



SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO – SBDP
ESCOLA DE FORMAÇÃO
2005

Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação

**Proporcionalidade e razoabilidade na
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:
Os casos de conflitos entre princípios da
Ordem Econômica**

Manuela Oliveira Camargo

Professor orientador: Dr. Luís Virgílio Afonso da Silva

Índice.

1. Apresentação	4
2.1. Breve cenário histórico	7
2.2. Exposição de algumas concepções teóricas a respeito do tema	8
2.3. A aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: a exposição de um problema.	11
3. Metodologia	14
4. Análise individual dos acórdãos	17
4.1. ADIn MC 855	17
4.2. ADIn MC 2290	25
4.3. ADIn MC 2317	29
4.3.1. Voto do Ministro Ilmar Galvão	29
4.4. ADC MC 9	31
4.4.2 Voto do Ministro Maurício Corrêa	34
4.4.4. Voto do Ministro Moreira Alves	36
4.5. ADIn MC 2435	37
4.5.1. Voto do Ministro Marco Aurélio	37
4.6. ADIn MC 2623	43
4.7. ADIn MC 2458	46
4.8. ADIn 1040	48
4.8.1. Voto do Ministro Néri da Silveira	48
4.8.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	49
4.8.3. Voto da Ministra Ellen Gracie	51
4.8.4. Voto do Ministro Eros Grau	51
4.8.5. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence	53
4.9. RE 413782 – SC	53
4.9.2. Voto do Ministro Cezar Peluso	55
4.9.3. Voto do Ministro Celso de Mello	56
5.1. Ministro Sepúlveda Pertence - ADIns MC 855, MC 2458 e 1040	60
5.2. Ministro Moreira Alves - ADIn MC 2290 e ADC MC 9	62
5.3. Ministro Ilmar Galvão - ADIns MC 2317, 2019, 2268	63
5.4. Ministro Néri da Silveira - ADC MC 9 e ADIn 1040	65
5.5. Ministro Maurício Corrêa - ADIns MC 2623 e ADC MC 9	67
5.6. Ministro Marco Aurélio - ADIn MC 2435, 1040 e HC 82424 ...	68
Bibliografia	80
Acórdãos	81

1. Apresentação

“A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista¹ do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação”².

Com a ascensão dos princípios ao *status* de norma jurídica, ocorreu a necessidade do desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional que apresentasse artifícios de cunho instrumental para que fosse possível a solução de casos que envolvessem conflitos entre princípios.

Assim, além das antigas categorias da interpretação jurídica em geral, e inclusive os elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico, encontram-

¹ Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos distinguem três fases da Ciência do Direito, primeiramente, havia o jusnaturalismo moderno formado a partir do século XVI, com base na crença no Direito Natural.

No final do século XIX, com a valorização do conhecimento científico, ocorreu a ascensão do positivismo jurídico, que acreditava, que como todas as ciências, o Direito deveria pautar-se em juízos de fato, e não de valor.

Após a Segunda Guerra Mundial, os autores acreditam que houve o fracasso do positivismo, devido principalmente à derrota dos nazistas e fascistas no Tribunal de Nuremberg, devido ao fato de não terem sido aceitas as alegações invocadas pelos principais acusados de que eles estariam apenas cumprindo a Lei e as ordens emanadas da autoridade competente. Assim, o fracasso desses dois modelos estaria dando lugar a um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, que se chamaria pós-positivismo.

Esta seria a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, pp. 277-279.

² Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de. *Op. cit. (nota 1)*, p.314.

se à disposição do intérprete um novo aparato, que envolvem os princípios³ instrumentais de supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade, proporcionalidade⁴ e efetividade.

Dito isto, percebe-se a atualidade e a necessidade da perquirição de como estes novos métodos estão sendo aplicados pelo grande intérprete da Constituição brasileira, que é o Supremo Tribunal Federal.

Como não é possível, em um único trabalho, a observação empírica de todos os citados instrumentos de interpretação constitucional, decidiu-se unicamente pela avaliação da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade nos casos que envolvem conflitos entre os princípios da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988⁵.

³ Há grande controvérsia sobre a possibilidade de se designar tais instrumentos como princípios. Isto porque, parte da doutrina alia-se à concepção de Robert Alexy de que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, sofrem a necessidade de sopesamento no caso concreto, quando estiverem em conflito. Como os "princípios" ora expostos por Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, não admitem a possibilidade de colisão, sendo apenas métodos de interpretação, eles não seriam princípios, mas sim regras. Como esta apresentação se inspirou inteiramente no trabalho desenvolvido por estes juristas, esses métodos de interpretação foram citados da mesma maneira que eles fizeram em seu artigo. Contudo, deve-se deixar claro, que para esta apresentação, essa terminologia não é importante, porque se quer demonstrar apenas a relevância do tema proposto.

⁴ Neste ponto, nova controvérsia, porque parte da doutrina acredita que a proporcionalidade e a razoabilidade não merecem distinção, entre eles encontram-se os citados autores que inspiraram essa apresentação. Há, no entanto, outros autores, entre eles Virgílio Afonso da Silva, que acreditam que há grandes diferenças com relação à origem e a forma de aplicação da proporcionalidade e razoabilidade que justificariam a necessidade de sua diferenciação. No momento, no entanto, essa distinção não é importante e será feita mais para frente.

⁵ **Art 170 da Constituição Federal.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I- soberania nacional;
- II- propriedade privada;
- III- função social da propriedade;
- IV- livre concorrência
- V- defesa do consumidor
- VI- defesa do meio-ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII- redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII- busca do pleno emprego;
- IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

2. Introdução

2.1. Breve cenário histórico

É relevante a apresentação de um quadro histórico a respeito da proporcionalidade e razoabilidade, porque este é um fator importante para o entendimento da aplicação destes instrumentos interpretativos pelo Supremo Tribunal Federal.

A regra da proporcionalidade, desenvolvida a partir da década de 1950, pelo Tribunal Constitucional Alemão, foi elaborada como um método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada particularmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outros direitos fundamentais⁶.

De acordo com a doutrina alemã defendida por Robert Alexy, ela seria composta por três sub-regras, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Adequada seria a medida capaz de fomentar, e não obrigatoriamente atingir determinado fim; necessária, aquela que, quando comparada a outras tão eficazes quanto, restringisse em menor escala o direito fundamental violado; e proporcional em sentido estrito a medida que promovesse a realização de um direito fundamental mais importante que o que com ele colide⁷.

A partir disso, a proporcionalidade passou a ser utilizada por diversos países, entre eles Portugal, onde foi incorporada ao conceito de razoabilidade,

⁶ Afonso da Silva, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais 798, 2002. p. 24.

⁷ “Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica, quanto fática. Princípios são nesses termos *mandatos de otimização (Optimierungsgebote)*. Assim eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. (...) As colisões de direitos fundamentais devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios”. Alexy, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, em 10.12.98. p.11.

proveniente do direito anglo-saxão, através do qual se examina a compatibilidade entre os meios e os fins, bem como a legitimidade dos fins de determinado ato estatal.

A confusão entre as diversas teorias no direito português produziu um conceito bastante eclético e por vezes vazio a respeito da proporcionalidade. O Brasil, por sua vez, importou o que se desenvolvia a respeito da proporcionalidade em Portugal e incorporou à sua jurisprudência boa parte do ecletismo e falta de rigor metodológico existente naquele país⁸.

Assim, pode-se encontrar no Brasil diversos doutrinadores defendendo as mais variadas interpretações a respeito da proporcionalidade e da razoabilidade. Essa falta de consenso impõe que desde o início se tenha em mente os paradigmas das diversas concepções teóricas a respeito do tema, porque não se tem aqui o objetivo de criticar os Ministros do Supremo Tribunal por se vincularem a uma teoria específica, mas sim o desenvolvimento de seus votos, levando-se em consideração os diversos parâmetros existentes.

2.2. Exposição de algumas concepções teóricas a respeito do tema.

Conforme foi dito, podem-se encontrar no Brasil variadas teorias a respeito da proporcionalidade e razoabilidade, que apresentam diferenças desde a sua fundamentação, até o modo como este método interpretativo deverá ser aplicado.

É relevante a exposição da concepção de alguns teóricos que estudam o tema para que se perceba quais são as peculiaridades de cada vertente doutrinária e para que se tenha em mente diversos parâmetros para a análise jurisprudencial. Deve-se deixar claro, desde o início, que aqui não se pretende a defesa de uma vertente específica.

⁸ Martins, Leonardo. *Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros*. Cadernos de Direito, Piracicaba, 3(5), jul/dez. 2003. p. 20-23.

Para isso, será demonstrada a concepção de Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila. O que de maneira alguma esgota as diversas concepções teóricas sobre o assunto, mas apenas demonstra algumas divergências entre autores conhecidos por estudarem o tema, e permite uma maior compreensão do que sejam os dois instrumentos.

Gilmar Ferreira Mendes⁹ não delimita uma única linha de raciocínio para a aplicação da proporcionalidade, como também, apresenta mais de um fundamento para a sua validade.

“Cuida-se de aferir a **compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos** ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de **se proceder à censura sobre a adequação** (*Geeignetheit*) e a **necessidade** (*Erforderlichkeit*) **do ato legislativo.**

(...) A violação ao **princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso** (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante **contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins**¹⁰. (grifo meu.).

Dessa forma, percebe-se que para ele não há um conceito unívoco a respeito do que seja a proporcionalidade e nem uma diferenciação clara entre esta e a razoabilidade, no momento em que proporcional será tanto a medida que apresenta compatibilidade entre meios e fins, quanto a que consegue passar pelos exames da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito¹¹,

⁹ Um dos doutrinadores mais citados pelo STF é Gilmar Ferreira Mendes, a partir de alguns de seus trabalhos doutrinários, entre eles *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*, que também ensejará essa exposição.

¹⁰ Ferreira Mendes, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*, p. 1-2.

¹¹ Estes subprincípios já foram explicados no tópico anterior, porém, é necessário fazer uma ressalva quanto ao exame da adequação, que Gilmar Mendes conceitua da seguinte maneira: “O

mencionada por ele em outro momento de seu artigo, como também os fundamentos para a sua aplicação, como a necessidade de solução dos conflitos entre direitos fundamentais, e o devido processo legal material, estabelecido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Já Luís Roberto Barroso, declara haver uma distinção entre a proporcionalidade e razoabilidade porque a primeira seria construção do Direito alemão, com um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado, enquanto a razoabilidade, fundamentada no devido processo legal substantivo, teria destaque no sistema norte-americano, e não demonstraria preocupação com uma formulação sistemática.

Embora reconheça essas distinções, acredita que não há a necessidade de uma diferenciação conceitual entre ambos os métodos, porque um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos.

Ao explicar como se utilizam esses instrumentos, também menciona a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, além de afirmar que no caso concreto ela permite a graduação, por parte do juiz do peso da norma¹². Em outro trabalho também apresenta uma definição para razoabilidade que será muito útil quando se forem analisar os acórdãos, isto porque ela vai além da avaliação da compatibilidade entre meios e fins da medida estatal e considera a necessidade de verificação da legitimidade de seus fins¹³.

Virgílio Afonso da Silva, estudioso da teoria de Robert Alexy, no entanto, apresenta visão diversa das anteriormente expostas. Para ele, a proporcionalidade

subprincípio da *adequação* exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a **atingir** os objetivos pretendidos". Note-se que ele falou em atingir e não apenas fomentar, o que tem uma consequência prática diversa da demonstrada anteriormente e por isso, merece que seja dada atenção a essa diferença. Ferreira Mendes, Gilmar. *Op. cit. (nota 10)*, p.4.

¹² Para um melhor entendimento, sugere-se: Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de. *Op. cit. (nota 1)*, p. 302-303.

¹³ Barroso, Luís Roberto. *Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, apud Virgílio Afonso da Silva, *O Proporcional e o Razoável*, Revista dos Tribunais 798, p. 32.

e a razoabilidade são instrumentos diferentes, seja por sua origem histórica ou modo de operação, e esta diferenciação deve ser levada em consideração, na medida em que a aplicação de um ou de outro método traduzem conseqüências distintas.

A regra¹⁴ da proporcionalidade, enquanto desdobramento lógico da estrutura dos direitos fundamentais, deve ser aplicada de forma estruturada, a partir do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, em sua visão, ela exigiria um rigor argumentativo muito maior que o da razoabilidade, em que simplesmente se verificaria a compatibilidade entre meios e fins da medida estatal¹⁵.

Como último exemplo, tem-se o desenvolvido por Humberto Bergman Ávila, que diferencia os dois conceitos com base na crença de que a proporcionalidade deve ser aplicada em um exame abstrato da medida, ou seja, quando será analisada a correlação entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, em que será preciso saber se a medida é adequada, necessária, ou proporcional em sentido estrito. Já a razoabilidade não seria aplicada com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento em uma situação pessoal do sujeito envolvido¹⁶.

A partir disso, ficou visível a existência de algumas vertentes doutrinárias relacionadas ao assunto. Contudo, nota-se que todas elas, por mais simples que sejam, principalmente no que diz respeito à razoabilidade, apresentam uma maneira de estruturação que determinará a análise das circunstâncias concretas.

2.3. A aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: a exposição de um problema.

¹⁴ É definida como regra porque não admite ponderação conforme o demonstrado na nota 7.

¹⁵ Para uma melhor compreensão do assunto, sugere-se a leitura de *O Proporcional e o Razoável*, de Virgílio Afonso da Silva, citado na nota 6.

¹⁶ Ávila, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, vol I, nº 4, p. 29-30.

Após a apresentação do significado desses métodos interpretativos, segue-se à sua problematização.

Virgílio Afonso da Silva, em *O proporcional e o razoável*, demonstra que o Supremo Tribunal Federal muitas vezes age de maneira não consistente ao aplicar a proporcionalidade:

“A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados”¹⁷.

A proporcionalidade e razoabilidade, enquanto instrumentos que não apresentam uma definição unívoca e dão margem a elevados graus de subjetividade¹⁸ por parte do intérprete abrem espaço para que o juiz os aplique de maneira simplista e inconsistente, conforme foi muito bem explicado acima.

A partir disso, inspirou-se ao trabalho a hipótese de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não agem de forma criteriosa ao aplicarem a proporcionalidade e a razoabilidade.

¹⁷Afonso da Silva, Virgílio. *Op. cit.* (nota 6), p. 31.

¹⁸ Tanto a aplicação estruturada da proporcionalidade, quanto da razoabilidade envolvem um elevado grau de subjetividade, na medida em que se relacionam a escolhas que não são decididas mediante subsunção, mas ponderação e aferição da compatibilidade entre meios e fins. Essa subjetividade, no entanto, ao invés de incitar um ônus argumentativo maior, muitas vezes é utilizada como uma possibilidade para mascarar argumentos frágeis e simplistas.

Na tentativa de objetivar essa hipótese escolheram-se três critérios como parâmetros para sua aferição: sua fundamentação, a exposição das premissas que determinarão o raciocínio, e a demonstração do raciocínio desenvolvido a partir dessas premissas¹⁹. Reconhece-se desde já a subjetividade da pesquisa empreendida e da escolha dos parâmetros estabelecidos para o teste da hipótese, o que não prejudica de modo algum o trabalho, na medida em que não se busca uma resposta correta, mas principalmente, a reflexão sobre a maneira como os Ministros fundamentam e estruturam as suas decisões.

Deve-se ressaltar desde o início que se pretende ultrapassar uma questão de método de aplicação de um instrumento interpretativo, porque a sua utilização de forma não criteriosa terá como conseqüência a inconsistência das decisões do Supremo Tribunal Federal, o que em última instância afetará a própria legitimidade desta Corte. Assim, a verificação da aplicação criteriosa da proporcionalidade e razoabilidade encontra-se neste trabalho como um instrumento, ou seja, um pretexto, para a reflexão de algo mais profundo: como os Ministros do mais alto Tribunal têm embasado suas decisões.

¹⁹ Pretende-se explicar o motivo de escolha desses parâmetros e seu modo de verificação na metodologia.

3. Metodologia

Como objeto de verificação da hipótese foram escolhidos os acórdãos do STF que envolvem princípios da ordem econômica estabelecidos no art.170²⁰ da Constituição Federal, isto porque a partir deles podem-se verificar uma série de potenciais conflitos, que precisarão ser bem analisados pelo intérprete para a determinação de uma solução justa.

Dessa forma, a busca no sítio do Supremo Tribunal Federal pautou-se primeiramente pela palavra-chave proporcionalidade, a partir do que foram encontrados 305 acórdãos. Destes, selecionou-se apenas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade²¹ pós 1988 que envolviam os princípios da ordem econômica. Isto porque nestes casos ocorre mais que um sopesamento *in abstracto* dos princípios envolvidos, mas também, a reavaliação de uma política pública do Legislativo ou do Executivo, o que exige dos Ministros um rigor argumentativo muito maior, já que a ingerência injustificada na atividade legislativa, pode representar, em última instância, uma ameaça à Separação dos Poderes.

Foram encontradas, a partir disso, as ADIns MC 855, MC 2290, MC 2317, MC 2435, MC 2623, 1040, além da ADC MC 9 e do RE 418237.

Análise qualitativa por voto

A análise qualitativa por voto acontecerá durante o desenvolvimento no momento em que a preocupação será avaliar minuciosamente a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, através dos critérios de coerência interna estabelecidos no tópico anterior, quais sejam: a fundamentação da utilização da

²⁰ O tema geral proposto pela Sociedade Brasileira de Direito Público para a pesquisa dos acórdãos foi liberdade econômica e profissional, por isto, além dos acórdãos do art. 170, será considerado o art.5º, XIII.

²¹ Também será utilizado o RE 413782 porque nele se questiona a inconstitucionalidade de um dispositivo legislativo do Estado de Santa Catarina, e a proporcionalidade é aplicada.

proporcionalidade e razoabilidade²², o estabelecimento de premissas que sirvam como um guia para a estruturação do raciocínio e conseqüentemente o desenvolvimento da argumentação pautada nos referenciais estabelecidos²³.

Para que este trabalho não corra o risco de se limitar a uma mera observação formalista da aplicação da proporcionalidade pretende-se prestar atenção não só a esses requisitos pré-estabelecidos, mas também, ao esforço de concretização e fundamentação empreendido pelo Ministro. Dessa forma, aqui, a consistência e fundamentação das decisões são dogmas que algumas vezes podem ultrapassar o instrumento utilizado para a sua verificação²⁴.

3.2. Análise qualitativa por Ministro

A análise individual dos votos mostra-se insuficiente para o estudo da consistência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à aplicação da proporcionalidade, isto porque, é necessário que se verifique se há respeito à isonomia²⁵ e coerência entre os julgados. Ou seja, se os Ministros

²² Entende-se por fundamentação a explicação do motivo pelo qual a proporcionalidade e a razoabilidade aplicam-se ao caso. Como foi visto, a partir das teorias expostas, ela costuma ocorrer com base em dispositivos constitucionais, ou a partir da estrutura própria dos direitos fundamentais que em caso de colisão precisarão ser sopesados.

²³ O primeiro critério justifica-se pela necessidade de demonstração do motivo pelo qual aplica-se a proporcionalidade, o segundo, para que se tenha conhecimento de como o instrumento pretende ser aplicado e seja possível a verificação de sua coerência conforme determinado na premissa. Deve-se ter em mente que o Ministro não será criticado por aplicar determinada teoria, já que, como foi estabelecido no primeiro tópico da introdução, reconhece-se a diversidade doutrinária com relação a este tema. Dessa forma, eles serão avaliados apenas pela maneira como fundamentam as suas decisões e determinam a sua argumentação.

²⁴ Reconhece-se mais uma vez a subjetividade e a dificuldade deste trabalho, principalmente quando se tem a pretensão de ir além da verificação da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade dos atos estatais, mas também de prestar atenção ao esforço de concretização dos Ministros durante a utilização desses métodos interpretativos. Assim, compreende-se a possibilidade de a análise que será empreendida suscitar discordâncias, contudo, elas não retiram o valor de um trabalho que, conforme foi dito, não pretende encontrar uma resposta correta, mas desenvolver uma análise minuciosa em volta da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, pode-se dizer, que ao invés de perder valor, o trabalho o terá acrescentado se instigar a reflexão, a dúvida, a discordância, ou seja, o debate pouco desenvolvido no Brasil a respeito dos acórdãos da mais alta Corte que compõe o Judiciário brasileiro, e que algumas vezes tem sua palavra automaticamente acatada, pelo simples fato de ser a última.

²⁵ "Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes". Barroso, Luís Roberto, e Barcellos, Ana Paula de. *Op. cit. (nota 1)*, p.294.

costumam aplicar a proporcionalidade e a razoabilidade da mesma maneira ao longo de seus votos, ou se sua interpretação varia entre os acórdãos de forma injustificada²⁶. Assim, pode-se dizer que foi acrescentado mais um critério de avaliação dos julgados.

Partindo-se da premissa de que cada Ministro deve desenvolver uma linha de argumentação dentro do conjunto de seus votos, decidiu-se por fazer essa comparação na conclusão²⁷, porque se visualiza a dificuldade em se estabelecer uma conclusão geral com relação a todos os Ministros, na medida em que eles são independentes com relação uns aos outros, não sendo possível exigir uma linha de raciocínio comum. Além disso, há a possibilidade de se encontrar Ministros que costumam aplicar a proporcionalidade de maneira criteriosa e outros não.

Para isso, serão reutilizados os acórdãos analisados no tópico anterior, e, quando não forem encontrados mais de um voto de um mesmo Ministro relacionado aos princípios do art. 170 da CF, serão acrescentados outros acórdãos que não se enquadram no tema *liberdade econômica e profissional* e que não necessariamente são ADIns ou ADCs. Isto porque, nesta parte do trabalho, o número de votos será importante para que se percebam as diferenças na atuação dos Ministros²⁸.

²⁶ Deve-se frisar que não é qualquer mudança na linha de desenvolvimento dos votos que é repudiada, mas apenas as variações injustificadas com relação aos casos que permitiriam a aplicação do mesmo instrumento interpretativo.

²⁷ Neste momento a preocupação não será analisar o caso avaliando como foi aplicada a proporcionalidade, mas através da comparação entre os votos, perceber se eles costumam partir das mesmas premissas em seus diversos julgados, além de outras possíveis diferenças metodológicas.

²⁸ Apesar da noção de que para o desenvolvimento da análise comparativa o ideal seria o maior número de votos possíveis de um mesmo Ministro, há comparações com apenas dois votos, o que de maneira nenhuma prejudica o trabalho, porque se só com dois votos já é possível se perceber alguma incoerência, já fica provado que o Ministro não segue a mesma linha de raciocínio sempre. Contudo, nos casos em que não se conseguir provar as divergências relacionadas a um determinado Ministro, deverá se considerar que isso não significa que o Ministro é sempre coerente, porque pode ser que simplesmente não tenha sido encontrado o voto que contradiz essa primeira impressão.

4. Análise individual dos acórdãos.

4.1. ADIn MC 855.

A ADIn MC 855, julgada em julho de 1993, foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio com pedido de suspensão cautelar da Lei nº 10.248²⁹, de quatorze de janeiro de 1993, do Estado do Paraná, a qual teve seus efeitos suspensos até o julgamento final da ação por maioria dos votos.

O dispositivo legal impunha a pesagem do botijão de gás, à vista do consumidor, durante sua comercialização para que, na hipótese de verificação de quantidade de gás inferior à estipulada, o consumidor recebesse abatimento proporcional no preço do produto ou então, caso fossem verificadas sobras de gás no botijão a ser substituído, fosse feito o ressarcimento com o abatimento do preço do produto novo³⁰.

4.1.1 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Após considerar a incompetência do Estado para legislar, o Ministro segue ao argumento principal de seu voto:

“De sua vez, os esclarecimentos de fato – particularmente a manifestação do INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar.

²⁹ “Art.1º. É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializam – GLP – Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida a substituição. Parágrafo único. Para efeito do disposto no “caput” deste artigo, os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para esta finalidade. (...)”.

³⁰ Será analisado apenas o voto do Ministro e Relator Sepúlveda Pertence porque ele é o único que utiliza a regra da proporcionalidade. As justificativas em seu voto são as mesmas apresentadas no relatório: ele invoca a incompetência do Estado para legislar sobre o assunto e a desproporcionalidade do ato estatal.

Eles servem, de um lado - como proficientemente explorados na petição – não só para lastrear o questionamento da **proporcionalidade ou da razoabilidade** da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar - ao menos, provisoriamente - as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei”. (grifo meu)

É relevante considerar que o argumento material que faz uso da proporcionalidade é a *ratio decidendi* do voto, porque uma possível fragilidade em seu desenvolvimento conduz à vulnerabilidade da decisão. Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence menciona a proporcionalidade ou razoabilidade³¹ em um único parágrafo e não a explica. Apenas a cita como o motivo que o encaminhou à decisão, advertindo que se pauta nos argumentos explorados na petição inicial, analisados em seu relatório. Dessa maneira, será necessário prosseguir-se à sua observação.

Como justificativa da falta de proporcionalidade da norma é utilizado um parecer do INMETRO, que afirma o seguinte:

“A utilização da balança como preconiza a referida lei seria **prejudicial** devido à necessidade de conterem dispositivos de predeterminação de tara [botijão vazio], de nível, bem como, travas especiais, trazem um elevado grau de desgaste e desregulagem o que poderia prejudicar as medições.

Cabe ainda observar que no caso das balanças que não fossem facilmente retiradas da carroceria, **o**

³¹ Note-se que o Ministro não faz distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.

consumidor teria que subir na mesma para acompanhar a pesagem. (...).

Esclarecemos, que em casos em que o consumidor recebe o botijão em locais distantes do veículo, **não haverá praticidade na proposta**, pela necessidade do consumidor e entregador terem que retornar ao veículo para conferência do produto.

Não obstante, todas as empresas distribuidoras de GLP devem possuir um **selo aprovado pelo INMETRO**, que deve ser oposto à válvula do botijão de forma a garantir a conservação da quantidade do produto contido no recipiente, bem como a permitir a constatação de qualquer irregularidade pela violação do referido selo³². (grifo meu)

Em seguida, invoca-se conferência de Gilmar Mendes, que defende o uso da proporcionalidade:

“Não basta, todavia, verificar **se as restrições estabelecidas** foram baixadas com observância dos requisitos formais previstos na Constituição.

Cumprindo indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o **princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade)**³³. (Grifo do Ministro).

Ao final, para concluir a tese da falta de proporcionalidade da lei do Estado do Paraná, é transcrita a argumentação da autora da petição inicial, que encerra com a afirmação:

“A lei paranaense é **desarrazoada**, seja por sua **impraticabilidade**, como demonstrou o parecer do INMETRO,

³² ADIn MC 855, 01.07.93, p. 81.

³³ ADIn MC 855, 01.07.93, p. 83.

seja porque acabaria **onerando** fortemente **os custos da distribuição** do produto com fatal repercussão nos bolsos do próprio consumidor, que, paradoxalmente, deveria ser o alvo da demagógica proteção do legislador local³⁴. (grifo meu)

Assim termina a exposição das justificativas que levaram, no relatório, à conclusão de que a lei seria desproporcional. Primeiramente, conforme estabelecido na metodologia, será avaliado se o Ministro fundamentou a aplicação da proporcionalidade, em seguida se foram estabelecidas referências a respeito do método que se pretende aplicar e, por último, se o desenvolvimento de seu raciocínio segue suas premissas.

No caso, não foi propriamente o Ministro quem elaborou essa argumentação, contudo, como ele afirmou pautar-se no defendido pela requerente para deferir a cautelar, será avaliada a lógica do exposto no relatório, e, a partir disso, ele poderá ser criticado, já que também deve ser criterioso ao avaliar os argumentos apresentados pela requerente principalmente quando se fundamenta exclusivamente neles.

Quanto à fundamentação e ao estabelecimento de premissas, ambas podem ser encontradas a partir da citação do trabalho de Gilmar Mendes. A primeira quando se menciona que a proporcionalidade deve ser verificada no caso de restrições a direitos e a segunda no momento em que são citados os três exames que devem ensejar a sua aplicação, adequação, necessidade e razoabilidade.

Com relação ao desenvolvimento das premissas, deve-se notar que apesar de o referencial estabelecido pautar-se na **proporcionalidade** e seus subprincípios, a requerente fala em ofensa à **razoabilidade** com base na inviabilidade e impraticabilidade da medida. Isto porque com base no parecer do

³⁴ ADIn MC 855, 01.07.93, p. 86.

INMETRO, as mensurações provavelmente seriam prejudicadas, já que as balanças desregular-se-iam facilmente e haveria alguns incômodos ao consumidor. Além disso, é conferida grande relevância à onerosidade da medida, o que implicaria em aumento dos custos do serviço.

Nota-se que não foi feita qualquer referência expressa a um dos subprincípios. Contudo, pode ser que seu exame esteja implícito, principalmente se for considerada a proximidade do conceito de adequação e razoabilidade, já que ambos destinam-se a avaliar a relação de compatibilidade entre meio e fim da medida.

Assim, com relação aos primeiros dados, ou seja, a impraticabilidade e inviabilidade, será procedido o seu enquadramento na estrutura da proporcionalidade, para que seja conferido se implicitamente não foi aplicada a proporcionalidade, a partir dos exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme lecionou Gilmar Mendes.

Pode-se questionar se ao ser feita a afirmação de que a medida seria inviável e impraticável, não se estaria querendo dizer que ela não seria adequada. Isto no sentido de que como as mensurações correriam o risco de serem mal feitas, conforme denunciou o parecer do INMETRO, o objetivo de proteção ao consumidor não conseguiria ser satisfeito, por incapacidade dos meios. Ou seja, este argumento foi apresentado pela requerente a partir de uma concepção de que os meios propostos não seriam capazes de atingir o fim a que se propuseram.

A questão da onerosidade da medida ao consumidor, no entanto, é controversa, pelo seguinte motivo: não é porque determinada medida é cara que ela poderá ser considerada inadequada, já que isto, de fato, não impede que ela atinja o fim a que se pretende. Assim, poder-se-ia especular a utilização de um raciocínio econômico travestido de proporcionalidade.

Outra possível interpretação é a de que o Ministro estaria concordando com a hipótese de que a medida seria incoerente, porque visaria proteger ao consumidor, mas, o deixaria vulnerável a um possível repasse de preços, que terminaria por o afetar³⁵.

Prosseguindo a análise, percebe-se que não foi estabelecido no voto³⁶, e de fato não há um consenso na doutrina, se adequada é a medida que tem a possibilidade de atingir ou apenas fomentar³⁷ determinado objetivo.

É importante que isso seja estabelecido expressamente, porque um entendimento diferente pode levar a uma decisão contrária. Para que isso possa ser percebido é interessante comparar a análise do mesmo acórdão feita por Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo *O Proporcional e o Razoável*, em que o autor adota a teoria de Robert Alexy, com a interpretação de que adequada é a medida apta apenas a fomentar a finalidade visada.

“No exame da adequação deve-se indagar simplesmente se a medida empregada **promoveria** a defesa do consumidor. Com base em parecer do INMETRO, afirmou-se que não. Em primeiro lugar, porque o tipo de balança necessária para a pesagem seria extremamente sensível, desgastando-se facilmente, o que poderia acarretar desregulagem. Em segundo lugar, porque a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o botijão em local distante do veículo, como é feito

³⁵ Poder-se-ia especular se os argumentos da autora e do INMETRO não foram aceitos passivamente pelo Ministro, que não fez questionamentos em defesa da lei, como por exemplo: qual é o custo do selo do INMETRO, e se esse é realmente um mecanismo eficaz de defesa do consumidor.

³⁶ Na introdução foi estabelecida a concepção de Gilmar Mendes e percebe-se que ele fala em atingir e não apenas em fomentar determinado objetivo. Contudo, no voto isso não foi estabelecido, sendo que essa é uma das mais importantes considerações a se fazer a respeito do exame da adequação ou razoabilidade, porque cada uma dessas hipóteses leva a conclusões completamente diferentes a respeito da adequação ou razoabilidade de uma medida, conforme se verá ao longo do trabalho.

³⁷ Recorrendo-se à doutrina de Alexy, tem-se que adequação é uma sub-regra da regra da proporcionalidade que permite avaliar se uma medida estatal é capaz de fomentar, o que não significa alcançar, mas apenas promover a realização de um objetivo, mesmo que ele não seja completamente atingido. Afonso da Silva, Virgílio. “*O proporcional e o razoável*”, Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 36.

freqüentemente. Nenhum dos argumentos é, contudo, suficiente para decretar a inadequação da pesagem para a proteção do consumidor. Se a balança desregula-se facilmente, basta que haja controle por parte do poder público. E o fato de o consumidor ter que andar até o veículo para acompanhar a pesagem pode até ser considerado incômodo, mas não altera em nada a efetividade da medida. A medida pode, portanto, ser considerada adequada para **promover a defesa do consumidor, porque fomenta a realização dos fins visados**".³⁸ (grifo meu)

Deve-se deixar claro que esta análise não tem o objetivo de estabelecer qual seria a melhor decisão ou corrente a ser seguida, mas apenas salientar que uma terminologia mal definida pode permitir que decisões completamente diferentes sejam tomadas a partir do mesmo instrumento, o exame da adequação ou razoabilidade. Os Ministros devem deixar claro o que significa adequação, porque, caso contrário, pode-se dar qualquer argumento que relacione o fim da medida a seu meio de aplicação e afirmar que a medida não é razoável.

Como na análise de Virgílio Afonso da Silva, a lei seria adequada a fomentar os fins almejados, ele prossegue ao exame da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, e termina por considerar a medida proporcional, diferentemente do que foi decidido pelos Ministros³⁹.

³⁸ Afonso da Silva, Virgílio. *cit.(nota 6)*, p. 38.

³⁹ No exame da necessidade, como medida alternativa foi sugerido pela requerente o controle do peso dos botijões por amostragem, conforme já era feito pelo Poder Público. No entanto, afirma o autor, que as medidas não se excluem, e, além disso, não se quer apenas evitar o locupletamento indevido por parte das empresas, mas, também, proteger o consumidor individualmente, para que ele não pague a mais do que recebeu. Assim, Virgílio Afonso da Silva conclui que a pesagem por amostragem é mais eficiente para promover a finalidade de defesa ao consumidor.

Ao final, demonstra a aprovação da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Concluiu, então, após toda a análise das sub-regras que a proteção ao consumidor parece ter um peso muito maior do que uma restrição mínima à liberdade de iniciativa. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu de forma diversa. Afonso da Silva, Virgílio. *Op. cit.(nota6)*, p. 39-40.

Após a exposição dos argumentos que levaram o Supremo Tribunal Federal a deferir a liminar, e, em seguida, compará-la à análise do mesmo acórdão feita por Virgílio Afonso da Silva, que também utilizou a regra da proporcionalidade, nota-se a importância da demonstração das premissas que conduziram o raciocínio através deste método interpretativo⁴⁰.

Em resumo, pode-se dizer que o Ministro Sepúlveda Pertence não foi criterioso ao avaliar os argumentos da requerente de acordo com os parâmetros estabelecidos. Já que, apesar da fundamentação e do estabelecimento das premissas, não ficou claro se o desenvolvimento do raciocínio baseou-se nelas. Especulou-se que sim, mas nos casos de aplicação da proporcionalidade, o ideal seria que não houvesse a necessidade de especulações, porque este é um método que já envolve subjetividade e falta de consenso o suficiente.

Considerando-se que os argumentos da autora são parciais, afinal ela quer que seja declarada a inconstitucionalidade da medida, é questionável se a citação do Gilmar Mendes explicando a aplicação da proporcionalidade não seria apenas retórica, principalmente porque há a dúvida a respeito de seu desenvolvimento. Apenas a afirmação de que uma medida é onerosa e impraticável e por isso desproporcional parece pouco para que o Ministro a acate sem maiores considerações. São importantes questões como: o selo do INMETRO não sairá mais caro que a regulação das balanças? O relatório do INMETRO também não envolveria um certo grau de parcialidade na tentativa de permanecer com o controle dos botijões? Ele será tão eficaz quanto a pesagem? No entanto, elas passaram despercebidas após uma consideração aparentemente retórica da proporcionalidade feita pela requerente.

⁴⁰ Tal informação, por mais que seja muitas vezes desprezada é importante para a avaliação da lógica da decisão do Ministro e estruturação de uma jurisprudência coerente, porque enquanto as premissas a respeito do que significa a aplicação desse método não forem expressamente estabelecidas não há como se exigir e falar em uma jurisprudência coerente.

Dessa forma, pode-se dizer que o principal problema deste voto não foi a não estruturação da proporcionalidade em seus três subprincípios, mas sim a falta de rigor na avaliação do que foi apresentado pela requerente, principalmente quando se percebe um ar de retórica através da citação de um trabalho de Gilmar Mandes, que não é desenvolvido. Considerando-se a presunção de constitucionalidade e o Princípio de Separação de Poderes agrava-se a questão, porque é complicado que sejam simplesmente acatados, sem a demonstração de uma reflexão aprofundada e tentativa de defesa da lei, argumentos parciais blindados por uma aplicação duvidosa da proporcionalidade.

4.2. ADIn MC 2290.

A ADIn MC 2290, foi proposta pelo PSL para argüir a inconstitucionalidade do art. 6º e seus incisos da Medida Provisória nº 2045-2⁴¹, de julho de 2000.

4.2.1 Voto do Ministro Moreira Alves

Em seu voto, o que o Ministro Moreira Alves chama de ofensa ao devido processo legal material é o argumento principal para o deferimento da cautelar.

“Ora, sem necessidade de entrar no exame de todos os diversos dispositivos tidos, pela inicial, como violados⁴², um me basta para conferir plausibilidade jurídica suficiente à concessão da liminar requerida: a da ofensa ao **devido processo legal material (art. 5º, LIV, da Carta Magna)**.”

⁴¹Art. 6º. Fica suspenso, até 31 de dezembro de 2000, o registro de arma de fogo a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.437 de 20 de fevereiro de 1997, salvo para:

I- as Forças Armadas;

II- os órgãos de segurança pública federais e estaduais, as guardas municipais e o órgão de inteligência federal;

III- as empresas de segurança privada regularmente constituídas, nos termos da legislação específica.

⁴² O requerente sustenta que tais dispositivos são inconstitucionais porque violam o art.62, 5º, XIII, XXII, XXXVI, LIV, 144 e 170, “caput” e parágrafo único, da Constituição Federal.

Com efeito, afigura-se-me **desarrazoada** norma que, sem proibir a comercialização de armas de fogo, que continua, portanto, lícita, praticamente a inviabiliza de modo indireto e provisório, o que não é sequer **adequado a produzir o resultado almejado** (as permanentes seguranças individual e coletiva e proteção do direito à vida), nem atende à **proporcionalidade em sentido estrito**⁴³. (grifo meu).

Deste trecho retira-se que o Ministro Moreira Alves estabeleceu como fundamento para a utilização da razoabilidade a ofensa ao devido processo legal, determinado no art.5º, LIV, da Constituição Federal. Com relação às referências, ele aponta a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, pode-se dizer que os dois primeiros requisitos são apresentados no voto.

A seguir, desenvolve que não há razoabilidade na medida por considerá-la incoerente ao afirmar que sem proibir o comércio de arma de fogo praticamente o inviabilizou, o que não é adequado a atingir⁴⁴ o fim de alcançar as permanentes seguranças individual e coletiva, nem proteger o direito à vida, além de não ser proporcional em sentido estrito.

Primeiramente, quanto ao exame da adequação, é interessante observar a manipulação dos fins da medida no momento de considerá-la inadequada. O Ministro ao invés de questioná-la a partir dos objetivos determinados por quem a editou, o faz a partir de suas concepções.

Na exposição de motivos da Medida Provisória há o seguinte:

⁴³ ADIn MC 2290, 18.10.00, p.96

⁴⁴ Com relação ao exame da adequação, percebe-se que foi considerada a necessidade de se atingir determinado fim, e não apenas fomentá-lo. Há controvérsias quanto a isso: "Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também um meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo, não seja completamente realizado". Afonso da Silva, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. P. 36.

O mais interessante seria que tivesse sido utilizada essa concepção porque é impossível conseguir a segurança e a proteção do direito à vida de forma absoluta. No entanto, a possibilidade de fomento já passa a ser questionável.

“O projeto suspende, também, o registro de armas de fogo até 31 de dezembro de 2000. Com isso, **impede, temporariamente, sua posse**, uma vez que **a efetivação da compra só ocorre após expedição do registro**. A suspensão **impedirá que a violência se alastre, enquanto o Congresso Nacional conclui as discussões a respeito da proibição da venda de arma de fogo** em todo território nacional. Desta forma, o Poder Executivo não está interferindo na tramitação de proposta de lei sobre o assunto, que se encontra em fase avançada, mas contribuindo para o desiderato, comum, de **desarmar a sociedade brasileira**”⁴⁵. (grifo meu).

Assim, nota-se que o Presidente reconhece que ao proibir o registro de armas de fogo, estará conseqüentemente inviabilizando o seu comércio, bem como, expõe sua intenção em desarmar a sociedade brasileira para impedir que a violência se alastre enquanto o Congresso Nacional avalia a questão definitivamente.

Por mais que esse motivo possa ser questionado, percebe-se que a medida não tem a pretensão de alcançar as permanentes seguranças individual e coletiva, já que se reconheceu que ela terá um efeito temporário e visa somente a impedir o alastramento da violência, e não, acabar com ela permanentemente, como disse o Ministro.

A falta de fidelidade ao fim que o Presidente determinou à medida pode interferir no exame da adequação, que para ser feito exige a consideração sobre o fim perseguido pelo legislador, no caso, pelo chefe do Executivo.

⁴⁵ ADIn MC 2290, 18.10.00, p. 95.

Passado o exame da adequação, nota-se que o Ministro não prosseguiu ao exame da necessidade, e já passou ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, afirmando que esse subcritério não foi respeitado.

Ao se analisar, no voto, apenas o parágrafo citado e os subseqüentes, seria possível a conclusão de que ele não explicou porque a medida é desproporcional em sentido estrito, contudo, em parágrafo anterior ao transcrito, Moreira Alves afirma:

“Com isso, em verdade, restringe, de maneira tão drástica que praticamente a inviabiliza, a comercialização de armas de fogo, especialmente no tocante ao comércio varejista, apesar de continuar ela lícita nesse período de suspensão do registro”⁴⁶.

Dessa maneira, apesar de o Ministro não ter explicado o que significa o exame da proporcionalidade em sentido estrito e nem ter feito uma relação expressa entre este parágrafo e o citado anteriormente, percebe-se que ele desenvolveu inicialmente o raciocínio de que o ato estatal restringiria fortemente a livre iniciativa e uma atividade econômica, de forma a praticamente inviabilizá-la.

O que se percebe ao final é que o Ministro Moreira Alves estabeleceu como fundamento à utilização da razoabilidade, o devido processo legal material, determinado pelo art.5º, LIV, e também, que estruturou a proporcionalidade a partir de suas premissas. Podem ser identificados, no entanto, problemas em sua análise criados a partir da consideração da necessidade de alcance, e não apenas fomento, da finalidade; e também, porque esta foi utilizada de forma diversa da estipulada pelo Presidente. É difícil imaginar uma medida que **atinja**, e não apenas **fomente**, as **permanentes** seguranças individual e coletiva, ao invés

⁴⁶ ADIn MC 2290, 18.10.00, p.96

apenas de uma redução da violência. Por isso, pode-se questionar se esse exame já não teria começado viciado, pela impossibilidade de uma resposta afirmativa.

4.3. ADIn MC 2317

A ADIn MC 2317, julgada em 19 de dezembro de 2000, foi ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e proposta contra a Resolução nº 2267⁴⁷, de 29 de março de 1996, do Conselho Monetário Nacional, que dispunha que a substituição dos auditores independentes os quais atuassem em instituições financeiras, fundos de investimentos, administradores de consórcio e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ocorreria a cada quatro exercícios sociais, não podendo haver recontração antes de decorridos três exercícios da substituição⁴⁸.

4.3.1. Voto do Ministro Ilmar Galvão

Os dispositivos impugnados, na visão do Ministro Ilmar Galvão, são normas que disciplinam uma das formas de controle do Banco Central, dentro de suas competências legais, sobre as instituições do sistema financeiro, qual seja, a auditoria independente. Assim, essas regras estariam dirigidas às instituições reguladas pelo Banco Central, não regulando, portanto, o exercício de qualquer

⁴⁷ "Art. 1º. As instituições financeiras, as demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, os fundos de investimento constituídos nas modalidades regulamentadas pelo referido órgão e as administradoras de consórcio devem ter suas demonstrações financeiras, inclusive as notas explicativas exigidas pelas normas legais e regulamentares vigentes, auditadas por auditores independentes registrados na Comissão de valores Mobiliários. (...).

Art. 3º. As instituições e entidades referidas no art. 1º, bem como as administradoras de fundos de investimentos ali mencionados e de consórcio, devem proceder à substituição do auditor independente contratado, no máximo, após decorridos 4 (quatro) exercícios sociais completos desde sua contratação, vigorando essa exigência a partir do exercício social que se iniciar em 01.01.97.

Art. 4º. A recontração de auditor independente somente pode ser efetuada após decorridos 3 (três) exercícios sociais completos desde sua substituição."

⁴⁸ Os principais argumentos da requerente são, primeiro, ofensa ao princípio da legalidade, segundo, violação aos arts. 1º, IV; 5º, XIII; e 170, IV e parágrafo único, da Constituição Federal, por último, que a Resolução ao disciplinar o exercício da atividade de contabilista implica em limitação não compatível com o princípio da proporcionalidade. Decidiu-se por unanimidade dos votos o indeferimento da cautelar. Foram publicados os votos do Ministro Relator Ilmar Galvão, e dos Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, mas apenas o primeiro será analisado.

profissão, ou o desenvolvimento de atividade econômica, como alegado pela requerente.

Isto porque, em nenhum momento o dispositivo questionado estabelece requisitos para que os profissionais desenvolvam a função de auditor independente ou impede que exerçam tal função, mas apenas coloca regras quanto à contratação de auditorias e seus procedimentos. Dito isto, conclui seu voto da seguinte maneira:

“Afastada a alegação de limitação de exercício profissional e de atividade econômica, cabe destacar que a medida expressa na resolução atacada visa à manutenção, exatamente, da necessária independência dos auditores independentes, cuja permanência por longos períodos junto à mesma instituição poderia comprometer a eficácia do controle exercido pelo Banco Central. Desse modo, não há, igualmente, plausibilidade na alegação de contrariedade ao princípio da proporcionalidade”⁴⁹. (grifo meu)

Neste voto, não foi estabelecida fundamentação ou premissa a respeito do que seja a proporcionalidade para o Ministro, o que pode trazer certas complicações para esta análise. Caso ele tivesse considerado que a aplicação da proporcionalidade justifica-se pela própria estrutura dos direitos fundamentais, e que ela deverá ser aplicada nos casos em que houver um conflito entre princípios, o fato de ele ter refutado a ofensa à liberdade profissional já excluiria a possibilidade de ser aplicada a regra da proporcionalidade.

No entanto, caso ele considere a proporcionalidade como um mero juízo de razoabilidade em que se avalia a relação entre os meios e os fins da medida, de forma a questionar sua compatibilidade, pode-se dizer que seu raciocínio foi o

⁴⁹ ADIn MC 2317, 19.12.00, p. 348.

seguinte: Colocando-se de lado a questão da ofensa à liberdade profissional e econômica, porque já foi demonstrado que ela não se aplica, a medida visa garantir a independência dos auditores fiscais, e a promove no momento em que a permanência por mais de quatro anos na instituição poderia comprometer a eficácia do controle feito pelo Banco Central.

Considerando-se os requisitos estabelecidos na metodologia para a identificação de uma argumentação criteriosa, pode-se dizer que faltou a fundamentação e a demonstração de suas premissas⁵⁰. Apesar da ausência desses parâmetros, pode-se dizer que o Ministro pautou a aplicação da proporcionalidade na demonstração de uma relação entre a necessidade em se promover a independência dos auditores e a possibilidade de o fazê-lo através dos exercícios de quatro anos, sem que com isso sejam feridas as liberdades econômica e profissional dos auditores. Assim, a crítica aqui se volta a aspectos que teriam repercussão muito mais na comparação com outros votos e na formação de uma jurisprudência coerente do que nesta decisão isoladamente⁵¹. Isto porque, conforme foi visto, a falta de fundamentação e estabelecimento de premissas não torna claro o que significa a aplicação da proporcionalidade facilitando uma aplicação retórica e diferenciada em cada caso, desrespeitando, portanto, o postulado da isonomia.

4.4. ADC MC 9.

A ADC MC 9, julgada em junho de 2001, foi proposta pelo ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso, para sustar a prolação de qualquer decisão que impedisse ou afastasse, bem como suspendesse a decisão que já tivesse afastado a eficácia dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18 da Medida Provisória nº 2152-2⁵²,

⁵⁰ A ausência desses dois requisitos fez surgir a dúvida quanto a possibilidade de aplicação da proporcionalidade neste caso.

⁵¹ Isso será mais bem discutido no momento da comparação entre os votos.

⁵² Os referidos dispositivos foram determinados em um momento em que o Estado enfrentava uma crise de abastecimento de energia elétrica. Como forma de controle da situação foi criada e instalada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica com o objetivo de propor e implementar

de primeiro de junho de 2001. Este dispositivo, de forma resumida, determinava metas de consumo de energia para as residências, estabelecimentos comerciais, industriais e consumidores rurais, além da fixação do pagamento de tarifas especiais por aqueles que ultrapassassem as metas. Caso os consumidores reincidissem no desrespeito à meta, estariam sujeitos à suspensão do fornecimento.

4.4.1. Voto do Ministro Néri da Silveira.

O primeiro voto, do Ministro relator Néri da Silveira, deu-se contra o deferimento da cautelar. Como último argumento⁵³ apresenta a ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

“De fato, tem-se admitido que, em **se cogitando de restrições a direitos**, caiba verificar não apenas a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente estabelecida, mas também de sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade. Escreveu, nesse sentido, **Gilmar Ferreira Mendes**: “Essa nova orientação que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe **não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador**, mas também a **adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos** (Geeinheit) e a **necessidade de sua utilização** (Nortwendigkeit odes Enforderlichkeit). Um juízo definitivo

medidas de natureza emergencial, para a finalidade de compatibilizar a oferta e a demanda de energia elétrica, objetivando evitar o colapso do sistema de abastecimento.

⁵³ No julgamento de mérito, o argumento acerca da desproporcionalidade da medida não era o único. Ele fez referência à impossibilidade de se caracterizar os aumentos de 50 e 200% nas contas de energia das pessoas que descumprissem as metas, como tarifa especial, bem como afirmou que haveria desrespeito ao direito dos consumidores à prestação de um serviço essencial e a desconfiguração de uma das características básicas dos serviços públicos que seria a continuidade à prestação.

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 abstratas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos**. O requisito da **necessidade ou da exigibilidade** 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". (Repertório IOB de Jurisprudência nº 23/94 – pág. 475). (...).

Ora na hipótese parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite do consumo de energia elétrica estabelecido. A ordem constitucional, à vista do art. 5º, LIV e LV, do Diploma maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração para com o particular, (...) do exposto, indefiro a medida cautelar"⁵⁴. (grifo meu).

Após a leitura deste trecho de seu voto pode-se dizer que ele fundamentou a aplicação dos instrumentos aqui estudados, como uma decorrência da restrição a direitos e no art.5º, LIV e LV. Como referência, citou a doutrina de Gilmar Mendes, explicando a estrutura de aplicação da proporcionalidade, dividida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

⁵⁴ ADC MC 9, 28.06.01, p.92-93.

O Ministro Néri da Silveira, no entanto, não se tornará mais criterioso que os outros porque apresentou os fundamentos e estruturou a proporcionalidade abstratamente. Já que, no momento em que foi revelar o seu juízo a respeito da medida agiu de maneira bem sucinta, sem se referir às subcategorias necessárias à aplicação deste critério, e principalmente por não ter feito uma consideração mais profunda do que simplesmente afirmar que a tarifa é demasiadamente alta.

Dessa maneira, pode-se dizer que o Ministro Néri da Silveira não foi criterioso em sua aplicação da proporcionalidade porque por mais que tenha demonstrado, através da citação do trabalho de Gilmar Mendes, como seria para ele a correta utilização desse critério argumentativo, não o utiliza no caso concreto⁵⁵. Apenas afirma que a ordem constitucional, a vista do art. 5º, LIV não admite a cobrança de uma tarifa com caráter de pena pecuniária, sem explicar o significado deste artigo constitucional e o motivo pelo qual ele caracteriza a medida como inconstitucional. O que permite indagar se a introdução pautada em Gilmar Mendes e a invocação do art.5º, LIV, não teriam muito mais um caráter de argumento de autoridade, demonstrando que esse método interpretativo é aceito por parte da doutrina, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e pela Constituição, do que um viés elucidativo que pretendesse embasar o argumento de maneira a permitir que se entendessem quais as premissas defendidas e como elas serão aplicadas no caso.

4.4.2 Voto do Ministro Maurício Corrêa.

O próximo voto que se enquadra no objeto deste trabalho é o do Ministro Maurício Corrêa. Seu principal argumento é que a constitucionalidade da medida adviria de um patente cumprimento, por parte da sociedade, da medida imposta, que se justificaria pela urgência em se evitar o colapso do sistema.

⁵⁵ Exemplo de aplicação da regra da proporcionalidade, no caso da ADC 9, de forma estruturada é a demonstrada por Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo *O Proporcional e o Razoável*.

“Como acima dito, não vislumbro nenhuma aparente inconstitucionalidade nas metas propostas. Elas se explicam, não só pela atitude antes administrativamente tomada por este Tribunal, mas agora virtualmente na deste contencioso, ambas, entretanto, segundo meu entendimento, **se ajustando na perspectiva da correta aplicação da proporcionalidade, que na hipótese está em consonância com os fins a que estas medidas se destinam.**

(...).

Agora pergunto: essa **resposta dos consumidores brasileiros não é uma demonstração do cumprimento do princípio da proporcionalidade?** Parece-me que sim. Por isso, abstraindo-me de qualquer exame no que diz respeito às demais questões relativas à constitucionalidade ou não do diploma, peço vênua ao eminente Relator para acompanhar a divergência já manifestada pela eminente ministra Ellen Gracie”⁵⁶.

Neste voto, não ocorreu a fundamentação, mas apenas a exposição da premissa de que proporcional é a medida que apresenta consonância dos meios com os fins. Seu desenvolvimento pode ser percebido através do argumento de que o cumprimento da medida pela sociedade já demonstraria essa compatibilidade entre meios e fins.

É intrigante, no entanto, o raciocínio de que porque a medida revela um certo nível de aceitação popular ela será proporcional. A constatação de que a sociedade está cumprindo as metas não significa, por exemplo, que não existam outras medidas tão eficazes quanto e menos restritivas. Além disso, podem estar sendo gravemente feridos direitos fundamentais dos cidadãos, que por causa do caráter impositivo e da força das sanções estão cumprindo a política de racionamento.

⁵⁶ ADC MC 9, 28.06.01, p. 110-111.

Isso não deslegitima a compatibilidade entre meios e fins, porque de fato, a medida compeliu a sociedade ao racionamento, contudo, verifica-se a insuficiência dessa simples argumentação, no momento em que podem estar sendo feridos direitos dos cidadãos⁵⁷. Dessa forma, é insuficiente, apenas afirmar que porque a população aparentemente cumpre uma medida imposta pelo Estado ela será proporcional⁵⁸.

4.4.4. Voto do Ministro Moreira Alves.

Por último o voto do Ministro Moreira Alves em que primeiramente são feitos esclarecimentos a respeito do que seria tarifa especial e preço público de natureza política, para no meio de sua argumentação, como *obter dictum*, ser afirmado:

“Estamos aqui diante de uma emergência, e é preciso examinar a proporcionalidade em face dela. Aqui me parece que a **proporcionalidade é manifesta, tendo em vista as circunstâncias de que a finalidade a ser alcançada não é um meio desproporcional**”⁵⁹. (grifo meu).

Por mais que este argumento não faça parte da *ratio decidendi* do Ministro, não significa que ele não deva ter um rigor argumentativo ao dizer que um ato estatal é proporcional.

⁵⁷ Em uma ditadura também há o cumprimento da lei, mas os direitos fundamentais muitas vezes são desrespeitados pela própria lei. O que demonstra a insuficiência de um apelo ao cumprimento da medida pela sociedade.

⁵⁸ Em intromissão ao voto em questão, o Ministro Néri da Silveira afirma: “Uma coisa é o esforço da sociedade; outra coisa é a interpretação da corte acerca da Medida Provisória, em face da Constituição. Examinei o problema em face dos princípios da Constituição”. ADC MC 9, 28.06.01, p. 111. O que caracteriza a mesma preocupação ora exposta com relação à limitação de um argumento pautado apenas na aceitação popular, quando na realidade, a função dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é cotejar os atos estatais em face dos princípios da Constituição.

⁵⁹ ADC MC 9, 28.06.01, p. 128.

Nota-se que não foi estabelecido um fundamento para a aplicação da proporcionalidade e que a consideração de que a “finalidade a ser alcançada não é um meio desproporcional” está muito confusa, dificultando a identificação de seu raciocínio. Especula-se que ele tenha estabelecido como premissa para a verificação da proporcionalidade algo semelhante à necessidade de compatibilidade entre meios e fins.

Esta confusa premissa, no entanto, não foi desenvolvida, deixando o argumento incompleto e impossibilitando que se identifique porque exatamente o ato estatal foi considerado desproporcional, o que permite dizer que este voto não foi criterioso, passando a impressão de que este argumento foi simplesmente colocado no meio de sua exposição, sem uma explicação prévia ou posterior do que essa afirmação significaria.

4.5. ADIn MC 2435.

A ADIn MC 2435, julgada em outubro de 2003, foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio, contra o Governador e a Assembléia do Estado do Rio de Janeiro, e questionava a constitucionalidade da lei nº 3.542 de 2001⁶⁰, a qual obrigava as farmácias e drogarias a concederem descontos aos maiores de 60 anos na compra de medicamentos, e, caso essa disposição não fosse cumprida elas seriam multadas⁶¹.

4.5.1. Voto do Ministro Marco Aurélio.

⁶⁰ Art. 1º. Ficam as farmácias e drogarias localizadas no Estado do Rio de Janeiro obrigadas a conceder desconto na aquisição de medicamentos para consumidores com mais de 60 (sessenta) anos, na seguinte proporção:

- a) Consumidores de 60 a 65 – 15% de desconto;
- b) Consumidores de 65 a 70 anos – 20% de desconto;
- c) Consumidores maiores de 70 anos – 30% de desconto;

Art. 2º - O desconto será concedido mediante a apresentação de Carteira de Identidade e da receita médica por parte do consumidor.

Art. 3º - O não cumprimento das disposições desta Lei ensejará a aplicação de multa em valor equivalente a 5.000 UFIR' s por infração, a ser aplicada pela Secretaria de Estado de Saúde. (...)"

⁶¹ No relatório expõe-se a alegação da autora para argüir a inconstitucionalidade da lei, baseada na ofensa aos arts. 1º, IV; 3º, IV; 5º, caput e incisos XIII e XXII; 150, IV; 170, caput e incisos II e IV, e 174, todos da Constituição Federal.

O Ministro Marco Aurélio terá a proporcionalidade como seu principal argumento para declarar a lei inconstitucional e a aplicará da seguinte maneira:

“Vou pedir vênua à Ministra Ellen Gracie para adotar uma posição antipática àqueles que contam com mais de sessenta anos de idade. (...) Por estar convencido da **falta de proporcionalidade** e – perdoem-me, já que se trata de um **instituto jurídico – de razoabilidade da norma**. (...).

Há um outro aspecto – por isso aludi a **proporcionalidade**: é que, na hipótese de aquisição dos remédios, considerando o preço, por aqueles que, estando aquém das faixas etárias referidas, não têm condição de comprar, só o fazendo com o sacrifício da própria alimentação. **Na lei não se cogita**, sequer – aí, eu diria que o legislador acabou cumprimentando com chapéu alheio -, de **uma compensação**, tendo em vista a postura do próprio Estado, na condição de credor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Simplesmente, na lei **impõem-se descontos, sem se atentar para a situação financeira do adquirente do remédio**, bastando o fator objetivo “idade”, e, ainda, prevê-se, em caso de desobediência, multa pesada no importe de 5.000 UFIR’s”.⁶² (grifo meu).

O Ministro Marco Aurélio aplicou a proporcionalidade tendo por fundamento o que ele chama de instituto jurídico da razoabilidade da norma, contudo, não foi explicado o que significa tal instituto e nem houve o estabelecimento de premissas a respeito de como deve ser aplicada a proporcionalidade. Assim, com relação aos primeiros critérios, pode-se dizer que o Ministro faltou.

⁶² ADIn MC 2435, 13.03.02. p. 227.

A partir disso, segue-se à análise do conteúdo de seu argumento para que se possa descobrir porque o Ministro considerou a medida desproporcional e se isso faz sentido tendo por parâmetro o que a doutrina⁶³ define por razoabilidade.

A razoabilidade⁶⁴ será entendida neste trabalho, para fins de análise⁶⁵, como a necessidade de verificação da compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados pelo ato estatal, bem como da legitimidade desses fins.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio primeiramente justifica a desproporcionalidade da lei com base na percepção de que ela não abarcaria aos demais necessitados inclusos em outras faixas etárias, que igualmente não teriam condições de comprar os remédios. Além de incluir os idosos ricos, que não precisariam da medida.

⁶³ O ideal seria adotar como parâmetro outros votos do Ministro Marco Aurélio, contudo, não foram encontrados mais votos em que ele adote como pressuposto o instituto jurídico da razoabilidade da norma para justificar a aplicação da proporcionalidade. Foi encontrado apenas o HC 82424, em que adota uma postura totalmente distinta da do acórdão em questão, pois justifica a aplicação da proporcionalidade com base na estrutura própria dos direitos fundamentais e a desenvolve com base na teoria de Robert Alexy.

Preferiu-se não utilizar este voto como parâmetro para tentar desvendar como o Ministro aplicou a proporcionalidade nesta ADIn, porque não seria fiel partir-se de premissas declaradamente diferentes. No entanto, este HC será utilizado posteriormente para criticar a incoerência do Ministro em partir de postulados diferentes caso a caso.

⁶⁴ Conforme já foi dito na introdução, é possível encontrar-se na doutrina uma série de significados para razoabilidade. Entre eles, podem-se citar como exemplo a concepção de Luís Roberto Barroso, que se traduz na exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins". Além deste conceito, há o de Humberto Ávila, que se difere completamente do ora exposto, para ele, aplica-se a razoabilidade com fundamento em uma situação pessoal do sujeito envolvido. Por último, a título de exemplo, pode-se citar Leonardo Martins, "Hipóteses sobre a realidade confirmadas que produzem a conexão entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas idealizado, ou seja, aquele no qual o propósito possa ser considerado realizado, caracterizam o meio como adequado e não somente a sua "razoabilidade", ou sua avaliação como "não irracional", "não absurdo". Barroso, Luís Roberto. *Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, apud Virgílio Afonso da Silva, *O Proporcional e o Razoável*, Revista dos Tribunais 798, p. 32. E Ávila, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, vol I, nº 4, p. 29-30. Por último, Martins, Leonardo. *Proporcionalidade Como Critério do Controle de Constitucionalidade: Problemas de sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros*. Cadernos de Direito, Piracicaba, 3(5), p.34-35.

⁶⁵ Escolheu-se a explicação de Roberto Barroso, relativa à compatibilidade entre meios e fins e aferição da legitimidade dos fins, porque ela é mais fácil de ser estruturada e verificada no caso, ao contrário da de Leonardo Martins que vê o termo de forma mais vaga, relacionando-o a irracionalidade da medida. Por último, mais difícil ainda, usar a concepção de Humberto Ávila, porque se está avaliando uma medida em abstrato.

Quanto ao argumento de que a lei não alcançaria todos os necessitados, podem ser feitas duas críticas, uma é a de que não foi elaborada uma análise a respeito da relação entre o meio e o fim da medida, mas sim, um exame que se aproxima muito mais de um questionamento a respeito da igualdade e isonomia da mesma, conforme foi explorado pela requerente⁶⁶.

Segundo, que esse argumento não seria válido para ensejar um exame acerca da razoabilidade do ato estatal, porque o Ministro não considerou de maneira apropriada o fim da medida, que seria o de promover uma política de desconto em medicamentos para um grupo determinado, o dos idosos maiores de sessenta anos⁶⁷.

O Ministro, ao dizer que a lei não alcançaria todos os necessitados, a critica a partir de uma finalidade distinta da alegada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, da idéia de uma política global de saúde.

O argumento de que a medida não determinou meios para alcançar toda a população necessitada não impede que a lei promova o fim que o legislador designou, ou seja, estabelecer uma política pública aos idosos maiores de 60 anos⁶⁸.

⁶⁶ “Entende também haver ofensa ao art.3º, IV da CF, pois a lei, ao eleger o elemento idade como critério de concessão dos descontos, contrariou esse preceito, segundo o qual um dos objetivos da República Federativa do Brasil é o de promover o bem de todos, sem preconceito de idade, entre outros. Alega que o critério da idade, simplesmente, não expressa o estado de necessidade e as capacidades contributivas do beneficiário, que poderia ser, no caso, tanto um idoso rico quanto um pobre, desvirtuando-se a finalidade do texto legal. Por fim, visualiza contrariedade ao princípio da isonomia (art.5º, caput da CF), tendo em vista conceder a lei ao idoso tratamento privilegiado em detrimento dos demais consumidores de medicamentos que se encontram na mesma situação financeira, sejam crianças, idosos, deficientes ou desempregados”.

⁶⁷ “A Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, nas suas informações, aduz que a lei impugnada faz parte da política adotada por tal Estado em defesa das pessoas de terceira idade, sendo decorrência do disposto nos arts. 1º, III, 3º, I e 230, todos da Constituição Federal”. ADIn MC 2435, 13.03.02. p. 218.

Ademais, entende que a intervenção do Estado, no caso, limitando o lucro, é legítima, justificando-se em razão da sua finalidade social e por ser em favor de uma parcela da população que necessita de especial proteção.

⁶⁸ Não que não existam outras camadas também necessitadas, mas o Estado entendeu por bem, tendo em vista de seus recursos escassos, voltar tal política aos idosos.

Quanto ao fato de a medida englobar idosos ricos, não é possível afirmar que ela deixará de fomentar a finalidade a que se propôs. Contudo, com relação a esse argumento, poder-se-ia até supor que o Ministro o utilizou para insinuar que essa política, baseada em um critério puro e simples de idade, não é legítima, porque atingirá de forma demasiada e injustificada os particulares. Uma coisa é auxiliar o Estado a promover uma política pública aos idosos carentes, e outra, completamente diferente, porque abusiva e desmotivada, é fazê-lo aos idosos pobres e ricos⁶⁹.

O mesmo raciocínio, no entanto, não é aplicável ao argumento de que a lei não engloba a todos, porque há a seguinte diferença: é difícil para o Estado, principalmente com o envolvimento do esforço do particular, promover uma política destes moldes a todas as pessoas de baixa renda, sendo-lhe permitido e legítimo determinar um público alvo de acordo com as suas peculiaridades⁷⁰.

O terceiro argumento é o de que o Poder Público não ofereceu nenhuma forma de remuneração aos empresários, consubstanciando uma grave ingerência do Estado na atividade econômica dos donos de farmácias.

Este argumento é válido considerando-se as peculiaridades do caso, contudo, ele não deveria ser utilizado para uma análise acerca da razoabilidade da medida, já que a lei não deixaria de promover sua política, porque fere, de certa forma, a livre iniciativa dos particulares. A partir do que, seria possível o entendimento de que não há incompatibilidade entre meios e fins. A não ser que se considere que o Ministro teve a intenção de insinuar que a não remuneração aos particulares irá fazer com que eles se valham dos mecanismos de mercado,

⁶⁹ O argumento a respeito do benefício aos idosos ricos também poderia ser utilizado em um segundo momento, caso o Ministro fizesse uso da regra da proporcionalidade com suas demais sub-regras para dizer que a medida não é necessária porque existiriam alternativas melhores, que não feririam tanto a autonomia dos particulares, como, por exemplo, a possibilidade de se estabelecerem critérios de aferição da renda dos idosos.

⁷⁰ Percebe-se como é difícil fazer uma análise do raciocínio que o Ministro estabeleceu para considerar a lei desproporcional, quando ele não expõe suas referências metodológicas, ou, quando são utilizados termos vagos, como instituto da razoabilidade. A situação torna-se mais complicada se for considerado que não há consenso nem na doutrina e nem na jurisprudência.

para se ressarcirem do prejuízo, o que se traduziria de maneira danosa a todos os consumidores que seriam ofendidos com o repasse nos preços.

Neste caso também não poderia ser utilizado o argumento de que o Ministro questionou a legitimidade dos fins da medida, porque neste momento não se está tratando dos fins, mas dos meios, ou seja, a respeito de como o Estado irá proceder, e não, a respeito de onde ele pretende chegar⁷¹.

Após a análise deste acórdão, o que se percebe é que o Ministro Marco Aurélio utilizou a proporcionalidade como seu principal argumento, fundamentando-se no que ele chama de instituto jurídico da razoabilidade da norma. Contudo, o fez sem o rigor de estabelecer quais seriam suas premissas metodológicas, expondo diversos argumentos que, embora plausíveis, dentro do caso, extrapolam o que uma consideração a respeito da razoabilidade, extraída da doutrina exigiria, aproximando-se muitas vezes de conceitos como isonomia e igualdade, conforme foi demonstrado.

Poder-se-ia questionar qual o problema em se ultrapassar essa definição de razoabilidade, quando também há autores que a identificam com algo mais indefinido como equidade⁷², principalmente se os argumentos que estão por trás da proporcionalidade forem considerados plausíveis. Essa é uma questão difícil, mas pode-se dizer que o problema em não se ter claro o que significa a aplicação deste critério relaciona-se à facilitação de sua utilização de forma retórica, pautada na conveniência. Ou seja, quando é interessante aplica-se uma interpretação, quando não, aplica-se outra. Pode-se acrescentar que se dificulta,

⁷¹ Tal consideração poderia ser feita em um outro momento, por exemplo, na apreciação da proporcionalidade em sentido estrito, caso o Ministro tivesse estruturado a proporcionalidade em seus demais subcritérios. Neste exame, que na concepção de Virgílio Afonso da Silva “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e fundamenta a adoção da medida restritiva”, o Ministro Marco Aurélio poderia afirmar que as restrições à livre iniciativa e à livre concorrência seriam demasiadas frente à promoção da política de distribuição de medicamentos aos idosos, representando uma desproporcional ingerência do Estado na atividade dos particulares, tendo em vista o fato de que não haveria nenhuma forma de remuneração aos empresários, e que, em sua visão tal ônus não lhes compete.

⁷² Com relação à identificação com a equidade, ver nota 89.

sobretudo a formação de uma jurisprudência coerente, na medida em que não existirão padrões definidos de interpretação, nem do que é a razoabilidade e nem do que são outras figuras como isonomia e igualdade.

4.6. ADIn MC 2623

A ADIn MC 2623, com pedido de medida cautelar foi ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria e a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil para que fosse suspensa a vigência da Lei 6780⁷³, de três de outubro de 2001, a qual proibia, por tempo indeterminado, o plantio de eucalipto para fins de celulose no Estado⁷⁴.

4.6.1. Voto do Ministro Maurício Corrêa.

Após a alegação de ofensa à isonomia, o Ministro Maurício Corrêa passa ao argumento de que haveria violação ao direito de propriedade e também ao princípio da razoabilidade, os quais, em sua visão, estariam intimamente relacionados.

"Afigurando-se-me já o bastante a existência de violação ao princípio isonômico para justificar a concessão de

⁷³ Art. 1º. Fica proibido, por tempo indeterminado, o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose no Estado do Espírito Santo.

Parágrafo único. A proibição de que se trata este artigo não se aplica aos demais fins industriais de plantio de eucalipto, tais como cerrarias, cerâmicas e outros.

Art.2º. A proibição de que trata o artigo 1º da presente Lei deverá perdurar até que a SEAMA – Secretaria de Estado para Assuntos do Meio Ambiente e a SEAG – Secretaria de estado da Agricultura, através do IDAF – Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal, adotem, em conjunto ou separadamente, as seguintes providências:

I-Mapeamento agro-ecológico do estado indicando:

- a) Os tipos de solos apropriados para o plantio discriminando em cada município as áreas consideradas propícias para o plantio de eucalipto;
- b) As condições climáticas e hídricas que influenciam o plantio em cada município;
- c) O déficit de áreas florestais correspondentes às "reservas legais" das propriedades rurais, assim entendidas as áreas com 20% (vinte por cento) de cada propriedade coberta com floresta nativa, conforme estabelecido na Lei nº 4.771/65. (...)"

⁷⁴ A medida foi impugnada por ofensa à livre iniciativa e livre concorrência, afronta à isonomia, desobediência ao princípio da proporcionalidade e violação ao direito de propriedade e à garantia do devido processo legal.

pedido cautelar, é de ver-se ainda quanto ao que se refere ao **direito de propriedade**, pela restrição que a norma impõe ao seu uso, **a existência de violação também ao princípio da razoabilidade, já que a norma condicionou a liberação das atividades programadas de plantação de eucalipto para a fabricação de celulose, desde que cumpridas certas exigências impostas que ainda não se implementaram, o que resulta violação ao devido processo legal**, se for considerado que a nova regra pegou de surpresa os plantadores da matriz de produção da matéria-prima e provocou lesões aos estabelecimentos industriais que se dedicam a seu preparo.

E assim o fez sem levar em conta qualquer base científica que justificasse a restrição imposta, de tal sorte que assim determinando, inverteu a ordem natural das coisas, primeiro proibindo o plantio dessa espécie de mirtácea, para somente depois realizar os estudos técnicos para verificar se a atividade rural, decorrente de seu plantio, está ou não lesionando o meio ambiente do Estado. E mais, durante esse período de interdição, nenhuma forma de indenização pelos virtuais prejuízos daí advindos foi prevista.

Tal circunstância, no caso, sequer demonstrada ou mesmo presumida, não permite, no entanto, a inobservância do devido processo legal, postulado que, “em sua destinação jurídica também está voltado para a proteção da propriedade”⁷⁵ que resguarda as pessoas “contra eventual expansão arbitrária do poder estatal. A cláusula da garantia dominial que emerge do sistema consagrado pela Constituição

⁷⁵ No artigo de Gilmar Medes, chamado *O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras*, também é dada importância especial ao direito de propriedade, na medida em que é reservado um tópico intitulado *O princípio da proporcionalidade e o direito de propriedade*, para a explicação de como deve se dar a justa ponderação entre o direito de propriedade e sua função social, e como isso é tratado no direito alemão. P.19-20.

da República tem por objetivo impedir o injusto sacrifício do direito de propriedade”⁷⁶. (...).

Parece-me evidente que a vedação de plantio de eucalipto apenas nas hipóteses em que a finalidade for a obtenção de matéria-prima para a fabricação de celulose, liberando-se o cultivo para qualquer outra finalidade, gera o desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa quanto mais como em casos como este em que atingidas garantias fundamentais das partes prejudicadas.”⁷⁷

Neste trecho o Ministro aplica o que ele chama de princípio da razoabilidade, decorrente do devido processo legal, explicando que este preceito estaria destinado à proteção do direito de propriedade contra a expansão arbitrária do poder estatal.

Diante disso, percebe-se que ele fundamentou a aplicação da razoabilidade e desenvolveu suas premissas, na medida em que esclareceu porque o Poder Público estaria restringindo o direito de propriedade de forma arbitrária, já que afirma que não é justificável a restrição a esse direito sem que se tenha comprovado, pela avaliação do SEAMA, que a plantação de eucalipto realmente ofende ao meio-ambiente, o que desvendaria uma medida incoerente, e um conseqüente desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa.

A partir do exposto, fica difícil dizer que não foi estruturada a aplicação da razoabilidade no caso, porque o que se pode perceber, a partir das premissas utilizadas, é que ele não tinha a pretensão de fazer o exame da adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito, mas demonstrar a restrição injustificada do direito de propriedade, e uma incoerência própria da análise de compatibilidade entre os meios e fins almejados, chamada razoabilidade.

⁷⁶ Apud MS 22164, Celso de Mello, DJ de 17/11/95.

⁷⁷ADIn MC 2623, 06.06.02, p. 2483- 2484.

Assim, o que poderia ser questionado neste voto é a concepção do Ministro a respeito da razoabilidade, porque conforme foi dito, isto não é pacífico. Contudo, nota-se que ele estabeleceu um voto coerente dentro do que determinou como razoabilidade, esforçando-se por concretizar os motivos pelos quais a medida seria não razoável⁷⁸.

4.7. ADIn MC 2458.

A ADIn MC 2458, julgada em 2003, foi ajuizada pelo Governador do Estado do Alagoas, tendo por objeto a Lei Estadual nº 6.004⁷⁹, de 14.04.98, que concedia crédito presumido do ICMS aos estabelecimentos industriais fabricantes de açúcar de cana e álcool. Constituiria condição para o gozo dos benefícios a celebração prévia do termo de Renegociação dos Acordos firmados entre o Estado e o setor sucroalcooleiro.

4.7.1. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

“Acompanho o Relator⁸⁰ e defiro a liminar, até pela **ofensa gritante a princípios fundamentais da República**, que este caso ostenta, a partir do **princípio da proporcionalidade**. Não é um incentivo, não são benefícios fiscais; é, na verdade, a alienação da capacidade tributária de um Estado sobre a sua principal atividade econômica para

⁷⁸ Aqui se percebe que não é defendida a estruturação de uma regra determinada, mas sim, a coerência e o esforço de concretização do raciocínio que conduziu o voto.

⁷⁹ “Art. 1- Fica concedido crédito presumido do ICMS aos estabelecimentos industriais fabricantes, sobre o valor das saídas tributadas por eles promovidas, de açúcar de cana e álcool; (...).”

Art. 4- Constitui condição para gozo dos benefícios aos quais se refere os artigos 1, 3 e 6 desta Lei, a celebração prévia do Termo de Renegociação dos Acordos firmados entre o Estado e o setor sucroalcooleiro em 15/07/88 e 19/04/89, com mútua, plena e geral quitação de parte a parte. (...).”

E em resumo, o requerente sustentou ofensa aos arts. 5º, LIV; 155, § 2º, XIII, g; e 170, VII, da Constituição Federal, visto que concede benefícios fiscais, relativos a ICMS, não autorizados em Convênio.

⁸⁰ O relator Ilmar Galvão alegou a inexistência de convênio com o Conselho Nacional de Política Fazendária, assim seria benefício fiscal não autorizado em convênio, e em consequência, violação à alínea g do inciso XII do § 2º, do art. 155 da CF.

dissimular o cumprimento de um acordo com os usineiros que entrou não gloriosamente para a história do país⁸¹. (grifo meu).

Primeiramente, com relação à necessidade de fundamentação da aplicação da proporcionalidade, nota-se que o Ministro deixou a pista de que o fez porque a medida ofende de forma gritante princípios fundamentais da República. Contudo, não estabelece premissas a respeito da maneira como a proporcionalidade deve ser aplicada e nem a estrutura expressamente.

O que se percebe é que ele denuncia de forma sucinta, beirando o superficial, uma certa incoerência na medida, que em seu entendimento esconde, na verdade, o cumprimento de um acordo entre os usineiros e o Legislativo.

Nesse mesmo sentido, a requerente apresenta argumentos semelhantes, sem a aplicação da proporcionalidade:

"A lei em tela, editada a pretexto de contribuir para o desenvolvimento de determinada atividade econômica, com aumento de número de empregos e da renda da população, entre outras pretensas vantagens, segundo o autor, configura flagrante desvio de função legislativa, visto que o incentivo fiscal não existe para beneficiar exclusivamente um segmento da sociedade, contrariando, dessa forma, os fins expressos na Carta Magna (arts. 3, III e 170, VII da CF), como ocorre no caso"⁸².

Neste momento, cabe indagar se seria necessário falar-se em proporcionalidade, ou, se apenas a menção à ofensa aos fins expressos na

⁸¹ ADIn MC 2458, 21.11.01, p. 276.

⁸² Relatório do Ministro Ilmar Galvão, pg. 6.

Constituição não seriam suficientes. A aplicação da proporcionalidade é justificada por parte da doutrina pela presença de um conflito entre princípios; no caso não foi demonstrado esse choque entre princípios antagônicos, mas apenas a ofensa a um grupo de princípios. Assim, questiona-se a menção à proporcionalidade, e especula-se sua utilização de forma retórica, na medida em que o Ministro não acrescentou nada de diferente ao seu argumento, podendo ter falado apenas em ofensa aos princípios fundamentais da República, como fez a requerente.

4.8. ADIn 1040.

A ADIn 1040, julgada improcedente em novembro de 2004, foi proposta pelo Procurador-Geral da República questionando o art. 187⁸³ da Lei Orgânica do Ministério Público nº 75/93, que dispunha que poderiam prestar concurso para o Ministério Público, apenas os bacharéis com dois anos de formados⁸⁴.

4.8.1. Voto do Ministro Néri da Silveira.

O Ministro Néri da Silveira começa afirmando que por mais que não concorde que os bacharéis em Direito precisem do interstício de dois anos para prestar concurso para o Ministério Público, não a considera desarrazoada e contrária ao princípio da isonomia, porque esse biênio deveria ser entendido como um período para a experiência profissional.

“Em linha de princípio, impende entender que **a Constituição Federal reserva à lei estipular requisitos e condições ao provimento de cargos públicos**, por via de concurso, também no que concerne a qualificações profissionais e inclusive idade. (...). As restrições da lei à

⁸³ “Art. 187. Poderão inscrever-se no concurso bacharéis em Direito há pelo menos dois anos, de comprovada idoneidade moral”.

⁸⁴ Apontou-se a inconstitucionalidade por ofensa aos incisos I, XIII e LIV, do art. 5º, bem como ao inciso I, do art. 37. Foram publicados os votos dos Ministros Néri da Silveira, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Eros Grau, Joaquim Barbosa, César Peluso e Carlos Velloso.

admissão ao concurso para provimento de cargos ou ao exercício de ofício, decerto, **não podem constituir obstáculo desarrazoado à aplicação dos princípios da acessibilidade de todos aos cargos públicos ou da liberdade para o exercício de ofício ou profissão.** (...).

Pode, destarte, o legislador, estipular condições para o provimento de cargos públicos, **desde que o juízo político se inspire em razões gerais de conveniência ou razoabilidade**⁸⁵.

Após a exposição do voto do Ministro Néri da Silveira, retira-se que ele não fundamentou, nem estabeleceu premissas a respeito da aplicação da razoabilidade. A medida foi considerada constitucional, porque, em sua visão, é possível que o Legislador estabeleça condições ao provimento de cargos públicos, desde que elas sejam estabelecidas de acordo com um juízo de conveniência e razoabilidade. Esse juízo de razoabilidade seria representado pela possibilidade de o período ser caracterizado como um momento para a experiência profissional.

Assim, o que se percebe é que o Ministro ao não encontrar nenhuma patente inconstitucionalidade e admitir a possibilidade do estabelecimento de condições ao provimento de cargos públicos, preferiu manter a finalidade que o Legislador determinou, apesar de comentar no início de seu voto que não acreditava na necessidade deste biênio, o que se considera o mais sensato nestes casos, pois a opinião do Legislativo deve prevalecer quando há apenas um impasse de opiniões e não divergências jurídicas a respeito de como deve ser entendida uma política.

4.8.2. Voto do Ministro Marco Aurélio.

“À luz do disposto no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, **as únicas limitações que o legislador**

⁸⁵ ADIn 1040, 11.11.05, p. 77-78.

pode estabelecer ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão são as pertinentes às qualificações profissionais. Ora, o preceito, **ao versar tão-somente sobre a passagem do tempo**, dada titulação como bacharel em Direito, **sem cogitar da experiência profissional** mostra-se **desarrazoado, porquanto pode surgir a incoerência**. Um bacharel formado a mais de dois anos que não tenha exercido a profissão seja em que área for, encontrar-se-á habilitado a inscrever-se no concurso para ingresso na carreira do Ministério Público, enquanto outro, formado há pouco tempo, sem contar ainda com o biênio, mas militando na área do Direito - havendo assim procedido em período anterior à obtenção do título, até mesmo como estagiário - estará excluído do certame”⁸⁶. (grifo meu).

O Ministro Marco Aurélio, assim como o anterior, não fundamenta a aplicação da razoabilidade. Ele a relaciona à possibilidade de incoerência do ato estatal, porque ela não **atingiria** o fim a que se pretende, na medida em que o critério fixado não garantiria a seleção apenas de pessoas com experiência profissional, e ainda excluiria aqueles que já exerceram atividade prática, mas não completaram dois anos de formados.

Assim, aqui se encontram falhas identificadas em votos anteriores, como a falta de fundamentação e o estabelecimento da necessidade de se atingir determinado fim, e não apenas fomentá-lo. Acredita-se que o ideal seria a consideração da necessidade de fomento a determinado fim, porque é difícil pensar em medidas que atinjam cem por cento de sua finalidade. Essa consideração pode ser mais bem entendida após a observação do próximo voto da Ministra Ellen Gracie.

⁸⁶ ADIn 1040, 11.11.05, p. 84.

4.8.3. Voto da Ministra Ellen Gracie.

A Ministra Ellen Gracie afirma que não tem por desarrazoada a exigência de dois anos a contar da colação de grau para a inscrição no concurso de ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, e entende que a exigência, ao contrário de afastar dos aludidos parâmetros, maturidade pessoal e profissional, adota critério objetivo que a ambos atende.

“O requisito objetivo eleito pela norma impugnada é **apto, se não a garantir, mas pelo menos a ter bastante provável**, que o bacharel já tenha a suficiente maturidade pessoal e profissional para o cargo”⁸⁷. (grifo meu).

A Ministra Ellen Gracie, como se pode ver, também não aponta referências quanto à aplicação da razoabilidade, mas percebe-se que a partir do mesmo rótulo, ela chegou à conclusão diferente da do Ministro Marco Aurélio. Isto porque, considerou apenas a necessidade de promover, e, não, atingir o fim colimado, ou seja, ela admitiu a possibilidade de incoerências, mas aliou-se à **probabilidade** de a medida favorecer a escolha dos candidatos mais experientes. Assim, comparando-o ao voto anterior, reitera-se a importância do estabelecimento de um claro conceito a respeito dos critérios interpretativos a serem utilizados, e percebe-se como é mais sensata a consideração da necessidade de fomento e não somente de alcance completo da finalidade, porque é muito difícil prever que uma medida garantirá um fim, mas é possível trabalhar-se com probabilidades.

4.8.4. Voto do Ministro Eros Grau.

No voto seguinte, o Ministro Eros Grau afirma que acompanha a divergência, mas não pelas razões de razoabilidade e proporcionalidade.

⁸⁷ADIn 1040, 11.11.05, p. 91.

“As pautas da proporcionalidade e da razoabilidade só podem ser atuadas no **momento da norma da decisão**, quando este Tribunal, por exemplo, opera o **controle concreto**, não o controle difuso. Estou desprezando os argumentos sobre proporcionalidade e razoabilidade. **Não estamos aqui para corrigir o legislador**. Julgo procedente 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. 50”⁸⁸.

Este voto não possui o mesmo caráter que os demais analisados, e também, não permitirá o mesmo tipo de avaliação, contudo, decidiu-se por inseri-lo, porque ele faz considerações interessantes de serem registradas em um trabalho que pretende analisar como os Ministros do Supremo Tribunal Federal aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade.

Assim, ele não será criticado como os demais, mas apenas descrito através do auxílio de um artigo do Eros Grau, intitulado *Eqüidade, razoabilidade e proporcionalidade*, para que se conheça sua opinião⁸⁹.

⁸⁸ ADIn 1040, 11.11.05, p.93.

⁸⁹ “O que pretendo singelamente afirmar, inspirado em Neumann, é que a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à eqüidade. Sua rejeição pelo direito moderno, porque incompatível com a calculabilidade e a segurança jurídica, era plenamente adequada à teoria da subsunção. Sendo isso correto – ou seja, que a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à eqüidade – essa verificação tornará mais fluente a compreensão de dois aspectos que passo a enunciar, objetivamente. A proporcionalidade não é um princípio, mas uma pauta, um *critério* de interpretação. O segundo aspecto que remeto à reflexão dos que ainda cultivam este hábito está em que a pauta da *proporcionalidade* - bem assim a razoabilidade é atuada no momento da *norma de decisão*.(...) A norma jurídica é produzida para ser aplicada no caso concreto, (...) mediante uma decisão judicial que expressa a *norma de decisão*.

Propõe-se a distinção entre interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*. A primeira respeita ao texto, à premissa maior do silogismo; a segunda à conduta, aos fatos. Esta última é tida como *aplicação*; a primeira como *interpretação*. (...)

i) A interpretação *in concreto* não é interpretação, porém mera aplicação da lei. (...) O juiz não pretende determinar a significação dos termos da lei, cabendo-lhe exclusivamente perguntar-se se a lei, tida como clara é aplicável aos fatos do caso, para o que basta o exame desses fatos;(...

iv) O legislador não interpreta *in concreto*, mas *in abstracto*; cogita da premissa maior do silogismo, sob a forma legislativa, pois interpretar *in abstracto* é legislar.

Nossa doutrina – porque insiste em apartar interpretação e aplicação – tropeça no equívoco de situar o recurso à *proporcionalidade* e à *razoabilidade* no primeiro deles, quando é certo que uma e

É interessante esta explicação do Ministro, porque bastante diferente das demais. Ela demonstra uma preocupação com uma das principais críticas feitas à aplicação da proporcionalidade: a grande interferência do Judiciário na atividade legislativa. Isto ocorre porque o Judiciário ao aplicar a proporcionalidade julga a legitimidade dos meios escolhidos pelo Legislativo, avalia se não existiriam outras medidas menos gravosas, e decide qual princípio prevalecerá no caso concreto, o que, em tese, já teria sido feito pelo Poder Legislativo, a partir da interpretação da vontade do povo, o que representa a possibilidade de ofensa à Separação de Poderes.

4.8.5. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

“Sr. Presidente, reporto-me ao voto proferido: considero haver uma restrição a pressuposto básico do concurso público – a isonomia – que, para ser legítima há de sujeitar-se ao juízo de razoabilidade, ela deve visar a alguma coisa, e esta não visa coisa alguma”⁹⁰.

O Ministro Sepúlveda Pertence, assim como os demais, não apresenta em seu voto os requisitos exigidos na metodologia. Contudo, pode-se perceber que o aspecto mais grave do voto é sua superficialidade, na medida em que não explica porque o ato estatal não visa a nada, ou seja, porque ele não é razoável.

4.9. RE 413782 – SC.

O RE 413782, reconhecido em março de 2005, foi proposto pela VARIG S.A. – Viação Aérea Rio Grandense contra o Estado de Santa Catarina, porque seria inconstitucional legislação estadual que proibisse a impressão de notas fiscais em

outra atuam no segundo”. Grau, Eros. *Eqüidade, razoabilidade e proporcionalidade*, Revista do Advogado São Paulo, v. 24, n. 78, set.2004, p. 27-30.

⁹⁰ ADIn 1040, 11.11.05, p. 99.

bloco, subordinando o contribuinte, quando ele se encontrasse em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição negócio a negócio, de nota fiscal avulsa.

Argüiu-se a inconstitucionalidade do art. 143 inciso III, alínea "b", do anexo 5, aprovado pelo Decreto Estadual 3017/89, artigo 19, inciso IV, porque ele feriria os arts. 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único da Constituição Federal, bem como o enunciado nº 547 da súmula do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a recorrente sustenta que a determinação legal de utilização de notas fiscais avulsas, por empresas devedoras de ICMS, sobretudo as de grande porte, resultará na "quebra" da empresa, devido a inviabilização de sua atividade comercial⁹¹.

4.9.1. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Gilmar Mendes, durante o voto do Ministro Eros Grau, intervém para acrescentar que acredita que a solução do caso depende mais de um questionamento a respeito da proporcionalidade do que de aspectos tributários da questão, e adiante, em seu voto, afirma:

"A mim afigura-se bastante e suficiente a consideração de que o Estado, como demonstrou o Ministro Marco Aurélio⁹², **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**.

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**

⁹¹ Foram publicados os votos dos Ministros Marco Aurélio, Nelson Jobim, Eros Grau, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, contudo, para este trabalho, interessará apenas os votos dos três últimos.

⁹² "A Fazenda há de procurar o Judiciário visando à cobrança, via executivo fiscal, do que devido, mostrando-se impertinente recorrer a métodos que acabem inviabilizando a própria atividade econômica". Voto do Ministro Marco Aurélio, relator do RE 413.782 – SC, p. 5.

meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para resolver 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**⁹³. (grifo meu).

Neste acórdão pode-se perceber que não ocorreu a fundamentação a respeito da aplicação da proporcionalidade⁹⁴, contudo houve o estabelecimento das premissas, através da demonstração de sua estrutura e a aplicação concreta do subprincípio da necessidade, através da indicação de um meio alternativo, e não apenas uma demonstração abstrata do que significa esse subprincípio⁹⁵. Ou seja, foi justificado porque a medida não é necessária através do apontamento de uma medida sugerida pelo Ministro Marco Aurélio. Quanto ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, a argumentação do Ministro deixa a desejar porque ele não explica concretamente porque o decreto acabaria por inviabilizar a atividade econômica, o que permite considerar seu voto incompleto.

4.9.2. Voto do Ministro Cezar Peluso.

“Não se trata aqui de aplicar súmulas, mas aplicar o princípio constitucional que subjaz à motivação das súmulas. Noutras palavras, como bem antecipou o Ministro Gilmar Mendes, a ofensa é ao princípio da proporcionalidade⁹⁶, porque

⁹³ RE 413782, Gilmar Mendes, 17.03.05, p. 19.

⁹⁴ Em seu voto na IF 2195, o Ministro Gilmar Mendes explica de forma detalhada a utilização da proporcionalidade: “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 de excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido 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”.

⁹⁵ Por exemplo, o voto do Ministro Néri da Silveira na página 31.

⁹⁶ Neste momento o Ministro Gilmar Mendes ainda não havia votado, apenas interrompido o voto do Ministro Eros Grau para acrescentar que a solução do caso dependia mais de um juízo a respeito da

o Estado está se valendo de um **meio desproporcional**, com força coercitiva para obter o adimplemento de um tributo⁹⁷.

O primeiro ponto que deve ser levado em consideração ao ser analisado este voto é que este é seu argumento principal, o que, portanto exige um aprofundamento da justificativa, no momento em que sua vulnerabilidade implica o esvaziamento do voto. Nele, o Ministro afasta a aplicação da súmula porque deve ser utilizado o princípio que a ela subjaz, contudo, não é explicado o motivo pelo qual isso deve ser feito. Esse é um ponto essencialmente crítico neste voto, porque a ofensa à súmula foi um dos motivos pelos quais argüiu-se a inconstitucionalidade do decreto, não podendo ela ser afastada de forma injustificada.

Outra questão a ser verificada refere-se à justificativa da desproporcionalidade do ato estatal, note-se que o Ministro também apresentou uma justificativa superficial, na medida em que se pautou na consideração de que o Estado estaria se valendo de força coercitiva para obter a satisfação de um tributo, o que não chega a ser um argumento a favor da desproporcionalidade em sentido estrito porque não foi considerado que isto estaria ferindo demasiadamente os direitos de quem pratica tal atividade econômica. Assim, pode-se dizer, após a análise deste voto, que o Ministro não foi criterioso em sua argumentação acerca da proporcionalidade, mesmo este sendo o ponto principal em seu voto.

4.9.3. Voto do Ministro Celso de Mello.

O Ministro Celso de Mello inicia afirmando que a discussão gira em torno da impossibilidade de o Poder Público impor restrições que mesmo fundadas em lei, destinam-se a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo, e que

proporcionalidade da medida do que de aspectos tributários. Assim não é possível dizer que ele simplesmente complementou o voto do Ministro Gilmar Mendes.

⁹⁷ RE 413782, Cezar Peluso, 17.03.05, p.17.

culminam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, **por inviabilizar o exercício pela empresa devedora, de atividade econômica lícita.**

Dessa maneira, o direito ao exercício de atividade profissional ou econômica constitui uma **limitação material ao Poder do Estado**, na medida em que inibe a Administração tributária, **em face do postulado que consagra a proibição de excesso, impor ao contribuinte inadimplente, restrições que configurem meios irrazoáveis e gravosos** destinados a constranger, de modo indireto, o devedor a satisfazer o crédito tributário. Em seguida:

“Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do **conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal** ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária impõe-se ao Estado, no processo de elaboração das leis, **a observância do necessário coeficiente de razoabilidade**, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “**substantive due process of law**” (CF, art. 5º, LIV). (...).

Em suma: a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, **não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental**, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a **ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante** ou, ainda, **contra exigências irrazoáveis** veiculadas em diplomas normativos por este editados⁹⁸.

⁹⁸ RE 413782, 17.03.05, p. 31-32.

O Ministro Celso de Mello, como se pode observar, fundamenta a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade no art.5º LIV, da Constituição Federal. A partir disso, desenvolve que não é possível a inviabilização de nenhum direito fundamental, no caso a liberdade profissional e empresarial, em vista do adimplemento de um tributo, o que se assemelha à consideração de que a medida não seria proporcional em sentido estrito.

O que se percebe não só nesse voto, mas também no do Ministro Gilmar Mendes, que também invocou a ausência da proporcionalidade em sentido estrito da medida, é que não foi explicado concretamente porque a medida tornaria inviável a atividade econômica exercitada. A impressão que se transmite é que eles já partem desta concepção como se fosse um consenso.

5. Conclusão

Com a análise individual dos votos pretendeu-se a confirmação da hipótese de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao aplicarem a proporcionalidade e a razoabilidade, não são criteriosos, a partir dos três parâmetros escolhidos neste trabalho.

Admitiu-se na metodologia a insuficiência dessa análise individual porque também é importante a verificação da coerência entre os julgados de um mesmo Ministro, além da dificuldade em se verificar esta hipótese de forma conjunta com relação a todos os Ministros. Pois, os Ministros não são obrigados a estabelecer uma única linha de interpretação para o Tribunal, devendo apenas embasar suas decisões, e julgar coerentemente com a linha de raciocínio que estabeleceram ao longo de sua passagem pela Corte.

A partir disso, a hipótese será testada em relação ao conjunto de votos de um mesmo Ministro⁹⁹ analisado durante o desenvolvimento¹⁰⁰, quando se verificará além dos requisitos estabelecidos no início, se houve o delineamento de uma mesma linha de raciocínio entre os julgados.

⁹⁹ Não será feita comparação dos votos da Ministra Ellen Gracie, e dos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Eros Grau, isto porque não foram encontrados outros votos em que eles aplicam a proporcionalidade ou a razoabilidade, nem mesmo em outras matérias não relacionadas ao corte do trabalho. Contudo, isto não significa que estes acórdãos não existam. Apenas que não foram encontrados através da pesquisa no *sítio* do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁰ Deve-se ter em mente, que nesta conclusão o objetivo não é explicar como o Ministro utilizou a proporcionalidade, porque isso já foi feito anteriormente com a maioria dos acórdãos utilizados, mas apenas fazer uma contraposição entre os julgados. Diz-se a maioria, porque alguns acórdãos ainda não foram avaliados por não envolverem princípios da Ordem Econômica. Estes acórdãos que extrapolam o tema *Liberdade Econômica e Profissional*, definido pela Sociedade Brasileira de Direito Público, foram escolhidos porque com relação a alguns Ministros não foram encontrados mais de um voto que se enquadrassem nos parâmetros desejados.

Estes acórdãos que não se relacionam ao tema são geralmente casos conhecidos que foram citados em outros trabalhos, ou mesmo acórdãos encontrados no *sítio* do Supremo Tribunal Federal. Deve-se deixar claro que esta análise pode conter vícios porque não foram lidos os inteiros teores de todos os 305 acórdãos existentes no *sítio* do Supremo Tribunal Federal com a palavra-chave proporcionalidade.

Com relação aos votos totalmente discrepantes, como se verá adiante o do Ministro Marco Aurélio, o problema da busca não influencia na análise proposta, porque já se demonstrou que ele foi contraditório uma vez, confirmando-se a hipótese, contudo, com relação aos votos que forem considerados coerentes deve ficar a ressalva de que talvez não tenha sido encontrado o voto que descon firme a análise, e não que ele não exista.

5.1. Ministro Sepúlveda Pertence - ADIns MC 855, MC 2458 e 1040.

O primeiro aspecto que esta comparação observará é se o Ministro costuma partir dos mesmos pressupostos no momento em que aplica a proporcionalidade e a razoabilidade.

Na ADIn MC 855, conforme foi demonstrado, o Ministro pauta-se exclusivamente na petição da requerente, que menciona de forma retórica o trabalho de Gilmar Mendes, já que não desenvolve as premissas estabelecidas, apresentando argumentos parciais sobre a impraticabilidade e onerosidade da medida que prevê a pesagem de botijões.

Por sua vez, na ADIn MC 2458, a fundamentação se pauta na restrição aos princípios fundamentais da República, a partir da constatação de uma incoerência na medida que prevê benefícios fiscais ao setor sucroalcooleiro de Alagoas, através da dissimulação de um acordo entre os usineiros e o Legislativo.

Por último, na ADIn 1040, foi aplicada a razoabilidade, de forma não fundamentada, partindo-se da premissa de que o concurso público deveria respeitar o postulado da isonomia, através de um juízo de razoabilidade, entendido como a necessidade de a medida vislumbrar algum fim. A maneira como o Ministro desenvolve seu argumento é simplesmente afirmando que ato estatal não visa a nada.

Nestes votos, quanto ao fundamento da aplicação da proporcionalidade, determinado apenas nas ADIns MC 855 e 2458, o que se percebe é que houve a consideração da restrição a direitos ou princípios. Com relação ao segundo passo, referente ao estabelecimento de premissas, nota-se que apesar da citação de Gilmar Mendes, na ADIn 855, os votos partem da necessidade de verificação da coerência entre a relação meio-fim das medidas. Analisando-se apenas esses dois requisitos, pode-se dizer que não há nenhum grande problema de coerência entre

os votos. Já que em todos eles o objetivo era questionar a compatibilidade entre meios e fins do ato questionado. De fato, o problema que se percebe após a comparação deles, não é de coerência, mas sim de consistência, ou seja, a proporcionalidade e a razoabilidade são aplicadas de forma simplista em todos eles.

Na ADIn 855, como foi visto durante o desenvolvimento, os argumentos parciais da requerente, pautados basicamente na ofensa à proporcionalidade, a partir de citação retórica de sua estruturação, foram simplesmente acatados sem nenhuma consideração por parte do Ministro. Já na ADIn 2458, não foi explicado porque os princípios fundamentais da República eram ofendidos a partir do princípio da proporcionalidade e nem porque não eram benefícios fiscais, mas sim a alienação da capacidade tributária e o desvirtuamento da atividade legislativa. Por último, na ADIn 1040 são gritantes sua superficialidade e subjetividade, quando simplesmente é afirmado que a medida não visaria a nada e por isso seria desarrazoada.

Nos três casos a medida foi declarada inconstitucional tendo como argumento principal a proporcionalidade. Considerando-se a análise feita acima, nota-se que as leis emanadas pelo Legislativo têm sido consideradas inconstitucionais tendo por base argumentos carregados de subjetividade e superficialidade. Como é possível simplesmente se afirmar que uma lei, determinada pelo Legislativo não visa a nada e ponto final? O caso aqui não é qual opinião está certa ou errada. Esta é uma questão por demais controversa, o problema que se põe relaciona-se ao fato de que o Legislativo, dentro de uma Democracia, é o poder responsável por determinar essa finalidade, enquanto os Ministros do Supremo devem verificar se os atos emanados dos outros poderes são constitucionais. Em casos difíceis como o da ADIn 1040, em que não foi apontada uma inconstitucionalidade por meio de subsunção, percebendo-se muito mais um embate de idéias é complicado rebater o que foi determinado pelo Legislativo a partir de uma consideração que não se preocupa em desenvolver seus motivos.

Assim, a partir dessa comparação, conclui-se que três medidas foram consideradas inconstitucionais, tendo como argumento principal a proporcionalidade e a razoabilidade, utilizadas de forma não criteriosa. Isto porque, não houve a satisfação dos requisitos determinados na metodologia e demonstrados na análise individual dos votos, mas principalmente, pela verificação da insuficiência dos argumentos apresentados para defender a ausência de proporcionalidade e razoabilidade nos casos apresentados.

5.2. Ministro Moreira Alves - ADIn MC 2290 e ADC MC 9.

Na ADIn MC 2290, o Ministro Moreira Alves vota pela inconstitucionalidade da medida que impede o registro de armas de fogo provisoriamente. Apresenta como argumento principal sua falta de razoabilidade, fundamentada no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Isto porque, considera a medida inadequada a atingir as permanentes seguranças individual e coletiva, e desproporcional em sentido estrito, porque, como se pode entender, haveria uma drástica restrição a uma atividade comercial lícita. Já na ADC MC 9, sem fundamentação, simplesmente estabelece abstratamente a existência de uma relação meio e fim que não é explicada concretamente.

Quanto à verificação da coerência entre os pressupostos estabelecidos, pode-se dizer que na ADIn MC 2290 ocorreu a fundamentação a partir do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, e foram determinadas como premissas os exames da adequação e proporcionalidade em sentido estrito, conseqüentemente desenvolvidos, apesar de apresentarem problemas identificados na análise individual.

Com relação a ADC MC 9, nota-se uma discrepância na aplicação da proporcionalidade, tanto porque não ocorreu sua fundamentação, mas principalmente, porque não foi explicado o motivo pelo qual a medida seria proporcional. O Ministro simplesmente coloca no meio de seu voto uma frase

confusa: “a finalidade a ser alcançada não é um meio desproporcional”, e nada mais é explicado.

A partir disso, além das falhas verificadas no desenvolvimento da estruturação da proporcionalidade na ADIn MC 2290, e da completa ausência de justificativas na ADC MC 9, no que se refere à aplicação desse método interpretativo, pode-se considerar que o Ministro não costuma adotar o mesmo critério nos diferentes acórdãos em que utiliza a razoabilidade e a proporcionalidade.

5.3. Ministro Ilmar Galvão - ADIns MC 2317, 2019, 2268.

Na ADIn MC 2317, o Ministro Ilmar Galvão primeiramente afasta a possibilidade de ofensa à liberdade econômica e profissional, e em seguida defende a proporcionalidade do ato estatal. Neste momento não é apresentada qualquer fundamentação, ou premissa, mas especula-se que ele tenha aplicado a proporcionalidade considerando a necessidade de compatibilidade entre meios e fins do ato estatal, a partir do raciocínio de que a medida visa promover a independência dos auditores das instituições reguladas pelo Banco Central. Viu-se durante a análise individual do acórdão que a falta de fundamentação e premissa trouxeram complicações sobre a possibilidade de aplicação da proporcionalidade. Isto porque o Ministro havia afastado a possibilidade de ofensa à liberdade profissional, e, caso ele acreditasse que este método interpretativo só devesse ser usado em casos de conflitos entre princípios, ou restrições a direitos, a proporcionalidade não poderia ter sido aplicada.

Como não foi analisado ao longo do trabalho mais nenhum voto do Ministro Ilmar Galvão, serão utilizados para esta comparação outros votos, das ADIns 2268 e 2019, que não fazem parte do tema *liberdade econômica e profissional*, definido pela SBDP, mas que permitem avaliar qual a concepção do Ministro sobre a aplicação da proporcionalidade.

Na ADIn 2268 nota-se a referência expressa a uma necessidade de compatibilidade entre meios e fins:

“O fim era prevenir o desvio do equipamento de suas finalidades. Então, ao invés de prevenir, proibiu. E aí me parece que houve ofensa ao princípio da proporcionalidade.”¹⁰¹.

Já na ADIn 2019, também ocorre uma avaliação da compatibilidade entre meios e fins¹⁰². Neste momento, no entanto, menciona-se expressamente a razoabilidade, e não proporcionalidade, fundamentando-se no art.5º, LIV:

“De ter-se, portanto, por relevante a questão não pelos fundamentos expostos na inicial, mas por ofensa à norma do art. 5º, LIV, da Carta Magna, posto que patente a ausência de qualquer razoabilidade na discriminação estabelecida pela lei impugnada, ao tomar para pressuposto da concessão de benefício assistencial pelo Poder Público as circunstâncias em que foram eles gerados e não o estado de necessidade dos beneficiários, o que, indubitavelmente, não faz sentido”¹⁰³.

Como não foi feita uma análise detalhada destes dois últimos acórdãos, porque não faziam parte do tema, eles acrescentam considerações relativas ao modo de fundamentação e estabelecimento de premissas.

Na ADIn 2317 foi mencionada a dúvida sobre a impossibilidade de aplicação da proporcionalidade, caso o Ministro considerasse que este instrumento devesse

¹⁰¹ ADIn 2268, Ilmar Galvão, 13.09.00, p. 316. Questionava-se a constitucionalidade de Resolução do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba que proibia o uso de simuladores de urnas eletrônicas com a finalidade de propaganda eleitoral.

¹⁰² Isto porque, a medida não foi considerada razoável porque dar dinheiro às mães que tiveram filhos fruto de estupro, primeiramente, será insuficiente psicologicamente e não fará sentido com relação a mulheres com condições financeiras.

¹⁰³ ADIn 2019, Ilmar Galvão, 02.08.05, p.145. Neste acórdão é questionada a lei que propõe benefícios assistenciais a crianças geradas a partir de estupro, sem a verificação de sua renda.

ser utilizado com relação a conflito entre princípios, através de uma interpretação estruturada em suas três subcategorias. Conforme é possível observar, nos dois próximos acórdãos citados, os argumentos se pautam em algo próximo à verificação de uma incoerência na medida que pode ser analisada a partir da consideração de uma compatibilidade entre meios e fins. Assim, afasta-se a dúvida sobre a impossibilidade de aplicação da proporcionalidade no primeiro caso. Nota-se, contudo, que apesar de uma aplicação semelhante em todos os votos, nas ADIns 2317 e 2268 fala-se em proporcionalidade, sem qualquer fundamentação ou premissa, e na ADIn 2019, em razoabilidade e no art. 5º, LIV.

Com relação a estes acórdãos pode-se questionar o que fundamentou a diferenciação do método interpretativo, ou seja, porque ele menciona a proporcionalidade nos dois primeiros casos e a razoabilidade no último, já que a forma de aplicação é a mesma. Foi dito na introdução deste trabalho que existem autores que não diferenciam a proporcionalidade e a razoabilidade, no entanto, neste trabalho busca-se verificar também a coerência entre os votos, e acredita-se que quanto mais precisa for a definição dos conceitos e elaboração do voto, a confusão e aplicação retórica da proporcionalidade e razoabilidade serão dificultadas, enquanto será mais fácil avaliar a lógica da decisão judicial.

Além disso, critica-se a ausência de fundamentação nas duas primeiras ações. Obviamente que a simples consideração de que a razoabilidade será aplicada porque houve ofensa ao art.5º, LIV, não torna a decisão melhor, nem exime o Ministro da concretização de seus argumentos, contudo, a falta de fundamentação impede uma identificação precisa do método que será aplicado e traz dúvidas relativamente à possibilidade de aplicação da proporcionalidade na ADIn 2317.

5.4. Ministro Néri da Silveira - ADC MC 9 e ADIn 1040.

Na ADC MC 9, o Ministro Néri da Silveira pauta um de seus argumentos na ofensa ao princípio da proporcionalidade, que fundamenta a partir da restrição a

direitos e do art.5º LIV. Estabelece também, uma série de premissas, entre elas, trabalho doutrinário de Gilmar Mendes em que é explicada a estruturação de seus três subprincípios. Após a caracterização do exame da proporcionalidade abstratamente ele não aplica, no entanto, a proporcionalidade de forma estruturada, conforme havia sido explicado na citação de Gilmar Mendes. E mais do que isso, simplesmente afirma que é visível, sem explicar o motivo, a desproporção e irrazoabilidade, em se determinar o que para ele é uma pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa de energia elétrica.

No próximo voto, na ADIn 1040, o Ministro aplica a razoabilidade, e sem estabelecer qualquer premissa ou fundamento, afirma que é legítimo ao Legislador estabelecer requisitos e condições ao provimento de cargos públicos, mas que estes não podem ser irrazoáveis ao ponto de estabelecerem obstáculos ao princípio da acessibilidade de todos aos cargos públicos. E afirma que por mais que pessoalmente não concorde com o interstício, não considera a medida desarrazoada porque o período deve ser entendido como um momento de amadurecimento profissional.

Levando-se em consideração os dois primeiros parâmetros estabelecidos na metodologia, pode-se dizer que o Ministro utilizou critérios diferentes nos dois votos. Na ADC MC 9 é apresentada fundamentação e premissas bem definidas, enquanto na ADIn 1040 esses estágios não se encontram, pois o Ministro vai direto ao desenvolvimento de seu raciocínio.

Outra diferença, essa mais grave, refere-se à explicação do raciocínio, na ADC MC 9, apesar de todo o preparo nas premissas, e de a proporcionalidade ser caracterizada como um exame estruturado, o Ministro mal desenvolve o motivo pelo qual a medida seria desproporcional, tomando o fato de a tarifa chegar a 200% como um pressuposto para a sua desproporção, sem considerar as circunstâncias e finalidades que a circundam, aspectos estes, relevantes em um exame de proporcionalidade e razoabilidade. Já na ADIn 1040, apesar de o exame

da razoabilidade se demonstrar menos pretensioso, é explicado de forma detalhada os motivos pelos quais a medida é razoável.

Assim, além das falhas percebidas na análise individual nota-se uma discrepância entre os votos do Ministro Néri da Silveira a partir desta análise comparativa.

5.5. Ministro Maurício Corrêa - ADIns MC 2623 e ADC MC 9.

Na ADIn MC 2623, o Ministro Maurício Corrêa aplicou a razoabilidade, fundamentando-a através do devido processo legal material, que teria o intuito de proteger o direito de propriedade contra ações arbitrárias do Poder Público. Justifica tal arbitrariedade a partir da incoerência em se proibir o plantio de eucalipto para fins de celulose, sem que já tivessem sido apurados os relatórios do SEAMA que verificariam se essa atividade realmente agrediria ao meio-ambiente.

Na ADC MC 9, no entanto, a argumentação apresenta discrepância com relação à anterior, o Ministro, além de não apresentar fundamento à aplicação da proporcionalidade, desenvolve uma argumentação intrigante e simplista, a partir da consideração de que o cumprimento das metas de racionamento por parte da sociedade identificaria a compatibilidade entre meios e fins do ato estatal. Ele esquece de considerar que o simples cumprimento da medida não significa que não estejam sendo feridos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁰⁴.

Assim, após a comparação entre os votos, percebe-se que além das diferenças formais, mas não menos importantes de serem verificadas, como o não

¹⁰⁴ “A limitação ao direito de igualdade perante a lei (CF, art. 5º, *caput* e inc. I) parece evidente. Mas não só a igualdade é limitada pelo plano de racionamento de energia. Também a livre iniciativa, quando esta depende do fornecimento de energia que supere os limites fixados. O direito ao trabalho pelas mesmas razões. Em última análise, até mesmo o direito a uma vida digna é limitado”. Afonso da Silva, Virgílio. *Op cit (nota 6)*. p.39.

estabelecimento de fundamentação em um dos acórdãos, e a utilização de instrumentos diferentes, como a razoabilidade na ADIn 2623, e a proporcionalidade na ADC MC 9, há uma diferença quanto ao desenvolvimento do argumento, pois na ADIn ele ocorreu de forma mais detalhada, enquanto na ADC, em que a consideração a respeito da proporcionalidade era o argumento principal, o Ministro apresenta uma justificativa insuficiente, que foi inclusive criticada pelo Ministro Néri da Silveira, que afirmou que este argumento não levou em consideração a Constituição.

5.6. Ministro Marco Aurélio - ADIn MC 2435, 1040 e HC 82424.

Na ADIn MC 2435, em que o principal argumento é a falta de proporcionalidade da medida, sua fundamentação advém do **instituto jurídico da razoabilidade da norma**. A partir disso, não são estabelecidas quaisquer referências e ele justifica a ofensa a esse princípio através da percepção de que o ato não abarcará aos demais necessitados de outras faixas etárias, além de incluir idosos ricos, que não precisariam da medida. Por último, acrescenta o fato de não ter sido oferecida nenhuma forma de remuneração aos particulares donos de farmácias. A análise individual do voto identificou a tentativa de uma avaliação da incompatibilidade entre meios e fins.

Na ADIn 1040 ele caracterizou a medida como não razoável, porque ao versar apenas sobre a passagem do tempo, sem um questionamento sobre a experiência profissional, poderia esconder a incoerência de permitir que uma pessoa inexperiente ingressasse no Ministério Público, enquanto outra com tal requisito, mesmo antes dos dois anos, ficaria excluída do exame.

Nestes dois votos, pode-se dizer que houve uma consideração semelhante acerca da razoabilidade, pois apesar de não ter sido estabelecida qualquer fundamentação, notou-se a tentativa de avaliação da relação entre meios e finalidades da norma, de forma não estruturada, mas envolvendo um certo esforço de concretização.

Recorrendo-se a outro acórdão, o conhecido HC 82424¹⁰⁵, que apesar de não integrar o tema *liberdade econômica e profissional*, acrescenta muito a essa análise comparativa, nota-se uma grande diferença no modo de aplicação da proporcionalidade pelo Ministro.

“A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a **ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança da hierarquia entre os interesses em jogo**, de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação de pensamento. (...).

O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios examina se a medida é **apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público**. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar seus pensamentos, apreender e destruir as obras são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de incitar a discriminação. (...).

O segundo princípio é o da exigibilidade ou da **necessidade** segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio o intérprete reflete, no caso, **se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral**.(...). A

¹⁰⁵ O HC 82434 foi impetrado por Werner Cantalício João Becker e tinha como paciente Siegfried Ellwager, que havia publicado um livro que recontava a história da primeira e da segunda guerra sob seu ponto de vista. A partir do qual simpatiza com os alemães, chegando até a considerar que eles que sofreram, na verdade, o processo de dizimação humana. Ellwanger foi acusado de racismo, crime imprescritível, com base no art. 5º, XLII, da Constituição. O hábeas corpus foi impetrado basicamente com o argumento de que o paciente não cometeu crime de racismo porque judeu não é raça, mas sim, discriminação contra os judeus, o que poderia prescrever.

observância desse princípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso: conceder a ordem, garantindo a liberdade de manifestação do pensamento, (...).

Finalmente, o último subprincípio é o da **proporcionalidade em sentido estrito**. (...) **Robert Alexy**, relativamente a esse subprincípio aduz: “Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que o justifiquem”. (...).”¹⁰⁶

Neste acórdão é estabelecido como fundamento para a aplicação da proporcionalidade, tal qual a teoria de Robert Alexy, a semelhança de hierarquia entre os interesses envolvidos. Nos primeiros casos expostos também é possível considerar a existência de princípios em conflito¹⁰⁷. Na ADIn MC 2435, encontra-se a restrição à livre iniciativa e livre concorrência dos empresários donos de farmácias em contraposição ao interesse público de defesa das pessoas de terceira idade, expresso pela própria Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro como decorrência do disposto nos arts. 1º, III, 3º, I e 230, da Constituição Federal. Na ADIn 1040, por sua vez, ocorreu restrição à liberdade profissional em contraposição ao interesse de que o Ministério Público selecione pessoas aptas profissionalmente ao exercício da profissão de Promotor de Justiça.

A partir disso, pode-se questionar porque nas ADIns analisadas também não foi aplicada a proporcionalidade de forma estruturada, como no HC 82424, se o mesmo pressuposto relativo ao conflito entre princípios encontrava-se nos três casos. Deve-se deixar claro, que neste momento não se pretende defender um ou outro método, mas apenas apontar a incoerência nesta atitude do Ministro,

¹⁰⁶ HC 82424, 12.12.2002, p. 898-901.

¹⁰⁷ “Até aqui, tratava-se de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, de colisão de direitos com finalidades iguais ou diferentes de diversos titulares. Não é menos significativa a **colisão em sentido amplo**, isto é, a colisão de direitos fundamentais com **valores protegidos pelo interesse público ou pelo interesse coletivo**”. Alexy, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, em 10.12.98. p. 6.

porque se acredita que o ideal seria que ele tivesse bem definido para si como deve ser aplicado tal método interpretativo, para que eles não fossem utilizados de forma discrepante em alguns casos impedindo um possível juízo de conveniência.

5.7. Ministro Gilmar Mendes - RE 413782 e IF 2915.

No RE 413782 o Ministro aplicou a proporcionalidade de forma estruturada a partir dos seus três subprincípios. Alegou que por mais que a medida pudesse ser considerada adequada, ou seja, que o meio empregado compelsse o contribuinte a adimplir o tributo, ela não é necessária, na medida em que existem outros meios menos gravosos, conforme demonstrado pelo Ministro Marco Aurélio¹⁰⁸. Além disso, aduz que a fórmula adotada pelo Estado não passa no teste da proporcionalidade em sentido estrito porque este modelo pode inviabilizar o próprio exercício de uma lícita atividade profissional da recorrente.

Note-se que neste voto houve uma justificativa para a caracterização da ofensa à proporcionalidade que se pautou no desenvolvimento do exame da necessidade de forma concreta. Apesar de se considerar que a proporcionalidade em sentido estrito continua abstrata, a ausência de necessidade já é suficiente para a desproporcionalidade da medida. Além disso, na análise individual dos acórdãos apontou-se o problema relativo à ausência de fundamentação da aplicação da proporcionalidade neste caso.

Em outro acórdão, a Intervenção Federal nº 2915, que não faz parte do tema liberdade econômica e profissional, definido pela SBDP, foi apresentada fundamentação para a aplicação da proporcionalidade:

¹⁰⁸ “A Fazenda há de procurar o Judiciário visando à cobrança, via executivo fiscal, do que devido, mostrando-se impertinente recorrer a métodos que acabem inviabilizando a própria atividade econômica”. Voto do Ministro Marco Aurélio, relator do RE 413.782 – SC, p. 5.

“Diante desse **conflito de princípios constitucionais**, considero adequada a análise da legitimidade da intervenção a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade.

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 de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de **Alexy**, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido 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**¹⁰⁹.

Estes acórdãos foram comparados para se demonstrar que em um deles, na IF 2915, o Ministro Gilmar Mendes elaborou extensa consideração a respeito da aplicação da proporcionalidade, determinando quando ela deveria ser utilizada, diferentemente do que ocorreu no RE 413782.

Levando-se em consideração que o Ministro Gilmar Mendes é um doutrinador a respeito da aplicação da proporcionalidade e já abordou seus fundamentos em acórdãos anteriores, e em trabalhos doutrinários muito citados pelos Ministros, fica difícil criticá-lo por não ter fundamentado a aplicação da proporcionalidade no RE 413782, principalmente quando se percebe que neste

¹⁰⁹ IF 2915, 03.02.2003, p.179. Nas páginas seguintes o Ministro Gilmar Mendes desenvolve de forma concreta a aplicação da proporcionalidade.

acórdão ele estruturou a aplicação da proporcionalidade conforme as premissas estabelecidas na IF 2195 que é anterior ao acórdão analisado.

6. Considerações Finais

Após a análise individual dos acórdãos e sua comparação entre os votos de cada Ministro é necessário que se façam ainda algumas considerações para que sejam concluídos alguns pontos.

Primeiramente, com relação à necessidade de fundamentação, deve-se dizer que ela por si só não caracteriza um voto como bem feito e nem exige o Ministro de desenvolver concretamente seu raciocínio. Pode-se considerar que este é apenas um requisito que permite de certa maneira perceber porque a proporcionalidade ou a razoabilidade foi aplicada em determinado caso, e a partir disso é possível verificar se seu desenvolvimento ocorreu de forma coerente. É interessante lembrar o voto do Ministro Ilmar Galvão na ADIn 2317, neste caso, entender se era pertinente a aplicação da proporcionalidade dependia de saber se ele acreditava, ou não, que ela se aplicava em casos que envolviam conflitos entre princípios, já que havia afastado a possibilidade de ofensa à liberdade profissional.

Apesar de não ter sido questionado ao longo do trabalho, coloca-se aqui um ponto para reflexão, se apenas a menção ao art.5º, LIV, feita em diversos votos, consegue demonstrar o motivo pelo qual a proporcionalidade ou a razoabilidade foi aplicada, já que raramente é explicado o que significa este dispositivo constitucional, como se a proporcionalidade fosse um princípio de larga tradição no direito brasileiro¹¹⁰.

Outra questão que merece uma nota nesta conclusão refere-se à necessidade de uma clara definição de conceitos como proporcionalidade e razoabilidade, diversas vezes utilizados como sinônimos, e também de uma clara avaliação de como o exame da adequação deve ser feito, ou seja, se deve ser considerada a necessidade de atingir ou fomentar determinado fim. Essas duas

¹¹⁰ Para um aprofundamento da questão relativa à fundamentação das decisões ler Afonso da Silva, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais 798, (2002): 23-50.

questões são importantes para a construção de uma jurisprudência coerente, com padrões bem definidos, que dificultem aplicações equivocadas, retóricas ou com acentuado grau de subjetividade.

Como muito bem coloca Humberto Ávila em artigo também destinado ao estudo da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade:

“Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e aplicação do Direito, impede a fundamentação (intersubjetiva) baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões. Quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídicas. (...) Isso sem falar que um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto mais específicas forem as conexões entre os seus elementos (...)”¹¹¹.

Por último, uma das mais importantes considerações refere-se à relação entre o desenvolvimento da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade de forma concreta e a consistência das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Observou-se ao longo do trabalho que em muitos votos a aplicação da proporcionalidade ocorria de maneira insuficiente, seja porque o desenvolvimento do raciocínio não ocorria de forma concreta, ou porque não eram adequadamente justificadas todas as suas passagens. Nestes casos, pode-se dizer que mais que um problema relativo à aplicação de um instrumento interpretativo, há falhas na consistência dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

¹¹¹ Ávila, Humberto. *Op. cit.* (nota 16), p. 35.

Foram analisados durante o desenvolvimento do trabalho 16 votos¹¹², destes, 11 votaram pela inconstitucionalidade da medida, em 8 a proporcionalidade ou a razoabilidade eram os argumentos principais, dos mesmos, em 7 ocorreram problemas na aplicação desses métodos, seja porque eles não foram desenvolvidos concretamente, ou porque a justificativa estava incompleta, ou até mesmo porque se considerou que houve manipulação da finalidade da medida, ou seja, ela foi considerada de forma diversa da planejada pelo Legislativo, ou Executivo.

	Inconstitucionalidade ¹¹³	Constitucionalidade	Argumento Principal (Prop. ou Raz.)	Não desenvolve concretamente ou ele é incompleto ¹¹⁴	Manipula a finalidade da medida ¹¹⁵
ADIn MC 855 Sepúlveda P.	X		X	X	
ADIn 2458 Sepúlveda P.	X			X	
ADIn 1040	X		X	X	

¹¹² Desconsidera-se o do Ministro Eros Grau na ADIn 1040 porque ele não aplicou a proporcionalidade.

¹¹³ Não significa que a decisão final tenha sido essa. Neste tópico fala-se do voto do Ministro individualmente.

¹¹⁴ Está sendo caracterizada como incompleta a argumentação que não explica de forma completa o raciocínio do Ministro relativamente à aplicação da proporcionalidade, ou não justifica adequadamente todas as passagens, conforme foi visto ao longo da análise individual. Não se está considerando a ausência de fundamentação ou premissas. Deve-se acrescentar que se reconhece a subjetividade desta avaliação.

¹¹⁵ A manipulação da finalidade da medida dificulta o exame da necessidade, porque se considera a finalidade proposta pelo intérprete e não pelo Legislador. Por exemplo, na ADIn 2435 em que o Ministro Marco Aurélio afirma que a medida será desarrazoada, entre outros motivos, porque não conseguirá promover a política de desconto de medicamentos a todas as pessoas, apenas aos idosos. Ora, o Estado, tendo em vista seus recursos escassos, pode determinar certas políticas para grupos como os idosos. Todos sabem da sua situação de precariedade no Brasil.

Sepúlveda P.					
ADIn 2290 Moreira Alves	X		X		X
ADC MC 9 Moreira Alves		X		X	
ADIn 2317 Ilmar Galvão		X	X		
ADC MC 9 Néri da Silveira	X			X	
ADIn 1040 Néri da Silveira		X	X		
ADIn 2623 Maurício Corrêa	X				
ADC MC 9 Maurício Corrêa		X	X	X	
ADIn MC 2435 Marco Aurélio	X		X		X
ADIn 1040 Marco Aurélio	X		X		
ADIn 1040 Ellen		X	X		

Gracie					
RE 413782 Cezar Peluso	X		X	X	
RE 413782 Gilmar Mendes ¹¹⁶	X		X		
RE 413782 Celso de Mello	X		X	X	

Este fato demonstra que, nos acórdãos avaliados, a partir dos critérios estabelecidos neste trabalho, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal argumentaram de forma inconsistente acerca da proporcionalidade ou razoabilidade, e esse argumento foi essencial para que fosse votado a favor de sua inconstitucionalidade.

Dessa maneira, a aplicação insuficiente da proporcionalidade e razoabilidade, além de gerar um problema relativamente à consistência das decisões que envolvem a aplicação desses métodos, pode ter conseqüências sobre a própria Separação de Poderes. Conforme foi visto, os acórdãos analisados tratavam da constitucionalidade de leis em sentido amplo. A avaliação desses atos exige muito critério por parte do Judiciário, principalmente quando seu papel não é apenas contrastar a Constituição com a lei e avaliar sua constitucionalidade por meio de subsunção. A aplicação dos instrumentos estudados envolve passagens que exigem cautela por parte do intérprete, no momento em que ele faz a reavaliação da compatibilidade entre os fins propostos pelo legislador e os meios

¹¹⁶ Apesar de ter sido considerado na análise individual que o Ministro Gilmar Mendes apresentou uma justificativa incompleta ao não justificar concretamente porque a medida seria desproporcional em sentido estrito, ele o fez com relação ao exame da necessidade, o que por si só basta para considerar a medida desproporcional.

por ele estabelecidos, que verifica se não haveria outras medidas menos gravosas, e pondera princípios já sopesados pelo Legislativo, poder legítimo democraticamente para essa tarefa.

A inserção não criteriosa em políticas definidas pelo Legislativo, ou Executivo, no caso de Medidas Provisórias, pode gerar duas conseqüências graves, uma relativa a fragilização do Judiciário, enquanto poder que se mantém legítimo através da determinação de sentenças fundamentadas e coerentes. E outra referente a uma intromissão de forma não criteriosa e por conseqüência não legítima na atividade legislativa.

Assim, para que este Tribunal permaneça legítimo, respeite ao postulado da isonomia, da separação de poderes e interprete o Direito Constitucional da maneira mais adequada para a sociedade, é imprescindível que se observe atentamente sua construção jurisprudencial, cobrando a devida coerência. Esta, apenas por uma análise minuciosa e crítica dos acórdãos produzidos pode-se detectar. Dessa maneira, mais que um estudo a respeito da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, fica o apelo ao desenvolvimento de sentenças fundamentadas e coerentes dentro de um todo.

Bibliografia.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais 798, (2002): 23-50.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1(2003): 607-630.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, em 10.12.98.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, vol I, nº 4, 2001. www.direitopublico.com.br, data de acesso, 14/12/05.

BARROSO, Luís Roberto, e Barcellos, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo, Malheiros Editores, 2005. P.271-316.

GRAU, Eros. *Eqüidade, razoabilidade e proporcionalidade*, Revista do Advogado São Paulo, v. 24, n. 78, (2004): 27-30.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, vol I, nº5, Bahia, Ago 2001. www.direitopublico.com.br, data de acesso, 14/12/05.

MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros*. Cadernos de Direito, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul/dez. 2003.

Acórdãos.

ADI 855 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgado em: 01 /07 /1993;
ADI 2268 MC, Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI, Julgado em: 13 /09 /2000;
ADI 2290 MC, Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgado em: 18 /10 /2000;
ADI 2317 MC, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Julgado em: 19 /12 /2000;
ADI 2019, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Julgado em: 02 /08 /2001;
ADC 9 MC, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Julgado em: 26 /08 /2001;
ADI 2435 MC, Relator Min. ELLEN GRACIE, Julgado em: 13 /03 /2002;
ADI 2623 MC, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgado em: 06 /06 /2002;
ADI 2667 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgado em: 19 /06 /2002;
IF 2915, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgado em: 03 /02 /2003;
HC 82424 QO, Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgado em: 17 /09 /2003;
RE 413782, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgado em: 17 /03 /2005.