergência inaugurada pelo Min. Joaquim Barbosa.

A justificativa está nos dois primeiros parágrafos e a aplicação, no último.

Na página 687, Gilmar Mendes indica que, segundo o art. 227 da Constituição Federal, é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...], à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Tendo a obrigação estatal descrita e a situação de fato do caso, Gilmar Mendes reforça a justificativa e aplicação da proporcionalidade na acepção proteção jurídica insuficiente.

O conceito de proporcionalidade do caso vincula-se à idéia de proibição da insuficiência no campo jurídico-penal (tanto no caso de omissão estatal quanto de norma em vigor, mas que seja insuficiente).

4.3.1.4 RE AgR 364304/RJ (2006) – Caso IPTU progressivo

O caso aborda pedido do Município do Rio de Janeiro para que, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do artigo 67 Lei Municipal nº 691 de 1984, que institui a cobrança do IPTU progressivo, essa declaração apenas tenha efeitos *ex nunc*, o que anularia a possibilidade do município devolver o que foi recolhido por meio do tributo.

Gilmar Mendes inicia o voto abordando o tema da nulidade da norma inconstitucional. Mas afirma que “razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional” (p. 823). E complementa a idéia afirmando que “é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações”.

Mais adiante (p. 823), Gilmar Mendes explica

Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o

princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação.

O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

No trecho acima, Gilmar Mendes aproxima proporcionalidade de ponderação, definindo-a para caso concreto. A justificativa para a aplicação do conceito no caso é que o pedido da parte é justamente pela não aplicação dos efeitos da nulidade.

Após defender “a adoção da modulação de efeitos também em sede de declaração de não-recepção da lei pré-constitucional pela norma constitucional superveniente” (p. 827), Gilmar Mendes afirma que não vê razões de segurança jurídica para a adoção da modulação no caso dos autos.

Alguns elementos fáticos devem informar a decisão. Entendo que a argüição deduzida pelo agravante se fez a destempo. É que o interessado poderia ter manejado embargos de declaração, quanto do julgamento originário em 18 de novembro de 2003, postulando a modulação agora pretendida. E não o fez.

Não há indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de 18 de novembro de 2003. O recurso extraordinário foi protocolado em 18 de maio de 2004. O agravo foi protocolado pelo interessado por volta de 1º de setembro do mesmo ano de 2004; é de se presumir que a distância temporal não qualifica aspecto fático que justifique modulação dos efeitos de não recepção, como pretendido pelo agravante.

E o que é mais importante, as decisões do STF contrárias à forma como o Município do Rio de Janeiro lançava e cobrava o IPTU são de 31 de março e de 7 de dezembro de 2000 (RR EE 248.892 e 265.907).

Portanto, não outorgo efeitos meramente prospectivos à referida não-recepção, porque não tenho como demonstrada a repercussão econômica, a gravíssima lesão à ordem pública ou à segurança jurídica, bem como a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso.

Gilmar Mendes, ao contrário do que ocorreu na AC MC QO 189/SP, caso dos vereadores (que, inclusive, nem foi mencionado), não relativiza a nulidade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade do tributo.

O relato dos quatro votos teve a finalidade de indicar os usos da proporcionalidade que apresentaram coerência forte.

4.3.2 Coerência média

Todos os votos que foram classificados como tendo apresentado coerência média no uso da proporcionalidade tiveram a seguinte configuração: ausência de um conceito de proporcionalidade; presença de justificativa para a utilização da proporcionalidade no caso concreto; e presença da aplicação da proporcionalidade no caso concreto (ver anexo III).

Ao longo da pesquisa, houve dúvida sobre a possibilidade de haver a presença da aplicação do conceito de proporcionalidade no caso concreto sem que um conceito de proporcionalidade fosse apresentado no voto. Esse questionamento decorreu do fato de que a avaliação sobre a aplicação do conceito de proporcionalidade depende da explicitação prévia do conceito.

No entanto, optei por, nos votos da amostra que apresentaram coerência média, mesmo levando em consideração que são caracterizados pela ausência da apresentação de um conceito de proporcionalidade, manter a presença da aplicação da proporcionalidade no voto, pois o ministro desenvolve raciocínios sobre adequação e necessidade.

No que diz respeito à “aplicação”, o voto que apenas afirma que certa norma ou ato normativo respeita ou não respeita a proporcionalidade foi classificado como de aplicação da proporcionalidade (ver Anexo III). No entanto, o voto que dialoga com os conceitos de adequação e necessidade não poderia receber a mesma classificação, pois, por mais que o ministro não tenha informado seu conceito de proporcionalidade ou não tenha feito remissão a

voto já proferido em que certo conceito de proporcionalidade fora exposto,¹²⁴ acabou por argumentar tendo como base alguns conceitos associados à proporcionalidade (adequação e necessidade).

Outra peculiaridade da amostra é que todos os votos que apresentaram coerência média no uso da proporcionalidade referem-se ao mesmo debate: a constitucionalidade da não progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para os condenados pela prática de crimes hediondos.

Esse debate foi pacificado no STF no HC 82959/SP, cujo julgamento final foi em 23/02/2006,¹²⁵ caso em que o Pleno avaliou a matéria no sentido de que a impossibilidade de progressão seria inconstitucional. O caso também gerou bastante repercussão pelo fato de que a maioria se formou com apenas 6 votos e porque representou a alteração do entendimento reiterado do STF sobre a questão.

Neste caso em que o Pleno definiu a questão, o julgamento iniciou-se em 06.08.2003, encerrando-se apenas em 23/02/2006. No entanto, Gilmar Mendes proferiu seu voto no Pleno em 02/12/2004.

Em função disso, nos 5 casos sobre esse tema,¹²⁶ Gilmar Mendes ou transcreve seu extenso voto de mais de 80 páginas vinculado ao HC 82959/SP ou faz remissão ao seu voto no HC 82959/SP,¹²⁷ sem transcrevê-lo. A remissão ao voto anterior fez com que se justificasse a análise da coerência no voto dado no HC 82959/SP.

¹²⁴ Sobre a função dos precedentes como limitadores da discricionariedade e legitimadores das decisões judiciais, ver Mello (2008, p. 273 e ss). Alexy (2008, p. 554-559) ressalta a contribuição dos precedentes para a segurança na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais.

¹²⁵ Por alguma limitação dos mecanismos de busca “pesquisa livre” da página eletrônica do STF, mesmo sendo de 2006, o HC 82959/SP não apareceu no momento em que obtive a amostra inicial de 81 acórdãos. Optei por deixar o HC 82959/SP de fora da amostra inicial de acórdãos, pois o voto de Gilmar neste caso já estava representado nos outros casos da amostra sobre o tema da progressão de regime prisional para os crimes hediondos.

¹²⁶ HC 84862/RS (2005), HC 85379/SP (2005), HC 85692/RJ (2005), HC 85687/RS (2005) e RHC 85656/MS (2006).

¹²⁷ Faço rápido comentário sobre a diversidade de posturas de Gilmar Mendes em relação a um ponto que, talvez, merecesse posturas idênticas. Como dito no texto, ao longo de 2005, nos 4 casos sobre a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos, Gilmar manteve sua posição no sentido da inconstitucionalidade mesmo considerando que ainda prevaleciam precedentes do Pleno no sentido de que a impossibilidade de progressão seria constitucional. Isso fez com que, nos 4 casos de 2005, Gilmar Mendes restasse vencido na 2ª Turma. Em outras palavras: Gilmar Mendes “afrontou” os precedentes do Pleno ainda em vigor (o Pleno apenas veio a alterar seu entendimento com o julgamento do HC 82959/SP, encerrado em 23/02/2006). No entanto, no HC 85351/RO (2005), presente na amostra inicial de 81 julgados, mas não relevante para a análise da proporcionalidade, Gilmar Mendes tem postura oposta. O caso aborda a constitucionalidade do réu condenado criminalmente recorrer em liberdade. Gilmar Mendes afirma que já votou na Reclamação nº 2.391, em que “a Corte está reexaminando a constitucionalidade de exigência de prisão para que o condenado possa apelar”, e que

4.3.2.1 HC 84862/RS (2005) – Caso da progressão de regime em crimes hediondos

Como mencionado acima, trata-se de caso em que se debate a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que veda a progressão de regime para as penas privativas de liberdade nos crimes hediondos.

Gilmar Mendes inicia seu voto abordando o HC 69657 (DJ 18.06.1993), “em que a questão foi amplamente discutida, tendo restado vencedora a posição que sustentava a constitucionalidade da norma da Lei nº 8.072/90 que veda a progressão de regime” (p. 438).

O ministro transcreve trechos dos votos de Francisco Rezek e Celso de Mello que, no julgamento de 1993, integraram a maioria. Transcreve também voto de Cezar Peluso, que já votou no HC 84862/RS, em que o ministro defende a inconstitucionalidade da impossibilidade de progressão de regime.

Gilmar Mendes afirma que, em sua opinião, no inciso XLVI do artigo 5º, a Constituição Federal assegura um direito fundamental à individualização da pena (p. 449). Para corroborar sua afirmação, Gilmar Mendes descreve a questão dos autos

Em outras palavras, é de se indagar se o legislador poderia, tendo em vista a natureza do delito, prescrever, como o fez na espécie, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado, isto é, se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena.

Após esse trecho, o ministro inicia suas considerações sobre o princípio do núcleo essencial dos direitos fundamentais, citando autores alemães. Segundo o ministro, “o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (p. 452).

tal Reclamação “se encontra com vista à Ministra Ellen Gracie”. Complementa Gilmar Mendes que no voto que já proferiu na Reclamação, argumenta no sentido da inconstitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A despeito disso, e ao contrário do que fez nos 4 casos de 2005 sobre a progressão de regime nos crimes hediondos, Gilmar Mendes não “afronta” os precedentes do STF, de modo que não aplica seu voto da Reclamação nº 2.391 no HC 85351/RO (2005).

Ao descrever o debate dos autos (“possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena”) e vincular a teoria da proteção do núcleo essencial com a questão da proporcionalidade (parágrafo acima), Gilmar Mendes justificou a aplicação da proporcionalidade no caso concreto, pois o ministro define o caso no sentido de que é necessário avaliar se o direito à individualização da pena foi esvaziado e associa o princípio da proteção do núcleo essencial a “evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental”.

Após indicar as concepções absoluta e relativa¹²⁸ da idéia de proteção do núcleo essencial, traz conceito de Hesse (p. 455) “a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida”. Percebe-se que Gilmar Mendes indica aqui o conceito de proporcionalidade para o caso, no entanto, como não indica o que significa “harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida”, não é possível ao leitor de seu voto comparar sua definição com eventual aplicação. É por esse motivo que seu voto foi caracterizado pela ausência de um conceito de proporcionalidade.

Gilmar Mendes, então, transcreve trecho de voto de 1977, do ministro Rodrigues Alckmin, em que é citado trecho de Fiorini, em espanhol, sobre a proporcionalidade e razoabilidade (uma das partes essenciais do trecho é: “La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen”).¹²⁹

Afirma Gilmar Mendes (p. 460) “A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado”.

O ministro faz uma crítica ao legislativo

A ampliação dos crimes considerados hediondos torna ainda mais geral a vulneração do princípio da individualização, o que, em outras palavras, quase que transforma a exceção em regra. Todos os crimes mais graves ou que provocam maior repulsa na opinião pública passam a ser tipificados como crimes hediondos, e por conseguinte, exigem o cumprimento da pena em

¹²⁸ Na relativa, haveria um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. É por meio desse processo que se revelaria o mínimo insuscetível de restrição ou redução.

¹²⁹ A menção ao voto de Rodrigues Alckmin (Representação nº 930) e o trecho de Fiorini estão presentes na obra doutrinária (FERREIRA MENDES, 1999, p. 76-77). O título do capítulo é “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. Neste texto, há a associação entre razoabilidade e proporcionalidade.

regime integralmente fechado. Os direitos básicos do apenado a uma individualização são totalmente desconsiderados em favor de uma opção política radical.

Após citar projeto de lei do governo federal, em trâmite no Congresso Nacional,¹³⁰ que flexibiliza a rigidez da vedação da progressividade, Gilmar Mendes aplica, sem antes tê-los definido, alguns conceitos vinculados à proporcionalidade

Tal proposta demonstra que o modelo previsto na Lei nº 8.072/90, se já não se revela inadequado, é, pelo menos **desnecessário**, uma vez que existem alternativas, igualmente eficazes e menos gravosas para a posição jurídica afetada.

Em verdade, tal como apontado por Marco Aurélio e Peluso, a Lei dos Crimes Hediondos contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que repele a progressividade, admite o livramento condicional desde que cumpridos dois terços da pena (CP, art. 83, V). Tem-se, pois, o retorno à vida social sem que tenha havido progressão do regime, com a reintrodução gradual do condenado na vida em sociedade.

Essa incongruência explícita, a um só tempo, a *desnecessidade* da medida adotada (lesão ao princípio da proporcionalidade) e a falta de cuidado por parte do legislador na fixação de limites do direito fundamental à individualização da pena (caráter arbitrário da norma).

Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da *necessidade* (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a **desnecessidade** da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade.

Como explicar, com algum grau de plausibilidade, que o crime de tortura possa ter a progressão de regime expressamente permitida e os demais crimes considerados hediondos estejam excluídos desse benefício?

Ora, semelhante incongruência também demonstra, de forma insofismável, a **ausência de necessidade** da providência fixada na Lei nº 8.072/90. Do contrário, não haveria justificativa para o legislador conferir tratamento díspar a situações idênticas.

¹³⁰ Gilmar afirma que o projeto de lei já foi aprovado na Câmara dos Deputados e contém a seguinte norma: “O juiz determinará o cumprimento de metade da pena aplicada em regime fechado, desde o início, quando o crime for de especial gravidade”.

(...)

Como demonstrado, essa proibição não passa pelo juízo de proporcionalidade.

Após esse trecho, Gilmar Mendes dedica-se a abordar a questão da evolução/revisão da jurisprudência, pois seu voto é no sentido da superação dos precedentes do STF sobre o tema, e dedica-se ao tema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Percebe-se que o conceito de proporcionalidade do caso vincula-se a idéia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

4.3.3 Coerência fraca

Como definido no item 2.2.2, coerência fraca no uso da proporcionalidade ocorreria quando houvesse a presença de um ou nenhum dos alicerces argumentativos no uso da proporcionalidade (conceito de proporcionalidade, justificação do uso da proporcionalidade no caso concreto e aplicação do conceito de proporcionalidade no caso concreto).

Nos votos analisados (Anexo III), há casos de coerência fraca que apresentam um dos alicerces argumentativos indicados acima e há casos em que nenhum se faz presente.

A ressalva feita no item 4.3.2 a respeito da presença da aplicação e ausência de um conceito de proporcionalidade permanece cabível nos casos classificados com tendo apresentado coerência fraca no uso da proporcionalidade.

Os casos que não apresentaram nem mesmo a aplicação da proporcionalidade são aqueles em que o ministro meramente afirmou que certa norma ou ato jurídico seria proporcional ou desproporcional. Em outros casos, o ministro Gilmar Mendes apenas faz breve menção sobre a proporcionalidade, sem aplicá-la ao caso concreto.

Indico com mais detalhes quatro casos que apresentaram coerência fraca no uso da proporcionalidade. A finalidade da exposição dos quatro exemplos é permitir críticas ao modo como os votos foram classificados como tendo apresentado coerência fraca no uso da proporcionalidade.

4.3.3.1 ADI 2868/PI (2004) – Caso dos precatórios

Debate-se no caso a constitucionalidade de norma do Estado do Piauí que estabelece como de pequeno valor os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário que tenham valor igual ou inferior a cinco salários mínimos.

A consequência é que, levando em conta o artigo 100, terceiro parágrafo, da Constituição Federal, a sistemática dos precatórios não se aplica aos pagamentos definidos em lei como de pequeno valor.

Outra norma relevante para o caso é o art. 87 do ADCT. Este artigo afirma que, até a publicação oficial das respectivas leis definidoras de “pequeno valor” pelos entes da Federação, serão considerados de pequeno valor, para o Estados e Distrito Federal, o valor de quarenta salários-mínimos. É em função dessa norma que a lei estadual seria inconstitucional segundo o autor da ADI.

A lógica da lei estadual em questão é: quanto menor o valor, ou seja, quanto menor a definição de “obrigações de pequeno valor”, maior a possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas terem que se submeter à sistemática dos precatórios para obterem seus créditos perante o Estado. Aos Estados sem muitos recursos para a quitação de seus débitos, com o intuito de postergar tais obrigações, interessa que a maior parte de suas obrigações filie-se à sistemática dos precatórios.

O voto de Gilmar Mendes tem apenas uma página e será integralmente transcrito (p. 172)

Sr. Presidente, no caso, tenho a impressão de que o legislador constituinte quis deixar claro ao Estado a possibilidade de fazer uma avaliação das suas forças financeiras. Estamos a ver que, às vezes, a multiplicação de demandas – é o quadro desenhado, hoje, nos Juizados Especiais Federais, com o teto de sessenta salários mínimos – pode tornar intolerável a carga decorrente dessa pretensa liberalidade do afastamento da regra do precatório.

Por não dispor de dados para dizer que o Estado do Piauí teria violado o princípio da proporcionalidade ao estabelecer esse piso e por reconhecer, inclusive, a situação financeira peculiar daquele Estado, também acompanho a divergência.

Neste voto, Gilmar Mendes não define, justifica ou aplica a proporcionalidade no caso. Ele apenas afirma que, nos limites dos autos (“por não dispor de dados para dizer que o Estado do Piauí teria violado o princípio da proporcionalidade”), a norma é proporcional. É interessante a aceitação da “situação financeira peculiar” do Estado do Piauí para corroborar a proporcionalidade da norma. Neste caso, o ministro indica estar ciente do contexto financeiro do Estado em questão.¹³¹

4.3.3.2 RE 346084/PR (2005) – Caso PIS: conceito de faturamento

No presente caso, debate-se a base de cálculo, prevista na Lei nº 9.718/98, do PIS. A lei estabeleceu o conceito de receita bruta como base de cálculo para o referido tributo. No entanto, a Constituição Federal, no momento da entrada em vigor da lei, não permitia que, por meio de lei ordinária, fosse criado tributo para a seguridade social pautado no conceito de receita bruta, apenas no de faturamento (art. 195). Essa seria a inconstitucionalidade do tributo.

Outro ponto é que, poucos dias após a entrada em vigor da norma que instituiu base de cálculo pautada na receita bruta, emenda constitucional entrou em vigor e incluiu como base de cálculo possível, no artigo 195 da CF, a receita bruta. Debate-se também o argumento da constitucionalidade superveniente da norma, em função da possibilidade trazida com a emenda constitucional.

Gilmar Mendes, após abordar o contexto do caso, o voto do relator Ilmar Galvão, aspectos históricos do tributo e casos similares já julgados pelo STF, dedica-se a abordar o caráter institucional de alguns conceitos constitucionais, como o próprio conceito de “faturamento” do caso (p. 1197): “(...) E isso não é novidade no Direito Constitucional, havendo uma plethora de normas constitucionais garantidoras de realidades institucionais que não encontram uma definição de seus limites no texto da Constituição (e.g. propriedade, liberdade, família, consumidor, etc.)”.

Cita, então, trecho de Canotilho sobre o tema

¹³¹ Percebe-se que o ministro não utiliza a proporcionalidade nos termos indicados no item 4.1.

As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto “firmar”, “manter” ou “conservar” certas “instituições naturais”, mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionadas ou coactivas (...);

Após alguns parágrafos de sua autoria, Gilmar Mendes escreve (p. 1200)

As disposições legais a ela relativas têm, portanto, inconfundível caráter concretizador e interpretativo. E isto obviamente não significa a admissão de um poder legislativo ilimitado. Nesse processo de concretização ou realização, por certo serão admitidas tão-somente normas que não desbordem os múltiplos significados admitidos pelas normas constitucionais concretizadas. Na perspectiva de proteção a direitos individuais, tais como as prerrogativas constitucionais dos contribuintes, deverá ser observado especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Enfim, a faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional da seguridade, assim como suas fontes de custeio, obriga-o a compatibilizar o dever de contribuir do indivíduo com o interesse da comunidade. Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade da seguridade social.

No trecho acima, Gilmar Mendes traz um conceito de proporcionalidade incompleto (apenas menciona adequação, necessidade e proporcionalidade), pois não o explica ou remete a um voto em que o tenha explicado, e justifica a eventual aplicação da proporcionalidade ao caso dos autos, que debate o conceito de faturamento, termo a ser concretizado pelo legislador, que deve respeitar a proporcionalidade nessa tarefa.

Encerrando o item de seu voto sobre o caráter institucional de “faturamento”, Gilmar Mendes conclui (p. 1201)

Afasto, portanto, qualquer leitura da expressão faturamento que implique negar ao legislador ordinário o poder de conformação do vocábulo “faturamento”, contido no inciso I do art. 195. Não estou a dizer, obviamente, que tal poder legislativo é ilimitado, pois é certo que deverá respeitar todas as demais normas da Constituição, assim como não poderá ultrapassar os limites do marco fixado no referido art. 195.

Nas demais parágrafos de seu voto, Gilmar Mendes não retoma a proporcionalidade. O ministro votou no sentido de que o conceito de faturamento previsto em lei era compatível com a Constituição. Em outras palavras, e por mais que não tenha explicitado isso no voto, o conceito de faturamento seria proporcional.

Gilmar Mendes não aplicou proporcionalidade no caso concreto, apenas depreende-se de seu voto que a norma é proporcional.¹³²

4.3.3.3 RE 413782/SC (2005) – Caso das notas fiscais

O debate do caso aborda norma estadual que submete o contribuinte à sistemática da emissão de notas fiscais individualizadas (avulsas) quando estiver em débito com o fisco. Alega-se que, o fato da autoridade fazendária indeferir pedido de emissão de blocos de notas fiscais à empresa devedora inviabilizaria o exercício da atividade econômica da empresa.

Ao longo dos votos, é mencionada a súmula nº 547 do STF que afirma “Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais” (p. 622). Ou seja, o caso vincula-se ao debate do que o Estado pode fazer licitamente para buscar o adimplemento tributário junto aos contribuintes.

Marco Aurélio, relator do caso, afirma (p. 622) “Recorra a Fazenda aos meios adequados à liquidação dos débitos que os contribuintes tenham, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos, como acaba de ocorrer”.

Aqui há uma referência implícita no seguinte sentido: cabe à Fazenda Estadual recorrer ao judiciário e promover a execução fiscal dos débitos tributários, não cabe à Fazenda Estadual pressionar ou forçar os contribuintes, constringendo-os ao pagamento. Foi necessário abordar o voto de Marco Aurélio porque Gilmar Mendes o menciona (p. 635)

A mim afigura-se bastante e suficiente a consideração de que o Estado, como demonstrou o Ministro Marco Aurélio, dispõe de meios outros para efetuar a cobrança e de que a fórmula adotada pelo Estado, a meu ver, não passa no teste da proporcionalidade.

¹³² Percebe-se que o ministro não utiliza a proporcionalidade nos termos indicados no item 4.1.

Já no sentido da adequação, até poderia haver uma adequação entre meios e fins, mas certamente não passaria no teste da necessidade, porque há outros meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para solver a questão. Por outro lado, é claro que a manutenção deste modelo pode inviabilizar, conforme Vossa Excelência também destacou, o próprio exercício de uma lícita atividade profissional da recorrente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Seria, ademais, frustrar a obtenção de recursos até para quitar o próprio débito tributário. Um absurdo!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Por conseguinte, leva, na verdade, a um paradoxo; leva a uma situação complexa.

Por isso ficaria apenas no exame da proporcionalidade, acompanhando, portanto, o Ministro Marco Aurélio, com a vênua do Ministro Eros Grau.

Uma primeira diferença desse voto de Gilmar Mendes é que ele é pequeno, apenas duas páginas. Lendo o voto, não há indicações do conceito de proporcionalidade ou da justificativa para a aplicação do conceito no caso concreto. O ministro simplesmente aplica termos presentes no debate sobre a proporcionalidade, a saber, a necessidade.¹³³

4.3.3.4 ADI 1351/DF (2006) – Caso “cláusula de barreira”

O caso é sobre normas de lei federal (9.096/1995) que, em função dos votos obtidos por partido político, restringe a participação do partido nas comissões do Congresso Nacional, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do fundo partidário (a chamada “cláusula de barreira” ou “cláusula de desempenho”).¹³⁴ A disposição transitória da lei informa que as regras questionadas apenas entrarão em vigor para a legislatura que se iniciará no ano de 2007.

O artigo 13 da lei é um dos principais artigos questionados e tem a seguinte redação

¹³³ O conceito de “necessário” indicado por Gilmar Mendes na ADI 3324/DF (2004), item 4.3.1.2, foi “insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz”, nos mesmos moldes do que foi indicado no item 4.1. Neste RE 413782/SC, Gilmar Mendes afirma que “há outros meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para solver a questão”, por este motivo a norma não seria necessária. Entretanto, o ministro não indica expressamente quais seriam as medidas alternativas e porque elas seriam igualmente eficazes.

¹³⁴ Para quem tem interesse pelo tema, indico a ADI 958/RJ, de 11/05/1994, relator Marco Aurélio, onde se debate uma espécie de cláusula de desempenho para partidos indiquem candidatos a presidente, vice-presidente, governador, vice-governador e senador (FERREIRA MENDES, 1999, p. 87, transcreve trechos do voto de Moreira Alves no caso, mas não indica o número do acórdão em que o voto foi proferido).

Art. 13 – Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Alega-se que as restrições limitariam o pluripartidarismo, as minorias políticas e igualdade de chances e oportunidades.

Antes mesmo de declarar seu voto, Gilmar Mendes (p. 87) faz a seguinte afirmação, antecipando, nos debates, a decisão que seria proferida posteriormente

Todavia, a via eleita pelo legislador parece extremamente delicada, como já demonstrado no voto do Relator, por duas razões. A primeira razão é que se compromete o chamado funcionamento parlamentar *in totum*, uma violação claríssima do próprio princípio da proporcionalidade. Não se deixou qualquer espaço, não se fez qualquer mitigação, mas, simplesmente, negou-se o funcionamento parlamentar das instituições ou agremiações partidárias que, como vimos, obtiveram um expressivo cabedal de votos. Portanto, aqui, há o sacrifício radical da minoria. Isto realmente parece comprometer o próprio artigo 17.

Após alguns debates (p. 113), Gilmar Mendes apresenta seu voto na íntegra. Neste momento, o ministro aborda os contornos do caso, a natureza e função dos partidos políticos, além de outras características do sistema eleitoral brasileiro. No quarto item do voto, o ministro aborda as relações entre “cláusula de barreira” e proporcionalidade.

Na opinião de Gilmar Mendes (p. 126), após mencionar detalhes das normas, “trata-se de restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido, sem qualquer repercussão sobre os mandatos de seus representantes. Não se estabelece qualquer tipo de mitigação, mas simplesmente veda-se o funcionamento parlamentar do partido (...)”. Complementa seu voto com alguns outros parágrafos depois de exemplificar opção legislativa alemã similar às regras questionadas na ação em julgamento

O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro, no entanto, não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, *in totum*, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação

ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesezes).

Logo em seguida, aborda novamente o fato de que haveria um sacrifício radical das minorias. Afirma também que o legislador brasileiro pode estabelecer “cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos” (p. 128). No entanto, não pode simplesmente negar “o funcionamento parlamentar à agremiação partidária”, que seria uma “clara violação ao princípio da proporcionalidade”.

Após esse trecho, não retoma a questão da proporcionalidade. No entanto, dedica-se por mais vários parágrafos ao princípio da igualdade de chances, que não foi respeitado nas normas questionadas na ADI, segundo o ministro.

Gilmar Mendes não conceituou proporcionalidade e não justificou sua aplicação no caso, apenas afirmou que houve uma “clara violação ao princípio da proporcionalidade”.¹³⁵

4.4 Coerência do ministro

Retomo neste item os conceitos de proporcionalidade indicados expressamente pelo ministro Gilmar Mendes nos quatro casos que apresentaram coerência forte no uso da proporcionalidade: AC MC QO 189/SP (2004) – caso dos vereadores, ADI 3324/DF (2004) - caso da transferência dos militares, RE 418376/MS (2006) – caso da união estável e RE AgR 364304/RJ (2006) – caso do IPTU progressivo.

A finalidade é avaliar o conceito de coerência do ministro, apresentado no item 2.2.2 (se o ministro usar proporcionalidade em mais de um sentido em diferentes casos, deveria justificar em cada caso porque utilizou um sentido e não o outro sentido que também já entendeu possível).

No caso dos vereadores (AC MC QO 189/SP), Gilmar Mendes apresenta um conceito de proporcionalidade que se resume à proporcionalidade em sentido estrito.

¹³⁵ Percebe-se que o ministro não utiliza a proporcionalidade nos termos indicados no item 4.1.

Já no caso da transferência dos militares (ADI 3324/DF), Gilmar Mendes vincula-se à proporcionalidade de Alexy e reforça sua vinculação à texto jurídico de sua autoria (em que define adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), publicado em 1999.¹³⁶

Enquanto isso, no caso da união estável (RE 418376/MS), o ministro traz nova acepção de proporcionalidade, como proibição da proteção insuficiente.

E, finalmente, no caso do IPTU progressivo (RE AgR 364304/RJ), que assim como no caso dos vereadores (AC MC QO 189/SP) trata da mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, Gilmar Mendes aproxima o conceito de proporcionalidade apresentado à proporcionalidade em sentido estrito.

São três os conceitos de proporcionalidade apresentados por Gilmar Mendes:

- proporcionalidade como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (de acordo com as definições estabelecidas por ele mesmo como autor de textos jurídicos);
- proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente;
- proporcionalidade como ponderação (nos casos sobre mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade).

A análise da coerência do ministro nestes quatro casos é a seguinte: quando apresentou a proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente, Gilmar Mendes indicou que se tratava de outra acepção da proporcionalidade, não vinculada à ação estatal. Neste sentido, foi coerente.

No entanto, nos casos sobre mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o ministro não faz nenhuma ressalva sobre os porquês da não utilização da adequação e necessidade. Não justifica o porquê do uso de um conceito de proporcionalidade que se resume a uma ponderação.

O conceito de proporcionalidade utilizado nos dois casos sobre mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é similar a uma preferência intuitiva (ALEXY, 2008, p.

¹³⁶ A despeito de Gilmar Mendes vincular-se à proporcionalidade de Alexy e a despeito de reforçar sua vinculação à texto jurídico de sua autoria (em que define adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), publicado em 1999, o ministro não se dedica à adequação e necessidade neste caso, apenas faz juízo que se relaciona com a proporcionalidade em sentido estrito.

163-165) sobre, como informa Gilmar Mendes nos votos, se o “princípio da nulidade” das normas inconstitucionais pode ser excepcionado em função da “idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante”.

Em um caso o ministro considerou que havia motivos suficientes para excepcionar a nulidade (AC MC QO 189/SP, 2004 – caso dos vereadores) e, em outro, o “princípio da nulidade” foi mantido (RE AgR 364304/RJ, 2006 – caso do IPTU progressivo).

Percebe-se também o seguinte: dos casos que foram classificados como tendo apresentado coerência forte no uso da proporcionalidade, três, com exceção do caso em que a proporcionalidade foi apresentada com proibição da proteção insuficiente, relacionam-se com o conceito de proporcionalidade apresentado no início do trabalho.

Em apenas um dos casos (ADI 3324/DF, 2004 – transferência dos militares), a proporcionalidade foi caracterizada como a junção da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. E, neste caso, o ministro não analisa as três etapas, como já havia feito no passado em um de seus textos jurídicos.

Este uso pouco metódico deriva, em minha opinião, da ausência de debates entre os ministros sobre a proporcionalidade, tema do próximo capítulo.

5. A AUSÊNCIA DE DEBATES SOBRE A PROPORCIONALIDADE ENTRE OS MINISTROS DO STF

A proporcionalidade também é um modo de organização do raciocínio¹³⁷ na avaliação de uma norma ou ato jurídico cuja constitucionalidade foi questionada.

Essa característica faz com que a utilização da proporcionalidade franqueie aos interlocutores de quem construiu um argumento pautado na proporcionalidade a possibilidade de debate sobre os pressupostos jurídicos e fáticos da norma em questão,¹³⁸ de sua finalidade e do potencial que tal norma apresenta para restringir direito que se encontra em oposição a ela. Essa é a riqueza da proporcionalidade.

No entanto, essas características apenas poderiam se desenvolver se houvesse uma preocupação dos ministros do STF em usar de modo coerente a proporcionalidade. A análise realizada até aqui indica a ausência de coerência no uso da proporcionalidade nos votos de Gilmar Mendes. A cobrança por coerência nos votos poderia vir de seus pares, os outros ministros do STF. No entanto, o quadro é de ausência de debates sobre a proporcionalidade.

Indico esses pressupostos e trago o seguinte dado: dos 42 casos considerados relevantes, em apenas 13 casos dois ou mais ministros mencionaram ou utilizaram a proporcionalidade.

São eles:

- **2004**: ADI MC 1910/DF, ADI 2868/PI, HC 82354/PR, ADI 1040/PR, RMS 24699/DF, ADI 3324/DF;

¹³⁷ Sobre proporcionalidade enquanto força estruturadora do raciocínio, ver Ávila (2008, p. 161-165). Sobre os benefícios dos postulados (norma que indica a estrutura de aplicação de outras normas), na p. 179, o mesmo autor afirma (neste caso, não apenas sobre a proporcionalidade, mas em relação à razoabilidade e a proibição do excesso, que também são classificados como postulados pelo autor): “(...) o aplicador tem melhores condições de saber o que deve ser fundamentado, o que deve ser comprovado e quais as normas cuja restrição ou efetividade estão sendo analisadas”.

¹³⁸ Interpretando a colocação de Silva (2002, p. 35), pode-se dizer que se houver o interesse de buscar uma resposta única e supostamente correta sobre a proporcionalidade, principalmente no caso do exame da necessidade, seria imprescindível uma “extensiva análise de medidas alternativas”, ou seja, um debruçar-se sobre a possibilidade de haver outros contornos regulatórios para que o bem jurídico protegido permanecesse resguardado com a mesma qualidade e houvesse uma menor restrição ao direito desprestigiado pela norma. Isso demanda debate, confronto de idéias e exame aprofundado. No sentido de que a proporcionalidade é a maneira de se aplicar o dever de otimização dos direitos fundamentais no caso concreto, ou seja, modo de se avaliar a realização de um direito fundamental, na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, ver Silva (2002, p. 44). Gilmar Mendes, no prefácio de Branco (2006), assinado em 10/10/2005, afirma, ao exemplificar um caso de análise da adequação, que foi demonstrada “a indispensabilidade de uma revisão dos dados empíricos e dos prognósticos adotados ou estabelecidos pelo órgão responsável pela edição do ato”.

- **2005**: RE 413782/SC;

- **2006**: HC 87638/MT, ADI 2591/DF, ADI 1721/DF, Inq-AgR 2206/DF, ADI 3453/DF, ADI 1351/DF.

Desses 13 casos, em apenas 4 acórdãos são apresentadas discordâncias sobre a utilização ou finalidade da proporcionalidade: **ADI MC 1910/DF (2004)**, **ADI 1040/PR (2004)**, **RE 413782/SC (2005)** e **ADI 3453/DF (2006)**.

Neste item, pretendo analisar esses 4 acórdãos mencionados acima, com a finalidade de exemplificar os poucos debates sobre a proporcionalidade que foram encontrados na amostra pesquisada.

Não considero importante indicar aqui muitos detalhes sobre os casos, como fiz quando da análise dos votos de Gilmar Mendes. Apenas indicarei a essência dos debates sobre a proporcionalidade.

Na **ADI MC 1910/DF (2004)**, Sepúlveda Pertence suscita em seu voto a questão da razoabilidade e da proporcionalidade de uma das normas cuja constitucionalidade foi questionada.

O ministro que vota depois de Pertence é Nelson Jobim, que não utiliza a proporcionalidade. No entanto, inicia-se, enquanto Jobim profere seu voto, um debate interessante entre Ilmar Galvão e Moreira Alves.

Após Ilmar Galvão insistir três vezes nos debates no sentido de que certa norma não é razoável (p. 433-435), Moreira Alves afirma

O SENHOR MOREIRA ALVES – Isso é puro subjetivismo.

O SENHOR ILMAR GALVÃO – Nunca vi algo tão manifesto na minha vida de trinta e tantos anos de Juiz: uma medida provisória que veio para resolver um determinado problema.

O SENHOR MOREIRA ALVES – Isso seria se se dissesse que só se aplicam às causas até tal data. Agora, se é uma causa nova, não.

O MINISTRO ILMAR GALVÃO – V. Exa. quer que a própria lei diga ser para isso, mas ela não vai dizer. Estamos dizendo que a medida provisória é notória, é patente, mas ela não diz no seu texto. O legislador não seria tão ingênuo de dizer que é para resolver o caso tal e tal.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Qual é o princípio constitucional ferido?

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO – Não sei, talvez seja o da razoabilidade.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Vamos declarar a inconstitucionalidade sem saber qual é o fundamento?

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO – Não sei se é outro, mas me contento com o que foi invocado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: a falta de razoabilidade dessa norma.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Nesse caso, não. Nesse caso foi a urgência objetiva, porque a irrazoabilidade era o fato de que não se dava também ao particular.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO – Eu anotei, aqui, o que o Ministro Sepúlveda Pertence falou.

O MINISTRO MOREIRA ALVES – Isso foi em um outro caso.

Os ministros continuam o debate por mais algumas páginas, sem dialogar concretamente sobre o que Pertence havia dito e sem que Pertence interfira e tente contribuir para o melhor entendimento entre os ministros da corte.

O trecho descreve um caso em que um ministro (Ilmar Galvão) aborda conceito de proporcionalidade/razoabilidade indicado por outro ministro (Sepúlveda Pertence) e tal abordagem é questionada por um terceiro ministro (Moreira Alves).

Houve uma tentativa de debate sobre o conceito de proporcionalidade/razoabilidade. Apesar disso, o debate não gerou muitos esclarecimentos sobre o argumento pautado na proporcionalidade.

Na **ADI 1040/PR (2004)**, Marco Aurélio afirma (p. 85), no último parágrafo de seu voto

Peço vênia ao nobre Ministro-Relator, para julgar procedente o pedido formulado pela Procuradoria Geral da República e fulminar, por inconstitucional, ante a falta de razoabilidade, de proporcionalidade, o artigo 187 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Eros Grau (p. 93) vota no sentido de acompanhar a divergência, logo, acompanhar o ministro Marco Aurélio, mas, nem por isso, deixa de se manifestar contra o uso ou menção feitos à proporcionalidade e razoabilidade

Sr. Presidente, acompanho a divergência, mas não pelas razões da razoabilidade e da proporcionalidade.

Afirmar ontem e tornar a insistir que as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade só podem ser atuadas no momento da norma de decisão, quando este Tribunal, por exemplo, opera o controle concreto, não o controle difuso.

Estou desprezando os argumentos sobre a proporcionalidade e razoabilidade. Não estamos aqui para corrigir o legislador. Julgo improcedente, em função de ofensa ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos, que extraio do art. 37, I e II e do inciso XIII do art. 5º.

É interessante a manifestação do ministro Eros Grau. Em primeiro lugar, ela não dialoga com os argumentos sobre a proporcionalidade trazidos por Marco Aurélio. Eros Grau rejeita a aplicação da proporcionalidade no caso.

Trata-se de um posicionamento que não tem nenhuma importância para a solução do caso concreto. Em primeiro lugar, porque Eros Grau discorda de um argumento trazido por um colega que concorda com ele no sentido de que a norma questionada é inconstitucional. Em segundo lugar, porque o cômputo dos votos no STF se dá levando-se em conta o dispositivo de cada voto, não seus argumentos ou razões.¹³⁹

De qualquer modo, é interessante a manifestação de Eros Grau no sentido de que há uma associação entre proporcionalidade e correção do legislador não fundada em limites ou pressupostos jurídicos.¹⁴⁰

Eros Grau também se fez presente no **RE 413782/SC (2005)**. Neste julgamento (p. 633), o ministro tenta precisar questão fática que julga importante nos argumentos dos ministros que mencionaram a proporcionalidade e não encontra campo fértil para o debate.

¹³⁹ Não é porque a sistemática de votação do STF ocorre desse modo, levando em conta o dispositivo de cada voto, que a importância da argumentação perde seu sentido no tribunal. Talvez, justamente essa realidade precise ser alterada, ou seja, que o STF, em alguns casos, livre-se da sistemática de votação de um tribunal de revisão e passe a prestigiar uma sistemática de votação que leve os argumentos a sério.

¹⁴⁰ Eros Grau, no prefácio de Ávila (2008) escreveu: “Por isso este livro é essencial, rompendo, mesmo, a corrente da banalização dos princípios e puxando o tapete dos ‘gênios-para-si-mesmos’. É isso que eles temem: quando alguém os questiona, eles reagem como quem luta por algo que os salve do afogamento. O problema é que lhes acode uma única bóia, costurada sobre a bibliografia do passado e, quanto à mais recente, se compulsada, mal digerida. São uns Esteves, sem bibliografia...”. Algumas linhas depois, Eros Grau afirma: “O exame do postulado da proporcionalidade é simplesmente primoroso”.

Neste momento, em que Eros Grau tenta suscitar debate que considera importante, seu voto já havia sido proferido.¹⁴¹ Ao longo do voto de Eros Grau, Gilmar Mendes afirma (p. 629) “Penso ser uma questão de proporcionalidade mais do que uma questão tributária”. Essa percepção trazida por Gilmar Mendes não repercute no voto de Eros Grau.

Após o encerramento do voto de Eros Grau, que não abordou a proporcionalidade, o ministro Cezar Peluso profere seu voto e afirma: “Noutras palavras, como bem antecipou o Ministro Gilmar Mendes, a ofensa é ao princípio da proporcionalidade, porque o Estado se está valendo de um meio desproporcional, com força coercitiva, para o obter o adimplemento de tributo”. Ou seja, antes de Eros Grau suscitar o debate que será abaixo transcrito, dois ministros já haviam mencionado a proporcionalidade.

Logo após o trecho de Cezar Peluso indicado acima, Eros Grau pede a palavra (p. 632)

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – (...) Vossa Excelência me diria se, da sua leitura do que há nos autos, ficou demonstrado ter havido impedimento à emissão de nota fiscal? Uma coisa é o talão de nota fiscal; outra é a obrigação da emissão, a cada operação, de uma nota fiscal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Esse fato, para mim, é absolutamente irrelevante para julgar o mandado de segurança, que é contra o ato incontroverso que proibiu a impressão de bloco de notas fiscais e **ipso facto** impediu a emissão de notas fiscais, donde ter impedido o exercício da atividade empresarial cuja regularidade depende da emissão de notas fiscais.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Não é isso que está no acórdão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Então, Ministro, leio: “Estado de Santa Catarina. Tribunal de Justiça” – Fls. 03 do acórdão – “Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 01.022.065/2”. Está aqui.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Mas não seria possível emitir o talão de nota fiscal. Seria emitida uma nota fiscal a cada operação. É nisso que estaria a desproporcionalidade de que fala o Ministro Gilmar Mendes, não no fato de impedir a emissão. Vossa excelência está falando de uma coisa e o Ministro Gilmar Mendes de outra. Porque Sua Excelência está dizendo que seria um absurdo desproporcional ter de emitir nota fiscal a cada operação e

¹⁴¹ Como símbolo da não predominância no STF de debates pautados nos votos dos ministros, indico aqui frase de Marco Aurélio (p. 627) “Presidente, interessante é votarmos e não, em si, criticar voto”. A concepção do ministro é de que criticar votos não é votar. O contexto dessa frase foi o interesse de Eros Grau em, no início de seu voto, argumentar sobre ponto trazido por Marco Aurélio, relator do caso. Eros Grau responde dizendo que está “simplesmente montando seu raciocínio”.

Vossa Excelência está tomando os fatos como se não fosse possível emitir nota fiscal.

Como se vê, eu ouvi bem o voto. Nós estamos falando de coisas distintas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas proibiu a impressão do talonário. Se lhe proibiu a impressão, como é que a empresa vai emitir nota fiscal?

Então, com o devido respeito a Vossa Excelência, acompanho tranqüilamente a eminente Ministra-Relatora.

Nesse caso, há um debate mais interessante, pois Eros Grau considera que a norma é constitucional, ao contrário da maioria que se formou com os votos dos demais ministros.

Compreendo a manifestação de Eros Grau no seguinte sentido: há ministros votando no sentido de que a norma questionada inviabiliza a atividade econômica, como disse o relator Marco Aurélio. Eros Grau, diante disso, quer esclarecer o que inviabiliza a atividade econômica para aqueles que defendem essa consequência da norma: a impossibilidade de emissão da nota fiscal em bloco (logo, a possibilidade de emissão de nota avulsa) ou a impossibilidade plena de emissão de nota fiscal, em qualquer modalidade?

O uso da proporcionalidade depende da existência de clareza sobre as circunstâncias fáticas e é isso que o ministro Eros Grau implicitamente suscita.

O último caso que apresenta debates sobre o uso da proporcionalidade é a **ADI 3453/DF (2006)**.

Logo após o voto da ministra Cármen Lúcia, o ministro Ricardo Lewandowski profere seu voto (p. 321). Entre outros argumentos, afirma (p. 322)

E, finalmente, o terceiro [argumento], que não foi aventado aqui, parece-me que ofende o princípio da razoabilidade, porque não é razoável que o credor da Fazenda Pública, ao final de uma longa “via crucis” processual, também lembrada aqui pelo eminente Professor Francisco Rezek da tribuna, se veja obrigado a conseguir certidões dos mais distintos órgãos públicos para levantar aquilo que lhe é devido pela Fazenda do Estado.

O ministro Eros Grau inicia seu voto. Diz que acompanhará a Ministra Cármen Lúcia, assim como Ricardo Lewandowski o fez, e que fará um breve comentário sobre o chamado “princípio” da razoabilidade (p. 323)

Apenas uma brevíssima referência – uma lástima que o Ministro Lewandowski tenha se retirado – com relação ao chamado “princípio” da razoabilidade. Entendo que a pauta da razoabilidade pode e deve ser utilizada no momento da norma de decisão, da tomada de decisão em relação a determinado caso, mas não no momento da interpretação do direito. Não podemos, a pretexto da razoabilidade ou da proporcionalidade, corrigir o legislador. O que podemos fazer é declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Se uma medida, na lei, inteiramente irrazoável, for constitucional, não cabe a este tribunal corrigi-la. No exame concreto da constitucionalidade do preceito nós o aferimos somente pela Constituição. A pauta da razoabilidade não pode ser usada a pretexto de adaptarmos a lei aos nossos desejos e anseios.¹⁴²

Digo isso não para discordar, mas simplesmente para manter minha posição. É possível que, daqui a cinquenta ou cinquenta e cinco anos, alguém leia esses votos. Quero deixar bem clara a minha posição, na qual tenho insistido desde que participei do primeiro julgamento nesta Corte.¹⁴³

O ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto (p. 336), afirma que o caso é de “flagrante lesão ao princípio da proporcionalidade”. E continua

Mas, no caso, ficou cabalmente demonstrado que temos um modelo absolutamente desnecessário, desproporcional. E, no caso, Ministro Eros Grau, parece-me que temos de ressaltar que o legislador não pode legislar para fazer algo lítero-poético, recreativo. A reserva de lei há de ser uma reserva legal proporcional. A lei tem que ser necessária sob pena de se estar impondo uma restrição indevida. Aqui, há um princípio de subsidiariedade da lei. E é nesse sentido que tivemos um caso exemplar pela provocação, pelas sustentações, pelo voto magnífico proferido pela Ministra Cármen Lúcia e pelos que a seguiram.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Ministro Gilmar, não precisamos recorrer à razoabilidade. Estamos aqui para julgar a constitucionalidade dos textos normativos. Não podemos substituir ao Poder Legislativo, dizendo que, se fôssemos legisladores, fariamos dessa ou daquela maneira, que essa não é razoável.

O MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – O Ministro Peluso acabou de demonstrar, à saciedade, que haveria modos, formas de se chegar a

¹⁴² Neste sentido, GRAU (2004).

¹⁴³ Eros Grau apresenta posição semelhante na ADI 2591/DF (2006).

um resultado semelhante, se era esse o resultado almejado e não outro, o retardo ou não pagamento; portanto, não há nenhuma lesão ao patrimônio público. Não obstante, sabemos o ônus que a exigência representaria.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Apenas uma observação, Ministro Gilmar. Não podemos corrigir o legislador. O que devemos é apreciar a constitucionalidade das leis. Não nos cabe a substituição do legislador, a correção do que faz o legislador. Não podemos dar direito ao Poder Legislativo de, amanhã ou depois, vir corrigir as nossas decisões.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Com essas observações, fazendo essa juntada, também acompanho a eminente relatora.

Trata-se de um posicionamento que não tem nenhuma importância para a solução do caso concreto, tendo em vista que o caso foi julgado unanimemente. No entanto, é interessante o temor do ministro Eros Grau, no sentido de que certos usos da proporcionalidade podem gerar interferências, não lastreadas na constituição, do STF em relação aos outros poderes.

Por mais que não seja o objeto principal da pesquisa, optei por indicar nesse item a ausência de debates entre os ministros do STF sobre a questão da proporcionalidade. Nos poucos debates encontrados, ficou claro o que havia sido indicado no início do trabalho: a aproximação, que alguns ministros realizam, entre proporcionalidade e razoabilidade.

Além de serem poucos os debates que tangenciam a proporcionalidade, nenhum se mostrou muito produtivo no que diz respeito ao julgamento dos casos. No entanto, algumas opiniões divergentes sobre a proporcionalidade foram colocadas claramente por alguns ministros.

O ponto comum dos casos analisados ao longo da dissertação foi a proporcionalidade. No entanto, como indicado, quase que não houve debate sobre esse ponto comum, em relação ao qual alguns ministros depositam muitas esperanças.¹⁴⁴

¹⁴⁴ ADI 1351/DF, 2006, Carlos Britto, p. 103: “Como a nossa Constituição consagra muitos valores, alguns deles se antagonizam, na prática, levando-nos a um tipo difícil de opção – já tenho falado sobre isso –: se optamos de um jeito, prestigiamos a Constituição; se optamos de outro, prestigiamos igualmente a Constituição. E fica uma estranha opção interpretativa entre o certo e o certo, já que todas as opções têm lastro constitucional. É aquele tipo de questão que lembra Sócrates, em um dilema famoso, quando perguntado por um discípulo: Mestre, o homem deve casar ou permanecer solteiro? E Sócrates respondeu: Seja qual for a decisão, virá o arrependimento. Mas aí nos socorre, graças a Deus, o chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja: entre o certo e o certo, qual a opção que menos ofende os outros valores da Constituição? Dizendo de modo reverso: qual a opção mais afirmativa dos demais valores da Constituição?”.

Enquanto predominar no STF votos que seriam mais propícios a seminários,¹⁴⁵ a proporcionalidade continuará sendo uma solução que pode reduzir angústias individuais de cada ministro, mas não reduz as necessidades do STF como principal instituição responsável pelo controle de constitucionalidade.

¹⁴⁵ ADI 1351/DF, 2006, Cezar Peluso, p. 109: “Senhora Presidente, não trouxe voto escrito até porque, depois de tantos votos escritos que serão juntados, seria inútil juntar mais um. Duvido pudesse trazer alguma novidade a respeito, depois do brilho que, com certeza, esses votos escritos contêm. Também acho que dar opinião sobre certos assuntos ficaria mais próprio para seminários”.

6. MANIFESTAÇÕES DOS MINISTROS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE STF E LEGISLATIVO

Como foi apresentado no início do trabalho, a proporcionalidade tem seu papel na avaliação da constitucionalidade das leis. Sendo assim, sua utilização repercute na relação entre os poderes. Além disso, também foi possível perceber que a proporcionalidade foi utilizada por Gilmar Mendes, na maioria das vezes, em votos que culminaram na declaração de inconstitucionalidade de legislação federal.

Não foi estranho, então, encontrar ao longo dos votos lidos algumas manifestações sobre a relação entre STF e legislativo. Analisarei agora essas manifestações, que, em certo sentido, versam sobre o mesmo tema abordado pelo ministro Eros Grau, relatado no item anterior.

No HC 84862/RS (2005), Gilmar Mendes transcreve (p. 440) trecho do voto de Francisco Rezek no HC 69657 (DJ 18.06.1993), quando o STF sustentou que era constitucional a norma que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos. Tal trecho exprime uma concepção do que cabe ao STF realizar

Mas não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Ministro Luís Gallotti: a inconstitucionalidade não se presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior.

Por mais que tal concepção, de modo geral, seja aceita por todos, varia de caso para caso e de ministro para ministro a avaliação no sentido de que certa norma ofendeu a constituição, de modo que deve ser declarada inconstitucional, ou se certa norma encontra-se dentro do âmbito de liberdade concedido pela constituição para a atuação do legislativo e do executivo.

Muitas são as dúvidas e grande é a responsabilidade da proporcionalidade nesse debate.

Em outro caso, Marco Aurélio afirmou: “O que nos conforta é que não há um tribunal para rever as nossas decisões. Isso conforta muito” e Sepúlveda Pertence respondeu: “Exato. Temos a responsabilidade de errar por último” (MS 24045/DF, de 28/04/2005, p. 207, ao longo dos debates com outros ministros sobre questão processual do mandado de segurança).

É essa angústia na análise da constitucionalidade que, para alguns, a proporcionalidade tem o condão de resolver.

É no cenário dos conceitos constitucionais imprecisos, momento em que indicar uma “afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior” por parte do legislativo ou executivo torna-se uma tarefa difícil, que também surgem diferentes manifestações dos ministros do STF.

Pode-se optar por falar o óbvio, que poderia ser retratado pelo seguinte trecho de voto de Gilmar Mendes no RE 346084/PR (2005) “Nesse processo de concretização ou realização, por certo serão admitidas tão-somente normas que não desbordem os múltiplos significados admitidos pelas normas constitucionais concretizadas”, ou optar-se por falar algo mais pragmático e pretensamente sem rodeios, como fez Eros Grau no mesmo caso (p. 152) “O momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz”, após citar Ascarelli, Comparato, Carrió e Hospers.

Esse é o STF analisado: um tribunal que tenta manter algumas premissas da constituição, mesmo diante da “circunstância de a realidade não parar quieta, ela sim derrubando bibliotecas e preceitos que já não sejam com ela coerentes” (Eros Grau, RE 346084/PR, 2005, p. 1322) e levando em consideração que são “circunstâncias históricas que determinam o ajustamento da legislação a certas circunstâncias” (Nelson Jobim, ADI MC 1910/DF, 2004, p. 442¹⁴⁶).

¹⁴⁶ Esse caso é também interessante pelo modo como Jobim configura a relação entre executivo e legislativo no caso das medidas provisórias. Marco Aurélio (p. 446) aproveita para ironizar Jobim “Vejam o que o ministro disse: que para se julgar é preciso um estágio no Congresso Nacional”. A resposta de Jobim (p. 447) “Eu não disse isso. Estou dizendo que, para emitir um juízo real sobre a conduta do Congresso, é preciso saber como o Congresso atua. É isso o que estou dizendo”. Esse diálogo gerou a seguinte hipótese, que indico aqui sem nenhuma pretensão maior: ministros com experiências políticas, em regra, tendem a declarar com mais frequência a constitucionalidade das leis porque estão abertos à compreensão das circunstâncias políticas, econômicas e sociais que influenciaram o processo legislativo. Para complementar a idéia, cito outro trecho de Nelson Jobim (HC 82959/SP, 2006, p. 720): “Tenho muita desconfiança quando, nas fundamentações de alguns juristas, se faz referência ao que o legislador quis fazer ou deixou de fazer, inventando certas premissas que absolutamente não existem. Seria (sic) que os nossos juristas, quando examinassem as questões dos legisladores, tivessem a paciência de perquirir o que realmente aconteceu no seio da Câmara e do Senado”.

Preservar a constituição sem permitir alterações em nem um ponto sequer seria antidemocrático.¹⁴⁷ Permitir a alteração da constituição e não preservar seus pontos essenciais seria ilegítimo.

Neste sentido, Gilmar Mendes escreve algumas notas interessantes sobre a relação entre judiciário e legislativo (RE 346084/PR, 2005). De sua manifestação, extraem-se opiniões sobre as alterações sociais¹⁴⁸ que produzem efeitos sobre conceitos jurídicos, sobre a liberdade do legislador e sobre a razoabilidade como instrumento verificação da eventual arbitrariedade no exercício da função legislativa. Isso se dá logo após o ministro Gilmar Mendes comentar como se deu o processo legislativo da emenda constitucional que alterou o art. 195, incluindo o conceito de receita bruta como base de cálculo possível para tributos vinculados à seguridade social

Mas essa interlocução entre atividade judicante e a legislativa é muito fértil e temos, certamente, muitos exemplos. Também aqui vou replicar: não acho que se teve a prova dos nove, no sentido de que a emenda prova que a nossa interpretação está correta. Não. Na verdade, esse é um processo dinâmico, a toda hora assistimos propostas. Agora mesmo eu lia no “Jornal Valor” uma discussão e uma certa irritação do STJ, porque, em matéria tributária, a Câmara se apressara e fizera uma dada intervenção ou uma “corrigenda” de uma interpretação do STJ. Esse processo é dinâmico e entre nós ocorre, também, no plano das emendas constitucionais. Não vou repudiar, mas observo que isso não é a prova decisiva para dirimir a controvérsia. Continuo a entender que aqui, de fato, esta emenda, e na linha mesmo da jurisprudência, tem forte conteúdo expletivo ou retórico de pacificação. E vamos encontrar, já sob a Constituição passada, e agora também, inúmeros exemplos. Também faço apenas esse reparo. Concordo com S. Exa. que a liberdade do legislador não vai a ponto de, daqui a pouco, fazer de homem, mulher em matéria de garantia institucional. Claro que temos o núcleo essencial. Sabemos muito bem, no campo da propriedade, como se dá a evolução, a ponto de, por exemplo, hoje, também na jurisprudência do direito comparado, entender que o conceito de propriedade é abrangente das poupanças, das pensões. Por quê? Porque a própria sociedade evoluiu e se vê que as pessoas, hoje, já não estão mais afetas à propriedade imobiliária, mas precisam desta garantia para suas

¹⁴⁷ Gilmar Mendes menciona trecho de Eros Grau (RE 346084/PR, 2005, p. 1371) “Tal perspectiva é sobretudo antidemocrática, uma vez que impõe às gerações futuras uma decisão majoritária adotada em uma circunstância específica, que pode não representar a melhor via de concretização do texto constitucional”.

¹⁴⁸ Sobre o tema da relação entre constituição e realidade, ver Ferreira Mendes (1999, p. 497 e ss).

relações normais de vida. Há essa dinâmica do próprio sistema. Concordo com S. Exa. de que, de fato, isto não dá um cheque em branco para que o legislador, daqui a pouco, reconceitue, de forma arbitrária, o que é renda. Mas isso se pode fazer dentro de um acompanhamento e de um conceito de razoabilidade.

Complementa Peluso (RE 346084/PR, 2005, p. 1261)

(...) E, dentro da dialética Parlamento-Corte, não tenho dúvida de que certas posturas do legislador, e até do Constituinte, representam exatamente sua irresignação e discordância legítimas diante de certas posições da Corte. Isso faz parte da vivência da dialética democrática: o Legislativo pode modificar norma que o Supremo Tribunal Federal interprete de determinada maneira. Neste caso, todavia, não me pareceu possível tomar nesse sentido o advento da Emenda Constitucional nº 20, e não vejo nas observações de V. Exa. nenhuma crítica senão em plano elevado.

Na ADI 1351/DF (2006),¹⁴⁹ Gilmar Mendes, ao julgar lei que alterou algumas regras sobre os partidos políticos, tece comentários sobre o cenário político, as preocupações do legislador e, inclusive, avança em questão que não é objeto da ação: a fidelidade partidária (que veio a ser decidida pelo STF em 04/10/2007, MS 26602, MS 26603 e MS 26604).

Há momentos em que o STF avança e outros em que se retrai.¹⁵⁰

¹⁴⁹ P. 89: “É claro, como também já disse o Relator, que as preocupações do legislador são legítimas. O nosso sistema [eleitoral] proporcional, consagrado a partir de 1932, vem dando sinais de alguma exaustão. A crise política que aí está bem o demonstra. E acredito que nós aqui estamos inclusive desafiados a repensar esse modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – e eu vou um pouco além da questão posta neste voto, neste caso: talvez estejamos desafiados a pensar inclusive sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional. É um segredo da carochinha que todos dependem da legenda para obter o mandato. E depois começa esse festival de trocas já anunciadas. Uma clara violação à vontade do eleitor”. Esse seria um exemplo de sinalização do ministro no sentido de que as trocas de partidos entre parlamentares seriam inconstitucionais. Em 04/11/08, na página A4 da Folha de São Paulo, sobre Gilmar Mendes, que havia participado de debate “Democracia e Estado de Direito”, no dia anterior, escreveram os jornalistas Flávio Ferreira e Lilian Christofolletti: “O magistrado disse que o STF não se posiciona apenas em relação à letra fria da lei, e para comprovar tal tese, citou a questão da fidelidade partidária. ‘Era uma mudança de partido a toda hora, na diplomação, antes da posse, de forma exagerada, para não falarmos do fenômeno do mensalão, que poderia supor uma mudança remunerada. É nesse contexto que o STF faz a revisão da jurisprudência. Não é uma leitura literal pura do texto constitucional. É um diálogo sério com a sociedade e com a realidade”.

¹⁵⁰ AC MC 509/AP, de 02/12/2004, Gilmar Mendes, p. 67: “Sabem todos que tenho defendido, no Tribunal, uma posição minimalista no que diz respeito à intervenção no processo eleitoral; e tenho clamado, até mesmo, pela aplicação mais estrita, mais intensa do princípio da proporcionalidade”. Por mais que não tenha ficado claro o que o ministro pretendeu dizer com “estrita” e “intensa”, ficou claro que o ministro defende que o STF, neste caso, não se transforme em “super tribunal de revisão” (p. 68).

Esses trechos, juntamente com os mencionados no item anterior, tiveram a função de indicar que, ao longo dos votos em que a proporcionalidade foi mencionada, os ministros dedicam-se a questões essenciais sobre separação de poderes, democracia e legitimidade. No entanto, essas questões essenciais acabam dissipadas ao longo de extensos votos individuais, o que, muitas vezes, impede o debate sobre tais questões.

Ou seja, a conexão entre proporcionalidade e separação de poderes, retratada no capítulo 1, também esteve presente expressamente em alguns dos votos analisados.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Serão retomados agora alguns pontos essenciais decorrentes da pesquisa.

A proporcionalidade vem repercutindo na literatura brasileira há algum tempo. No entanto, nos três anos em que a pesquisa se desenvolveu (2004-2006), apenas 81 acórdãos foram selecionados com base no termo “proporcionalidade”. Destes 81 acórdãos, apenas 42 foram considerados relevantes.

A primeira impressão em função desse cenário é que, ao menos no STF, a proporcionalidade, nos termos definidos no início deste trabalho, não é tão largamente utilizada como se poderia esperar.

Em primeiro lugar, ficou claro que entre os anos de 2004 e 2006, nos limites do mecanismo de busca utilizado na pesquisa, Gilmar Mendes foi o ministro do STF que mais mencionou ou utilizou a proporcionalidade em seus votos (foram 22 votos com a presença da proporcionalidade). O dado parece estar relacionado com a produção doutrinária do ministro, que, mesmo antes de integrar o STF, havia se dedicado à produção acadêmica sobre a proporcionalidade.

Tratando ainda dos números produzidos pela pesquisa empírica, dos 22 votos do ministro Gilmar Mendes, em apenas 4 houve a coerência no uso da proporcionalidade denominada “forte”. Em muitos votos (13), Gilmar Mendes não conceituou proporcionalidade, não indicou conceito de proporcionalidade que havia explicitado em voto anterior (ou em seus textos jurídicos), não justificou o uso da proporcionalidade no caso concreto ou remeteu o leitor à justificativa para a utilização da proporcionalidade explicitada em caso julgado anteriormente. Esse dado pode ser utilizado para a elaboração de uma crítica a respeito da atuação do ministro. Ainda que tendo produzido textos a respeito do tema e defendido a relevância do uso do instrumento, Gilmar Mendes parece não transferir ao momento de decisão a carga teórica desenvolvida anteriormente.

Como se afirmou no início do trabalho, a falta de conceituação dos instrumentos utilizados pode ser criticada no momento em que se leva em consideração a realidade do STF. Ou seja, deixando de lado o cenário ideal, em que todos (ministros, advogados, pesquisadores e cidadãos) teriam clareza a respeito do modo de atuação do tribunal no que diz respeito à proporcionalidade, foi desenvolvido o conceito de coerência no voto. A dificuldade de se

reconhecer ou identificar a construção de uma linha argumentativa do ministro, que torne transparente o conteúdo de um conceito, permite que se exija do tribunal e de seus membros a definição clara, e em cada decisão particular, dos mecanismos de interpretação/decisão utilizados.

Assim, pode-se dizer que o lapso encontrado em algumas das decisões do ministro, em que não há a devida descrição de qual seja esse mecanismo, conduz a uma diminuição da legitimidade de sua decisão. Adicionalmente a isso, em alguns casos, o ministro Gilmar Mendes não utilizou os conceitos que havia trabalhado em seus textos acadêmicos, fazendo um uso superficial da proporcionalidade, ao simplesmente afirmar que certa norma não é proporcional (ADI 1351/DF, 2006 – caso da “cláusula de barreira”) ou que certa norma é proporcional (ADI 2868/PI, 2004, caso dos precatórios).

Um segundo tipo de análise levou em consideração o interesse predominante (interesse individual ou interesse coletivo), a origem da norma questionada, a decisão no controle de constitucionalidade (constitucional ou inconstitucional) e o tipo de coerência no uso da proporcionalidade (forte, média ou fraca). As variáveis que mais andaram juntas foram, em 6 votos, declaração de inconstitucionalidade de legislação federal, preponderância do interesse individual e coerência fraca.

Um terceiro aspecto relevante a ser mencionado foi a constatação de que o uso da proporcionalidade esteve associado, em 15 votos, à declaração de inconstitucionalidade. Esse fato indica que há uma tendência de utilização da proporcionalidade nos casos em que Gilmar Mendes decide pela inconstitucionalidade.

Analisando todos os 13 acórdãos em que no mínimo dois ministros abordaram a proporcionalidade, em apenas 4 há debates entre os ministros a respeito de divergência sobre a utilização da proporcionalidade. Em virtude da controvérsia conceitual que envolve o termo, seria importante que o STF escancarasse e enfrentasse as discussões a respeito da proporcionalidade.

No entanto, por mais que os poucos debates tenham deixado claro a existência de desacordos, principalmente diante da posição do ministro Eros Grau quanto à repercussão do uso da proporcionalidade na questão da separação dos poderes, eles não foram enfrentados pelo tribunal.

Foi indicado no início do trabalho que um dos objetivos da pesquisa era avaliar a eventual influência da utilização da proporcionalidade para o tribunal. Pelo que foi possível analisar neste trabalho, a utilização da proporcionalidade influencia negativamente a atuação do tribunal nos termos do que foi dito acima: nos momentos de desacordo, o STF não enfrentou o debate sobre a proporcionalidade. Por outro lado, esse fato decorre da própria sistemática de votação do tribunal, em que não há constrangimentos institucionais para que cada voto deixe de ser uma ilha.

Foi possível também perceber que os ministros do STF apresentaram preocupações difusas sobre as relações entre o tribunal e o legislativo. Essas preocupações não estiveram presentes em todos os casos em que a proporcionalidade foi utilizada, apenas em alguns¹⁵¹. Esta também é uma postura criticável na medida em que pode ensejar a utilização da proporcionalidade desconectada da questão dos conflitos entre jurisdição constitucional e legislativo/executivo.

O STF está envolto em circunstâncias, excesso de demanda e de funções de tribunal de revisão,¹⁵² que impedem que as funções de tribunal constitucional possam ser realizadas de modo mais sistemático e coerente. O STF e os demais poderes não estão alheios a esse cenário, basta indicar exemplos de iniciativas previstas na Emenda Constitucional nº 45, de 2004, como a repercussão geral (Lei nº 11.418/2006) e a súmula vinculante (Lei nº 11.417/2006).

O STF tem um processo de decisão idêntico aos dos demais tribunais brasileiros, mas tem responsabilidade política bastante diferente. Talvez fosse produtivo que o tribunal se engajasse em rever seu processo decisório como uma reforma essencial para o julgamento de certos casos. Isso independe de emendas constitucionais e da aprovação de leis, bastaria uma alteração em seu regimento interno.

Não há apenas responsabilidades individuais quando se analisa o cenário de incoerência no uso da proporcionalidade, há também responsabilidades coletivas e institucionais.

¹⁵¹ ADI 1040/PR, 2004; ADI MC 1910/DF, 2004; HC 84862/RS, 2005; MS 24045/DF, 2005; RE 346084/PR, 2005; ADI 3453/DF, 2006.

¹⁵² A respeito da sobrecarga de demandas e da tendência do STF em desenvolver uma “jurisprudência defensiva”, ver Mello (2008, p. 310-313).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (tradução Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional” (tradução de Luís Afonso Heck). *Revista Direito Administrativo* 217 (jul./set. 1999), 55-66.

_____. “Rights, legal reasoning and rational discourse”. *Ratio Juris* 5 (1992), 143-52.

_____. *Individual rights and collective goods* (1989). In. Rights (coord. Carlos Nino), The international library of essays in law and legal theory. New York: New York University Press, 1992.

ALEXY, Robert and Aleksander Peczenik. “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”. *Ratio Juris* 3 (1990), 130-47.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista do Direito Administrativo* 215 (1999), 151-179.

_____. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2008.

BRANCO, Luiz Carlos. *Eqüidade, proporcionalidade e razoabilidade (doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição constitucional & democracia – Integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2007.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *Razoabilidade e proporcionalidade das leis*. São Paulo: dissertação de mestrado (Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (tradução e notas Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. In. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição (coord. George Salomão Leite). São Paulo: Método, 2008, 2ª edição.
_____. *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*. In. Interpretação constitucional (coord. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de*

nulidade no direito brasileiro. In Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 3, abr/jun, 1993, p. 21-43.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 1999, 2ª edição.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Equidade, razoabilidade e proporcionalidade*. Revista do Advogado, v. 24, n. 78, p. 27-30. São Paulo, set. 2004.

LAUX, Ronaldo Villa. *Implicações do uso da proporcionalidade na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: dissertação de mestrado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2006.

MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros*. In. Cadernos de Direito da UNIMEP. Volume 3, nº 5, p. 15-45, 2003 (também publicado na página eletrônica do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – http://www.ibec.inf.br/d_leonardo.html, último acesso: 31.10.08).

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito* (tradução Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Mello. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, a.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: tese de doutorado (Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo), 2008, b.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002), 23-50.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso ao cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

VIANA, Vítor Hashimoto. *A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis*. São Paulo: dissertação de mestrado (Faculdade de Direito da Pontifca Universidade Católica de São Paulo), 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002, 2ª edição.

YOKOHAMA, Alessandro Otávio. *Dimensão positiva da proporcionalidade no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF na constituição de 1988: superação do dogma do legislador positivo*. São Paulo: tese de doutorado (Faculdade de Direito da Pontifca Universidade Católica de São Paulo), 2006.

ANEXO I

Casos em que Gilmar Mendes utilizou a proporcionalidade

2004

ADI 2868/PI (2004)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unanimidade (X) Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: debate-se a possibilidade de Estado da federação estipular valor menor do que o previsto no artigo 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), sobre obrigações de pequeno valor, para definir quais pagamentos devidos pelo Estado não se submeteriam à sistemática dos precatórios (art. 100, Constituição Federal). Quanto menor o valor, ou seja, quanto menor a definição de “obrigações de pequeno valor”, maior a possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas terem que se submeter à sistemática dos precatórios para obterem seus créditos perante o Estado.

Conflito: interesse individual de não se submeter à sistemática dos precatórios X interesse coletivo de reduzir os pagamentos do Estado que não passam pela sistemática dos precatórios.

Autor(es)¹⁵³: Procurador-Geral da República.

Réu(s): Governador do Estado do Piauí e Assembléia Legislativa do Estado do Piauí.

Decisão: norma é constitucional e a decisão vai ao encontro do interesse público.

Coerência: fraca.

AC MC QO 189/SP (2004)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: (X) Unânime () Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? (X) Sim () Não

¹⁵³ Foram utilizadas as nomenclaturas “autor” para quem fez o pedido judicial e “réu” para quem responde ou se opõe ao pedido feito. Em função do tipo de ação ou recurso, essa nomenclatura varia, mas houve a opção por manter apenas “autor” e “réu” neste Anexo I.

Resumo do caso: vereadores do município de São João da Boa Vista (SP) pedem efeito suspensivo da decisão que os afastou de seus mandatos. Trata-se de caso sobre o número de vereadores nas Câmaras Municipais (RE 197.917/SP), mas o que prepondera é o debate sobre mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso.

Conflito: interesse individual (vereadores) em ter mandatos restabelecidos X interesse público, representado pelo Ministério Público, em fazer com que o número de vereadores da Câmara Municipal esteja de acordo com a Constituição¹⁵⁴.

Autor(es): Hudney Fracaro e outros.

Réu(s): Ministério Público do Estado de São Paulo.

Decisão: mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade, logo, classifico como decisão que foi no sentido da constitucionalidade¹⁵⁵, e a decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: forte.

HC 84270/SP (2004)

Órgão: () Pleno (X) 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: (X) Unânime () Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? (X) Sim () Não

Resumo do caso: trata-se de caso em que se debate a constitucionalidade da revista pessoal de advogados em prédios do poder judiciário. Alega-se ofensa à liberdade profissional e ao sigilo de classe.

Conflito: interesse individual (advogados) X segurança das pessoas que trabalham e circulam pelas dependências do Poder Judiciário.

Autor(es): Roosevelt de Souza Borman.

Réus(s): Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: constitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse coletivo.

Coerência: fraca.

¹⁵⁴ Nas palavras de Gilmar, p. 34, há o conflito entre “idéia de segurança jurídica” e/ou “princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante”, de um lado, e, do outro, a nulidade da norma declarada inconstitucional. Nesta leitura de Gilmar, anulam-se os interesses individuais em jogo.

¹⁵⁵ Constitucionalidade no sentido de que defender a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade é manter a constitucionalidade de certa norma inconstitucional por um tempo maior.

AC MC 509/AP (2004)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime () Maioria (X) Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: Tribunal Superior Eleitoral (TSE) impôs sanções a deputado federal e senador (cassação dos mandatos, diplomas e multas) acusados de compra de votos. Parlamentares pedem a efeito suspensivo a recurso de competência do STF (efeito suspensivo seria excepcional neste caso).

Conflito: interesse individual (parlamentares) em terem seus mandatos preservados X moralização das eleições (Lei n. 9504/07, artigo 41-A) por meio da aplicação das sanções previstas.

Autor(es): João Alberto Rodrigues Capiberibe e outros.

Réus(s): Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB.

Decisão: não é possível classificar esse voto de acordo com a constitucionalidade¹⁵⁶ e decisão vai ao encontro do interesse coletivo.

Coerência: fraca.

ADI 3324/DF (2004)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: (X) Unânime () Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: debate-se a constitucionalidade da transferência de alunos que são servidores federais ou filhos de servidores federais de faculdades privadas para faculdades públicas.

Conflito: interesse individual do aluno (servidor ou filho de servidor federal) em se matricular em escolas públicas mesmo vindo de escola privada X interesse coletivo de que as vagas nas

¹⁵⁶ Trata-se de uma atuação do STF como órgão de revisão das decisões do TSE. Voto é no sentido de que a decisão do TSE não ofende a proporcionalidade.

instituições públicas de ensino não sejam reduzidas para que apenas alguns possam frequentá-las (gerando tensão nos limites orçamentários das Universidades Públicas Brasileiras).

Autor(es): Procurador-Geral da República.

Réus(s): Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: inconstitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse coletivo.

Coerência: forte.

2005

HC 84862/RS (2005)

Órgão: () Pleno (X) 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime () Maioria (X) Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: trata-se do debate sobre a constitucionalidade da não-progressão do regime prisional nos casos de penas privativas de liberdade em crimes hediondos.

Conflito: interesse individual do condenado X interesse coletivo de aplicação da sanção penal de modo rigoroso.

Autor(es): Gentil Cavalheiro.

Réus(s): Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: inconstitucional e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: média.

RE 413782/SC (2005)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime (X) Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: Fazenda estadual passa a obrigar empresas devedoras a emitirem notas fiscais avulsas, não mais em bloco. Debate-se a constitucionalidade dessa nova obrigação. Alega-se que nova regra inviabiliza a atividade econômica.

Conflito: interesse individual (empresas devedoras) X interesse público representado pela Fazenda estadual (fisco).

Autor(es): Varig S/A – Viação Aérea Rio Grandense.

Réus(s): Estado de Santa Catarina.

Decisão: inconstitucional e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: fraca.

HC 85379/SP (2005)

Órgão: () Pleno (X) 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime () Maioria (X) Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: trata-se do debate sobre a constitucionalidade da não-progressão do regime prisional nos casos de penas privativas de liberdade em crimes hediondos.

Conflito: interesse individual do condenado X interesse coletivo de aplicação da sanção penal de modo rigoroso.

Autor(es): Alex Victor da Silva.

Réus(s): Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: inconstitucional e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: média.

HC 85692/RJ (2005)

Órgão: () Pleno (X) 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime () Maioria (X) Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: trata-se do debate sobre a constitucionalidade da não-progressão do regime prisional nos casos de penas privativas de liberdade em crimes hediondos.

Conflito: interesse individual do condenado X interesse coletivo de aplicação da sanção penal de modo rigoroso.

Autor(es): Flávio Machado da Silva.

Réus(s): Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: inconstitucional e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: média.

HC 85687/RS (2005)

Órgão: () Pleno (X) 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime () Maioria (X) Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: trata-se do debate sobre a constitucionalidade da não-progressão do regime prisional nos casos de penas privativas de liberdade em crimes hediondos.

Conflito: interesse individual do condenado X interesse coletivo de aplicação da sanção penal de modo rigoroso.

Autor(es): Eduardo da Rosa Silva.

Réus(s): Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: inconstitucional e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: média.

RE 346084/PR (2005)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime () Maioria (X) Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: lei previu base de cálculo maior para tributo e debate-se se a base de cálculo encontra-se em acordo com a permitida pela a constituição federal para o tributo em questão (PIS/CONFINS). 20 dias após a entrada em vigor da lei, foi promulgada emenda constitucional que, para não deixar dúvidas sobre a licitude da base de cálculo escolhida, ampliou as possibilidades de base de cálculo das contribuições para seguridade social.

Conflito: interesse individual de não ser tributado em desacordo com a lei e a constituição X necessidade de arrecadação da União.

Autor(es): Divesa Distribuidora Curitibana de Veículos S/A.

Réus(s): União.

Decisão: constitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse público.

Coerência: fraca.

2006

RE 418376/MS (2006)

Órgão: Pleno Turma

Gilmar Mendes integra a: Unânime Maioria Vencido

Gilmar Mendes é relator? Sim Não

Resumo do caso: debate-se a possibilidade de extinção da punibilidade no caso de estupro em função de posterior convívio com a vítima por meio de união estável.

Conflito: interesse individual do condenado X interesse coletivo de concretização da sanção penal.

Autor(es): José Adélio Franco de Moraes.

Réus(s): Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

Decisão: inconstitucional e decisão vai ao encontro do interesse público.

Coerência: forte.

HC 87223/PE (2006)

Órgão: Pleno 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: Unânime Maioria Vencido

Gilmar Mendes é relator? Sim Não

Resumo do caso: debate-se a possibilidade de recorrer em liberdade de sentença penal condenatória, mesmo que o réu estivesse preso preventivamente até a sentença.

Conflito: interesse individual do condenado X interesse coletivo de preservação da ordem pública por meio de prisão cautelar.

Autor(es): Josué Luiz da Silva.

Réus(s): Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: constitucional (a manutenção da prisão preventiva) e decisão vai ao encontro do interesse público.

Coerência: fraca.

RHC 85656/MS (2006)

Órgão: Pleno 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: Unânime Maioria Vencido

Gilmar Mendes é relator? Sim Não

Resumo do caso: trata-se de caso em que se debatem várias ilegalidades em relação ao réu, mas a de maior destaque é o debate sobre a constitucionalidade da não-progressão do regime prisional nos casos de penas privativas de liberdade em crimes hediondos.

Conflito: interesse individual do condenado X interesse coletivo de aplicação da sanção penal de modo rigoroso.

Autor(es): Julierme Bregadioli.

Réus(s): Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: inconstitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: média.

RE-AgR 364304/RJ (2006)

Órgão: () Pleno (X) 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: (X) Unânime () Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? (X) Sim () Não

Resumo do caso: Município do Rio de Janeiro pretende que a declaração de não recepção de norma tributária tenha seus efeitos mitigados. Desse modo, os efeitos não repercutiriam desde 1988. A declaração com efeitos plenos seria, na opinião do Município, um grande problema para as contas municipais.

Conflito: interesse individual (contribuintes) X interesse coletivo do município (contas públicas).

Autor(es): Município do Rio de Janeiro.

Réus(s): Lino Ramos Cundines.

Decisão: inconstitucional¹⁵⁷ e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: forte.

ADI-MC 3090/DF (2006)¹⁵⁸

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime () Maioria (X) Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: debate-se a constitucionalidade de norma do setor elétrico que afirma que as concessionárias inadimplentes não poderão rever ou reajustar suas tarifas, além de outras sanções.

Conflito: interesse individual das concessionárias ao equilíbrio econômico financeiro X interesse da União em obter fundos junto às concessionárias.

Autor(es): Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

Réus(s): Presidente da República.

Decisão: inconstitucional e decisão vai ao encontro do interesse individual.

¹⁵⁷ Inconstitucionalidade no sentido de que, como não houve modulação, a não recepção (comparável aqui à inconstitucionalidade, no sentido de norma declarada nula) iniciou-se em 1988 e continua desde então.

¹⁵⁸ Único caso em que Gilmar Mendes era relator e restou vencido.

Coerência: fraca.

ADI 1721/DF (2006)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime (X) Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: debate-se a constitucionalidade da hipótese legal de fim da relação de emprego, com as conseqüências jurídicas da demissão por justa causa (ou seja, sem que o empregado receba certos benefícios), quando ocorrer a aposentadoria por tempo de serviço.

Conflito: interesse individual do empregado de continuar trabalhando (mesmo que já tenha se aposentado) X interesse do Estado desestimular aposentadorias precoces.

Autor(es): Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido Comunista do Brasil – PC do B.

Réus(s): Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: inconstitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: fraca.

Inq-AgR 2206/DF (2006)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: () Unânime (X) Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: trata-se de caso sobre os limites da quebra de sigilo bancário pretendida pelo Ministério Público e polícia judiciária.

Conflito: interesse individual ao sigilo bancário X interesse do Estado na investigação criminal.

Autor(es): Ministério Público Federal.

Réus(s): Henrique de Campos Meirelles.

Decisão: inconstitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: fraca.

RE 463629/RS (2006)

Órgão: () Pleno (X) 2ª. Turma

Gilmar Mendes integra a: (X) Unânime () Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: debate-se a constitucionalidade da hipótese legal de fim da relação de emprego, com as conseqüências jurídicas da justa causa (ou seja, sem que o empregado receba certos benefícios), quando ocorrer a aposentadoria por tempo de serviço.

Conflito: interesse individual do empregado de continuar trabalhando (mesmo que já tenha se aposentado) X interesse do Estado em desestimular aposentadorias precoces¹⁵⁹.

Autor(es): Rosali Gomes.

Réus(s): Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE.

Decisão: inconstitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: fraca.

RHC 88371/SP (2006)

Órgão: () Pleno (X) 2ª Turma

Gilmar Mendes integra a: (X) Unânime () Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? (X) Sim () Não

Resumo do caso: debate-se a licitude de interceptação telefônica determinada por 30 dias, quando o limite previsto em lei é de 15 dias (prorrogáveis por mais 15).

Conflito: interesse individual do investigado X interesse do Estado na investigação criminal.

Autor(es): Daniel Victor Iwuagwu.

Réus(s): Ministério Público Federal.

¹⁵⁹ Conflito similar ao da ADI 1721/DF (2006).

Decisão: constitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse coletivo.

Coerência: fraca.

ADI 3453/DF (2006)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: (X) Unânime () Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: debate-se a constitucionalidade de lei que prevê a necessidade de apresentação de certidões negativas de débitos para o levantamento dos valores dos precatórios devidos pela Fazenda Pública.

Conflito: interesse individual do particular em acessar crédito a que tem direito junto ao Estado X interesse do Estado em buscar seus créditos fiscais juntos aos cidadãos.

Autor(es): Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Réus(s): Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: inconstitucionalidade e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: fraca.

ADI 1351/DF (2006)

Órgão: (X) Pleno () Turma

Gilmar Mendes integra a: (X) Unânime () Maioria () Vencido

Gilmar Mendes é relator? () Sim (X) Não

Resumo do caso: debate-se a constitucionalidade de lei que diminui o acesso ao fundo partidário e à participação nas comissões internas do parlamento aos partidos que não obtiverem um patamar mínimo de votos distribuídos por número mínimo de Estados.

Conflito: interesse dos partidos minoritários X interesse público previsto em lei no sentido de regulamentar o fundo partidário e a participação nas comissões do Congresso (reforma política).

Autor(es): Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Democrático Trabalhista – PDT.

Réus(s): Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: inconstitucional e decisão vai ao encontro do interesse individual.

Coerência: fraca.

ANEXO II

Tabela com os resumos das variáveis nos votos de Gilmar Mendes¹⁶⁰

(Próxima página)

¹⁶⁰ Para análise interativa: <https://proporcionalidadenostf.dabbedb.com/page/proporcionalidadenostf/zTDIIzLh>.
Dúvidas: brunoramospereira@uol.com.br.

Caso	Ano	órgão	ministro integra a	relator	área	interesse	norma é	coerência	ato normativo
ADI 2868/PI	2004	Pleno	maioria	não	Constitucional	coletivo	constitucional	fraca	lei estadual
AC MC QO 189/SP	2004	Pleno	unanimidade	sim	C. e Processo Civil	individual	constitucional	forte	decreto legislativo mun.
HC 84270/SP	2004	2 Turma	unanimidade	sim	P. e Processo Penal	coletivo	constitucional	fraca	provimento do TJ/SP
AC MC 509/AP	2004	Pleno	vencido	não	Eleitoral	coletivo	X	fraca	lei federal
ADI 3324/DF	2004	Pleno	unanimidade	não	Administrativo	coletivo	inconstitucional	forte	lei federal
HC 84862/RS	2005	2 Turma	vencido	não	P. e Processo Penal	individual	inconstitucional	média	lei federal
RE 413782/SC	2005	Pleno	maioria	não	Tributário	individual	inconstitucional	fraca	decreto regulam. est.
HC 85379/SP	2005	2 Turma	vencido	não	P. e Processo Penal	individual	inconstitucional	média	lei federal
HC 85692/RJ	2005	2 Turma	vencido	não	P. e Processo Penal	individual	inconstitucional	média	lei federal
HC 85687/RS	2005	2 Turma	vencido	não	P. e Processo Penal	individual	inconstitucional	média	lei federal
RE 346084/PR	2005	Pleno	vencido	não	Tributário	coletivo	constitucional	fraca	lei federal
RE 418376/MS	2006	Pleno	maioria	não	P. e Processo Penal	coletivo	inconstitucional	forte	lei federal
HC 87223/PE	2006	2 Turma	unanimidade	não	P. e Processo Penal	coletivo	constitucional	fraca	lei federal
RHC 85656/MS	2006	2 Turma	unanimidade	sim	P. e Processo Penal	individual	inconstitucional	média	lei federal
RE AgR 364304/RJ	2006	2 Turma	unanimidade	sim	Tributário	individual	inconstitucional	forte	lei municipal
ADI MC 3090/DF	2006	Pleno	vencido	não	Administrativo	individual	inconstitucional	fraca	MP conver. em lei fed.
ADI 1721/DF	2006	Pleno	maioria	não	Trabalho	individual	inconstitucional	fraca	MP conver. em lei fed.
Inq AgR 2206/DF	2006	Pleno	maioria	não	P. e Processo Penal	individual	inconstitucional	fraca	lei federal
RE 463629/RS	2006	2 Turma	unanimidade	não	Trabalho	individual	inconstitucional	fraca	lei federal
RHC 88371/SP	2006	2 Turma	unanimidade	sim	P. e Processo Penal	coletivo	constitucional	fraca	lei federal
ADI 3453/DF	2006	Pleno	unanimidade	não	Constitucional	individual	inconstitucional	fraca	lei federal
ADI 1351/DF	2006	Pleno	unanimidade	não	Eleitoral	individual	inconstitucional	fraca	lei federal

ANEXO III

Tabela com os resumos das classificações quanto ao tipo de coerência nos votos de Gilmar Mendes

Caso	ano	conceito	justificativa	aplicação	total	tipo de coerência
ADI 2868/PI	2004	0	0	0	0	fraca
AC MC QO 189/SP	2004	1	1	1	3	forte
HC 84270/SP	2004	0	0	0	0	fraca
AC MC 509/AP	2004	0	0	0	0	fraca
ADI 3324/DF	2004	1	1	1	3	forte
HC 84862/RS	2005	0	1	1	2	média
RE 413782/SC	2005	0	0	1	1	fraca
HC 85379/SP	2005	0	1	1	2	média
HC 85692/RJ	2005	0	1	1	2	média
HC 85687/RS	2005	0	1	1	2	média
RE 346084/PR	2005	0	1	0	1	fraca
RE 418376/MS	2006	1	1	1	3	forte
HC 87223/PE	2006	0	0	0	0	fraca
RHC 85656/MS	2006	0	1	1	2	média
RE AgR 364304/RJ	2006	1	1	1	3	forte
ADI MC 3090/DF	2006	0	0	1	1	fraca
ADI 1721/DF	2006	0	0	1	1	fraca
Inq AgR 2206/DF	2006	0	0	0	0	fraca
RE 463629/RS	2006	0	0	1	1	fraca
RHC 88371/SP	2006	0	0	1	1	fraca
ADI 3453/DF	2006	0	0	1	1	fraca
ADI 1351/DF	2006	0	0	1	1	fraca

O USO DA PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)

RESUMO

O objeto do trabalho é a análise da utilização da regra da proporcionalidade pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Após a seleção, leitura e análise de 81 acórdãos obtidos por meio da ferramenta “pesquisa livre”, disponível na página eletrônica do tribunal, julgados entre os anos de 2004 e 2006 e que mencionavam a proporcionalidade, foi definida a amostra de votos relevantes para a pesquisa. Decidiu-se analisar mais profundamente os 22 votos do ministro Gilmar Mendes no que diz respeito à coerência (forte, média ou fraca) na utilização da proporcionalidade em cada um de seus votos. Além disso, outras variáveis foram pesquisadas nos votos do ministro (por exemplo, interesse predominante, área do direito na qual o debate jurídico situa-se, decisão pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, origem da norma questionada). A conclusão foi no sentido de que apenas quatro votos apresentaram coerência forte no uso da proporcionalidade. Percebeu-se também que, quando a proporcionalidade foi utilizada, o ministro Gilmar Mendes decidiu mais frequentemente pela inconstitucionalidade de legislação federal e pela preponderância de um direito individual.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, proporcionalidade, Gilmar Mendes, coerência.

THE USE OF PROPORTIONALITY IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

An analysis of the decisions by Justice Gilmar Mendes (2004-2006)

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze some instances of the use of the proportionality's rule by members of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF). By using the tool “pesquisa livre”, available in the court's web site, 81 decisions given between the years 2004 and 2006 which mentioned proportionality were located, selected, read and analyzed. The sample of relevant decisions was then defined. The choice was to analyze the 22 decisions by Justice Gilmar Mendes more profoundly, in regard to their coherence in the use of the proportionality (classified as strong, medium or weak). In addition, other elements present in the decisions by Justice Mendes (such as the identification of the prevailing interest, the area of the Legislation in which the judicial debate occurs, the decision regarding the constitutionality or unconstitutionality, the source of the questioned legal norm) were also analyzed. The conclusion was that only four of the decisions by Justice Mendes could be considered to show evidence of a strong degree of coherence in the use of the proportionality. It was also noticed that, in the decisions in which the proportionality was applied, Justice Mendes tended to declare the unconstitutionality of the federal laws and to grant the prevalence of individual rights.

Keywords: Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal), proportionality, Gilmar Mendes, coherence.