Gil Pierre de Toledo Herck

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E ARGUMENTAÇÃO: estudo dos votos do Ministro Gilmar Mendes nos casos de liberdade de expressão

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação da professora Flávia Annenberg

SÃO PAULO

2014

Resumo: A monografia estuda a argumentação utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, ao aplicar o chamado "princípio da proporcionalidade" a casos envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão. Desvinculando-nos de qualquer noção prévia acerca do que seja a proporcionalidade, analisamos a organicidade e a racionalidade interna (consistência) dos votos do Ministro que se afirmaram como aplicando tal método. Posteriormente, comparamos esses votos entre si, para verificar se o Ministro Gilmar Mendes alterou sua concepção acerca da proporcionalidade, ao longo do tempo, e se eventuais alterações foram devidamente justificadas (coerência). A pesquisa nos permitiu concluir que o Ministro, no âmbito das decisões estudadas, não apresentou níveis particularmente elevados de consistência em seus votos, quando individualmente considerados, nem de coerência, quando comparados entre si.

Acórdãos citados: HC 82.424/RS; ADI 3.510/DF; RE 511.961/SP.

Palavras-chave: Ministro Gilmar Mendes; teoria da argumentação; consistência e coerência decisórias; ponderação de princípios; proporcionalidade; liberdade de expressão.

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, Gil e Jussara, e à minha irmã, Julie, pelo apoio e compreensão ao longo desse ano de bastante trabalho, e pelo exemplo de vida; e à Bianca, pela confidência diária e pelas várias conversas de mútuos consolo e incentivo acadêmicos.

Agradeço à minha orientadora, Flávia Annenberg, pela constante solicitude e disposição, indispensáveis à conclusão deste trabalho, e pelos cafés que tomamos, discutindo as questões que iam surgindo sobre o trabalho.

Agradeço aos outros 24 alunos da Escola de Formação, a quem tenho a honra de chamar de colegas, pelo ano de debates instigantes; e a meus amigos de faculdade e de São José dos Campos, que com seu companheirismo me proporcionaram as risadas de cada dia.

Agradeço à Coordenação da Escola de Formação, os professores Bruna Pretzel, Beatriz Dalessio e André Rosilho, pela dedicação ímpar à nossa turma; e, especialmente, à Bruna, pelas recomendações bibliográficas.

In dilecti avi memoriam.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Agravo de Instrumento

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

HC – Habeas Corpus

MPF – Ministério Público Federal

OGM – Organismos geneticamente modificados

OMB – Ordem dos Músicos do Brasil

Rcl – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TRF – Tribunal Regional Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1. Introdução 1

1.1. Ponderação de princípios, princípio da proporcionalidade e argumentação jurisdicional 1

1.2. A proporcionalidade no STF: estudos anteriores 4

1.3. Problema de pesquisa: o Ministro Gilmar Mendes e a proporcionalidade, em casos envolvendo a liberdade de expressão 7

2. Método 13

2.1. Seleção do universo de julgados 13

2.2. Forma de análise do material 17

2.2.1. Estudo da consistência 19

2.2.2. Estudo da coerência 26

3. Análise dos casos 30

3.1. Estudo da consistência 30

3.1.1. HC 82.424/RS – Caso Ellwanger 30

3.1.2. ADI 3.510/DF – Lei de Biossegurança 41

3.1.3. RE 511.961/SP – Diploma de Jornalismo 56

3.2. Estudo da coerência 72

3.2.1. ADI 3.510/DF – Lei de Biossegurança 72

3.2.2. RE 511.961/SP – Diploma de Jornalismo 75

4. Conclusão 80

5. Bibliografia 86

6. Anexos 87

6.1. Anexo I: Julgados descartados do estudo da consistência e motivos de descarte 87

6.2. Anexo II: Quadros sinópticos dos casos estudados 91

6.2.1. HC 82.424/RS – Caso Ellwanger 92

6.2.2. ADI 3.510/DF – Lei de Biossegurança 93

6.2.3. RE 511.961/SP – Diploma de Jornalismo 94

"Após um primeiro momento de perplexidade, os iniciantes no estudo do direito passam a encarar com naturalidade um fenômeno que causa estranheza a uma pessoa leiga: a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até mesmo votos conflitantes em um mesmo julgado. Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela chamada teoria da argumentação pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de uma decisão correta, qual (ou quais) é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor que outra?"[1].

1. Introdução

1.1. Ponderação de princípios, princípio da proporcionalidade e argumentação jurisdicional

Nem todos os dispositivos que figuram na CF são aplicados com a mesma facilidade a casos concretos. As possibilidades de interpretação do dispositivo segundo o qual o menor de 35 anos não é elegível para o cargo de Senador da República (CF, art. 14, § 3°, VI, *a*) são certamente diferentes daquelas do dispositivo que determina que "a propriedade atenderá a sua função social" (CF, art. 5°, XXIII).

Atentando a essa diferença na forma de interpretação e aplicação, a "moderna dogmática constitucional"[2] costuma classificar as normas (constitucionais e jurídicas, de modo geral) em *regras* e *princípios*.

Por essa classificação, *regras* são proposições normativas que descrevem condutas ou situações fáticas, e lhes prescrevem determinados efeitos. Se os fatos previstos em uma regra ocorrerem, ela deve incidir sobre

---

[1] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 291-292.

[2] Idem, p. 280. Este item introdutório é essencialmente uma paráfrase do exposto por BARROSO e BARCELLOS. A oposição entre princípios e regras, posto tenha muitos adeptos, não é unânime. De todo modo, ela é exposta, aqui, apenas como um pretexto para introduzir o problema da argumentação e da racionalidade de decisões judiciais, que é o cerne deste trabalho.

eles de modo direto e automático, salvo em caso de invalidade ou de incidência de uma outra regra, mais específica. A aplicação das regras se dá por meio de *subsunção*, um processo silogístico em que a lei é a premissa maior, os fatos, a premissa menor, e a sentença, a conclusão:

> . A idade mínima de 35 anos é condição de elegibilidade para o cargo de Senador (CF, art. 14, § 3°, VI, *a*).
>
> . Fulano (, que deseja candidatar-se ao cargo de Senador,) tem menos de 35 anos.
>
> .·. Fulano é inelegível para o cargo de Senador.

Os *princípios*, por outro lado, são normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, sem, no entanto, especificarem os atos a serem praticados para seu cumprimento. E mais: admitindo-se a existência de mais de um princípio – ou de vários deles – consagrados pela CF, é perfeitamente possível que dois deles incidam numa mesma situação concreta, indicando, cada um, decisões em sentidos opostos.

A aplicação dos *princípios*, por isso mesmo, não pode ser feita por simples *subsunção*. Havendo mais de um princípio incidente no mesmo caso concreto, passa a existir mais de uma norma a ser utilizada como premissa maior – e, diante da ausência de hierarquia entre normas constitucionais, o intérprete não pode optar por considerar apenas uma das normas em conflito, e rejeitar a incidência da outra. Essa aplicação, pelo contrário, é feita levando em conta as características do caso concreto, para que o intérprete escolha qual princípio deverá prevalecer, e em que medida. Costuma-se chamar esse processo de *ponderação*, e, mais concretamente, de aplicação do *princípio da proporcionalidade*[3].

A questão acerca da ponderação é que ela abre possibilidades interpretativas maiores ao intérprete, e lhe impõe a realização de algumas escolhas – *v.g.*, quais as circunstâncias relevantes do caso concreto, ou

[3] Não há consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre o que seja o princípio da proporcionalidade, ou sobre suas características e especificidades. Contudo, como se verá no item 1.3, *infra*, o objeto deste trabalho é tão somente o de estudar a aplicação da proporcionalidade no universo de votos do Ministro Gilmar Mendes, sem se filiar a qualquer noção prévia existente.

mesmo quais os princípios que incidem no caso. Se há maior abertura para escolhas por parte do aplicador, como evitar que essas escolhas reflitam discricionariedades imotivadas? Ou, em outras palavras, como aferir a legitimidade de decisões que apliquem a ponderação de princípios? Dizem BARROSO e BARCELLOS:

> *"O controle da legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou, ao menos, a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação"*[4].

Este trabalho é dedicado ao estudo da argumentação jurisdicional, em casos de ponderação de princípios. Mais especificamente, estudamos a argumentação do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal – STF, ao aplicar a proporcionalidade em casos envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão.

O trabalho é dividido em quatro capítulos. Neste primeiro capítulo, além dessa introdução ao tema da argumentação jurisdicional em face da ponderação de princípios, discorremos sobre outros pesquisadores que já se dedicaram ao tema da proporcionalidade na jurisprudência do STF e sobre suas conclusões, assim como apresentamos nosso problema de pesquisa e hipótese.

No capítulo 2, expomos o nosso método de trabalho, notadamente a técnica de seleção dos julgados que compõem nosso universo de pesquisa, e a forma com que neles analisamos o rigor argumentativo do Ministro. Para esse efeito, distinguimos a *consistência* de um voto (racionalidade interna) da *coerência* do Ministro (observância dos mesmos critérios de julgamento), e detalhamos como cada um desses parâmetros foi avaliado.

---

[4] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo... cit. (nota 1), p. 291.

No capítulo 3, desenvolvemos o estudo dos julgados selecionados, conforme os critérios estabelecidos no capítulo precedente. Ao final, no capítulo 4, expomos as conclusões e resultados da pesquisa.

Os capítulos 5 e 6 são dedicados, respectivamente, à bibliografia consultada e à apresentação dos anexos ao trabalho: o primeiro deles lista os julgados encontrados na busca de Jurisprudência que foram descartados da análise, com as respectivas justificativas; e o segundo esquematiza as análises realizadas em cada caso.

1.2. A proporcionalidade e o STF: estudos anteriores

Virgílio Afonso da SILVA, em artigo publicado em 2002, defende que a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo STF, é frequentemente feita de forma pouco criteriosa:

> *"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 'à 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"*[5].

Segundo o autor, o Tribunal, quando alude à proporcionalidade, normalmente o faz no modelo de afirmar que: (i) ela é consagrada pela Constituição; (ii) um determinado ato estatal não respeita essa exigência; logo (iii) tal ato é inconstitucional. Por mais que esse raciocínio silogístico seja, do ponto de vista interno, logicamente válido – e o Autor o reconhece –, a decisão que dele se valer *deve* fundamentar as premissas, maior e menor, estabelecidas. É dizer: o ônus de fundamentação das decisões judiciais *não está satisfeito* se, recorrendo a esse modelo, o julgador não disser os motivos por que acha que a proporcionalidade é consagrada pela Constituição, e que o ato estatal questionado não a respeita.

[5] SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável, RT, n. 798, 2002, p. 23-50, abr. 2002, p. 31.

SILVA sustenta, ainda, que "começam os problemas" quando investigamos precisamente essa fundamentação, nas decisões do STF. Conclui o autor:

> *"Em vista disso, ainda que o STF se refira freqüentemente ao princípio da proporcionalidade, essa referência é tecnicamente incorreta (...). Destarte, pode-se dizer que na jurisprudência do STF não se encontram maiores subsídios para o desenvolvimento da discussão sobre a regra da proporcionalidade no Brasil"*[6].

Essa provocação de SILVA levou Manuela Oliveira CAMARGO a dedicar-se ao tema em sua monografia[7] apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) em 2005, sob a orientação daquele mesmo autor. Inspirada na "hipótese de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não agem de forma criteriosa ao aplicarem a proporcionalidade e a razoabilidade"[8], CAMARGO propôs-se a estudar o uso do princípio na jurisprudência do STF, particularmente nos casos de conflitos entre princípios da ordem econômica.

A autora justificou a realização de sua pesquisa com base em que o estudo da aplicação da proporcionalidade como método interpretativo, pelo Tribunal, não seria um fim em si mesmo, senão apenas um instrumento, ou pretexto, para "a reflexão de algo mais profundo": a avaliação da consistência das decisões do STF, e da própria legitimidade da atuação da Corte[9].

Após ampla análise de acórdãos por ela selecionados, primeiramente de modo qualitativo, por voto, e posteriormente por meio de uma análise comparativa dos diversos votos de cada Ministro, individualmente considerado, CAMARGO conclui:

> *"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,*

---

[6] SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável, RT, n. 798, 2002, p. 23-50, abr. 2002, p. 33.

[7] CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:* Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2005, disponível em <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=59>, acesso em 16 set. 2014.

[8] Idem, p. 12

[9] Idem, p. 13.

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****"*[10] *(grifamos).*

O tema do uso da proporcionalidade pelo STF motivou ainda a dissertação de Mestrado de Bruno Ramos PEREIRA[11] – também orientada por SILVA. Mencionando alguns pesquisadores já haviam percebido que o STF, por vezes, faz uma utilização meramente retórica da proporcionalidade, diz PEREIRA que "seria interessante que houvesse uma preocupação constante de cada Ministro do STF em expressar seu entendimento teórico sobre a proporcionalidade, sua compreensão sobre quais são os conflitos em relação aos quais a proporcionalidade poderia ser utilizada (situação de fato que permitiria a utilização da regra) e sua compreensão sobre como a proporcionalidade pode ser utilizada para solucionar um conflito na prática"[12].

Assim motivado, e com base na hipótese preliminar de que "os Ministros do STF não utilizam a proporcionalidade de modo coerente"[13], PEREIRA restringiu seu estudo ao uso da proporcionalidade, mais especificamente, a 22 votos do Ministro Gilmar Mendes[14]. Para tanto, o autor definiu variáveis a serem identificadas nos votos, e estabeleceu, em função delas, uma gradação da "coerência" no uso da proporcionalidade, dividida em três níveis de intensidade: coerência forte, média ou fraca. Posteriormente, já tendo feito a sua análise, o autor conclui, em sentido não muito distante de CAMARGO e de SILVA:

---

[10] CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade...* cit. (nota 7), p. 75.

[11] PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal:* Análise dos Votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

[12] Idem, p. 14.

[13] Idem, p. 15.

[14] O autor justificou esse enfoque no Ministro Gilmar Mendes devido ao expressivo número de ocasiões em que esse Ministro aplicou a proporcionalidade, nos casos por ele estudados, em comparação com os demais Ministros – o que, segundo PEREIRA, possibilita "comparações mais ricas dentro de uma amostra que contêm *(sic)* maior número de objetos de análise". Com efeito, se Gilmar Mendes utilizou a proporcionalidade em 22 votos, os Ministros empatados em segundo lugar, no número de utilizações, foram Ayres Britto e Cezar Peluso – cada um com apenas 7 delas. E a média de votos em que a proporcionalidade foi aplicada, pelos demais Ministros, foi de meros 3,15 votos (cálculo nosso, a partir da tabela montada pelo autor). In: PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 31-32.

> *"Tratando ainda dos números produzidos pela pesquisa empírica, dos 22 votos do Ministro Gilmar Mendes,* ***em apenas 4 houve a coerência no uso da proporcionalidade denominada 'forte'****. Em muitos votos (13), Gilmar Mendes não conceituou a proporcionalidade, não indicou conceito de proporcionalidade que havia explicitado em voto anterior (ou em seus textos jurídicos), não justificou o uso da proporcionalidade no caso concreto ou remeteu o leitor à justificativa para a utilização da proporcionalidade explicitada em caso julgado anteriormente. Esse dado pode ser utilizado para a elaboração de uma crítica a respeito da atuação do Ministro.* ***Ainda que tendo produzido textos a respeito do tema e defendido a relevância do uso do instrumento, Gilmar Mendes parece não transferir ao momento de decisão a carga teórica desenvolvida anteriormente****"*[15] *(grifamos).*

1.3. Problema de pesquisa: o Ministro Gilmar Mendes e a proporcionalidade, em casos envolvendo a liberdade de expressão

A ideia do presente trabalho foi, em grande medida, inspirada pelos textos acima citados – o artigo de SILVA, e as monografias de CAMARGO e de PEREIRA. Assim como este último autor havia feito[16], foi-nos possível perceber, a partir de discussões que tivemos na Escola de Formação e da leitura de decisões do STF, uma significativa frequência com que o Ministro Gilmar Mendes, em particular, recorre ao princípio da proporcionalidade em seus votos.

Com efeito, se SILVA, em 2002, apontava[17] o fato de que os Ministros do STF, quando chegavam a afirmar que um certo ato estatal era ou não *proporcional*, sequer usavam as expressões "adequação", "necessidade" e "proporcionalidade em sentido estrito", salta-nos aos olhos que o Ministro Gilmar Mendes, em alguns casos julgados nos anos que se seguiram, cite e defina expressamente esses conceitos, bem como estruture a análise de cada

---

[15] PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 90.
[16] Idem, p. 25 (nota de rodapé 77), e p. 32.
[17] SILVA cita a "decisão liminar do STF que declarou inconstitucional a exigência de pesagem de botijões de gás na presença do consumidor, instituída, no Paraná, por lei estadual" (ADI-MC 855/PR). Naquele caso, a lei foi dita violadora da proporcionalidade, sem que fosse aplicado nenhum dos exames do princípio. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional... cit. (nota 5), pp. 33-34.

um deles em parágrafos distintos, além de fazer referência expressa a Robert Alexy, dentre outros autores[18].

Ainda, Gilmar Mendes possui, além do livro citado por PEREIRA em sua dissertação, ao menos dois outros artigos acadêmicos publicados especificamente sobre o tema, escritos antes de ele se tornar Ministro – trata-se de *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*[19], publicado em 1994; e *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*[20], uma expansão do primeiro, publicada em 2001, quando o autor ainda era Advogado-Geral da União. Esses artigos, aliás, são "trabalhos doutrinários muito citados pelos [demais] Ministros"[21] nos acórdãos que compuseram a monografia de CAMARGO.

Dessa forma, o objeto deste trabalho diz respeito ao uso do princípio da proporcionalidade como técnica de decisão, pelo Ministro Gilmar Mendes. O interesse de um estudo nesse sentido não se limita à mera descrição das preferências doutrinárias do Ministro, ou de suas concepções sobre os direitos fundamentais. Antes, assim como no caso do artigo de SILVA e da monografia de CAMARGO, este estudo deve ser pretexto "para a reflexão de algo mais profundo": como o Ministro Gilmar Mendes – que, como vimos, mostra-se um entusiasta do tema – tem embasado suas decisões envolvendo o princípio da proporcionalidade? Seriam extensíveis a ele as críticas formuladas por SILVA e CAMARGO sobre o recurso *meramente retórico* à proporcionalidade ou sobre seu uso *pouco criterioso*?

Além disso, é imprescindível justificar o enfoque na atuação do Ministro Gilmar Mendes, em particular, tendo em vista a existência de um outro trabalho especificamente sobre o tema – a citada dissertação de PEREIRA.

---

[18] Esse é o caso do famoso HC 82.424/RS, o "Caso Ellwanger", em que o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto em 26/06/2003.

[19] MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23, p. 469-475, dez. 1994.

[20] MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras, *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 5, ago. 2001.

[21] CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade...* cit. (nota 7), p. 72.

A nossa justificativa é a inquietação que nos causou a conclusão daquele autor, de que o Ministro em questão raramente desenvolveu, em seus votos, níveis considerados altos de coerência[22] (em apenas 4 dos 22). Afinal, parece razoável esperar, de um Ministro que tenha "produzido textos a respeito do tema e defendido a relevância do uso do instrumento"[23], graus elevados de coerência no uso da proporcionalidade – e não o contrário.

O número limitado de acórdãos utilizados por PEREIRA, naturalmente, condiciona as possibilidades de generalização de suas conclusões ao universo efetivamente lido – o que ele expressamente reconhece[24]. Em outras palavras, a conclusão de que o Ministro não apresentou, com frequência, graus elevados de coerência não pode ser cientificamente estendida à sua atuação no STF como um todo, restringindo-se aos 22 casos estudados por PEREIRA, compreendidos entre os anos de 2004 e 2006.

O que nos inquietou ainda mais sobre a conclusão de PEREIRA é que ela confirma, ao menos nos limites de seu alcance pretendido, uma impressão nossa, formada a partir de leituras e discussões que tivemos ao longo deste ano, na Escola de Formação, que tomamos, por sinal, como hipótese deste trabalho: a de que o Ministro Gilmar Mendes, em sua atividade jurisdicional, cita com relativa frequência a proporcionalidade, porém não a aplica com muito rigor. Percebemos que o Ministro às vezes aplica a proporcionalidade ao caso concreto violando sua própria definição do modo com que ela opera. Em diversas ocasiões, lemos acórdãos em que o Ministro Gilmar Mendes

---

[22] Como veremos abaixo, PEREIRA estuda a argumentação do Ministro com base em duas categorias: a "coerência no voto", a ser aferida no âmbito de cada voto do Ministro, individualmente considerado; e a "coerência do Ministro", significando o uso regular (ou a variabilidade fundamentada) da proporcionalidade ao longo do tempo. Aqui, usamos uma nomenclatura diferente: *consistência* para designar a "coerência no voto", e *coerência* para designar a "coerência do Ministro". Esta diferença será melhor esclarecida no item 2.2, *infra*: por ora, entenda-se a expressão "níveis considerados altos de coerência" como significando uma argumentação sólida e logicamente concatenada, em termos bastante gerais.

[23] PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 90.

[24] Diz PEREIRA, sobre as possibilidades de generalização de suas conclusões: "Ainda no que se refere às limitações deste trabalho, não se pretende fazer afirmações absolutas sobre o ministro 'X' ou 'Y', apenas afirmações sobre como o ministro 'X' ou 'Y' se comportou na amostra qualificada como relevante". In: PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 19.

aplicava a proporcionalidade discorrendo longamente sobre sua justificação teórica, mas aplicava-a ao caso concreto laconicamente.

Apenas a título de exemplo do que lastreou essa nossa hipótese, cabe mencionar o famoso "Caso Ellwanger" (HC 82.424/RS). Em um dado ponto do julgamento, o Ministro avaliava se a sentença que condenara Ellwanger pela prática de racismo fora *adequada*. O Ministro havia definido ato "adequado" como aquele *"apto a produzir o resultado desejado"*. E ele fundamenta a afirmação de que a condenação de Ellwanger fora adequada com as seguintes palavras:

> *"É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância"*[25].

Ora, não é *evidente* que condenar alguém pela prática de racismo seja um ato "apto a produzir" a "salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância". A conexão não é imune a qualquer questionamento. Alguém poderia argumentar, por exemplo, que condenar alguém é um ato de intolerância, e não de tolerância. Isso não significa dizer que a condenação de Ellwanger por racismo *não era* adequada, nos termos definidos pelo Ministro. Afirmamos apenas que isso não era, em princípio, evidente. Espera-se mais de um magistrado do que a simples afirmação de que o resultado da questão jurídica posta é "evidente", sem trazer argumentos em favor dessa conclusão.

O que nos moveu a essa pesquisa, então, foi testar, num âmbito diverso do apontado por PEREIRA[26], a nossa hipótese. Teria sido a conclusão daquele autor uma exceção, ou há outros recortes possíveis que a confirmem? Diante desse objetivo, buscamos delinear um recorte de pesquisa

---

[25] O caso Ellwanger será analisado no item 3.1.1.

[26] Vale mencionar, à guisa de diferenciação deste trabalho do de PEREIRA, que nenhum dos 22 julgados utilizados por aquele autor apareceu sequer no universo preliminar obtido em nossa pesquisa. In: PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p.31, nota de rodapé 101.

que parecesse capaz de potencializar a frequência com que o Ministro apresentasse o que chamamos de "nível elevado de coerência".

Com esse objetivo – o de definir, como objeto de pesquisa, o uso da proporcionalidade pelo Ministro Gilmar Mendes em um conjunto de casos em que pareça razoável esperar graus especialmente elevados de coerência – optamos por um recorte temático a partir do direito à liberdade de expressão, em sentido amplo[27].

O motivo para esse recorte temático é o fato de que a liberdade de expressão é frequentemente usada, pelos autores que tratam da proporcionalidade, para exemplificar a aplicação desta. Nesse sentido, a contraposição entre a liberdade de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro, seria o "caso clássico"[28] de aplicação da proporcionalidade. E não só a doutrina o reconhece, como se constata a partir desse julgado do STF:

> *"(...) a liberdade de expressão é sobremodo suscetível de colidir, em tese, com outros direitos fundamentais, designadamente com os elementares do chamado direito à incolumidade moral, consoante se dá na espécie. Considera a doutrina, aliás, como paradigmático de colisão entre direitos constitucionais, 'o caso da liberdade de expressão ou de imprensa, quando se oponha à intimidade da vida privada, ao direito ao bom nome e à reputação'"*[29].

Disso resulta o interesse de se descobrir quais os níveis de coerência do Ministro justamente quando ele se vê diante de um "caso clássico" de aplicação da proporcionalidade – como o recorte abrange todas as vezes em que figura o direito à liberdade de expressão, ele abarca, necessariamente, todas as vezes em que esse direito está oposto ao direito à intimidade e congêneres.

No mais, o fato de a liberdade de expressão figurar no caso típico de aplicação da proporcionalidade deve significar a existência de maiores

---

[27] A noção de "liberdade de expressão, em sentido amplo" está melhor explicada na metodologia de seleção dos acórdãos, item 2.1, *infra*.
[28] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo*... cit. (nota 1), p. 286
[29] STF: RE 447.584/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.11.2006, p. 631.

subsídios jurisprudenciais e doutrinários sobre sua aplicação, o que, por sua vez, tornaria disponíveis ao Ministro mais argumentos já explorados em outras sedes. A existência desses subsídios seria um incentivo à obtenção, pelo Ministro, de níveis mais elevados de coerência.

Ressalte-se que o estabelecimento deste recorte de pesquisa – um recorte que potencializa a coerência – permite uma crítica ainda mais contundente à atuação do Ministro, caso o nível de coerência observado não seja satisfatório.

Maiores especificações sobre a formação do universo de acórdãos e os métodos de leitura e fichamento estão no item seguinte.

2. Método

2.1. Seleção do universo de julgados

A pesquisa dos julgados que compõem o universo deste estudo foi feita a partir da ferramenta de "Pesquisa de Jurisprudência"[30], do site do STF. Dois primeiros recortes feitos a essa pesquisa são os marcos temporais (i) inicial, de 20 de junho de 2002 – data em que o Ministro Gilmar Mendes tomou posse do cargo de Ministro do STF[31] –; e (ii) final, de 31 de julho de 2014, termo estabelecido para o encerramento da fase de formação do universo dessa busca.

Questão importante diz respeito às *expressões de busca* usadas na pesquisa de jurisprudência no site do STF. Para defini-las, adaptamos a técnica criada por Bruna PRETZEL, em monografia apresentada à Escola de Formação em 2007[32], conforme passamos a descrever.

O primeiro passo foi identificar, nos dispositivos constitucionais protetivos do direito à liberdade de expressão em sentido amplo[33], palavras-chave ou locuções-chave. Identificamos, nesse processo, as mesmas palavras-chave e locuções-chave[34] da monografia de PRETZEL, a saber:

---

30 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

31 Fonte: linha sucessória do site do STF. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_ago_2014.pdf>. Acesso em: 12 out. 2014.

32 A monografia de PRETZEL dedica-se ao estudo da argumentação do Ministro Marco Aurélio, precisamente em casos de liberdade de expressão, daí termos adaptado sua técnica de formação de expressões de busca. In: PRETZEL, Bruna Romano. *O Ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão:* uma análise de argumentação. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2007. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=93>.

33 A nossa definição de "liberdade de expressão em sentido amplo" é o conjunto de direitos protegidos pelos incisos IV, IX e XIV do art. 5º, e pelo art. 220, *caput* e seus §§ 1° e 2°, todos da CF, *verbis*: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição; § 1° Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5°, IV, V, X, XIII e XIV. § 2° É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

34 Apenas não usamos as locuções "comunicação social" e "informação jornalística". Isso porque o uso que fizemos das palavras "comunicação" e "informação" torna desnecessário o uso das referidas locuções. É dizer: todo julgado que for possível encontrar com a

expressão; *manifestação*; *pensamento*; *comunicação*; *imprensa*; *informação*; *criação*.

Em seguida, cada uma dessas palavras ou expressões-chave foi precedida da palavra *liberdade*, com o uso do operador "adj2"[35]. O conjunto das combinações possíveis entre a palavra *liberdade* e as palavras-chave estabelecidas – com a palavra *liberdade* sempre precedendo a palavra-chave – forma o que chamamos de "Grupo A", com um total de 7 elementos.

O segundo passo foi incluir, na expressão de busca, algo que limitasse os acórdãos encontrados àqueles que contivessem referência à proporcionalidade. Para tanto, optamos pela expressão "proporcionalidade ou[36] razoabilidade", porque o Ministro Gilmar Mendes já utilizou-as como sinônimos em artigos doutrinários[37].

Combinamos, na sequência, cada um dos elementos do Grupo A com a expressão formada para a proporcionalidade, mediante o uso do operador "e"[38]. Obtivemos, por esse método, um total de 7 expressões de busca[39], que têm por efeito a busca de qualquer caso que contenha, simultaneamente, referência a: (i) pelo menos uma das palavras ou locuções-chave definidas para o direito à liberdade de expressão; e (ii) pelo menos uma das palavras "proporcionalidade" ou "razoabilidade". Esquematicamente:

---

expressão de busca "(liberdade adj2 (comunicação adj1 social))" será necessariamente encontrado com a expressão "(liberdade adj2 comunicação)"; o mesmo valendo, analogamente, para a locução "informação jornalística".

[35] O operador "adj" busca palavras aproximadas, na mesma ordem colocada na expressão de busca. O número após o "adj" indica a delimitação de distância entre palavras, podendo ser escolhido livremente.

[36] O operador "ou" procura por qualquer uma das palavras

[37] "Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo (...)". Este trecho aparece no primeiro dos dois artigos doutrinários citados (nota 19, p. 469). Interessante notar que, no trecho correspondente do artigo mais recente, Gilmar Mendes muda o fraseado para "Essa decisão parece consolidar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo (...)" (nota 20, p. 13), o que levanta a dúvida sobre eventual mudança de posição do Ministro quanto à possibilidade de designação da proporcionalidade, como um todo, de razoabilidade.

[38] O operador "e" procura todas as palavras desejadas em qualquer lugar do documento.

[39] Na verdade, essas 7 expressões de busca podem ser agrupadas em uma só, que foi a que usamos. Trata-se da expressão de busca (sem aspas, quando digitada na busca de jurisprudência): "((liberdade adj2 (expressão ou manifestação ou pensamento ou comunicação ou imprensa ou informação ou criação)) e (proporcionalidade ou razoabilidade))".

$$\left(\text{liberdade} \quad \text{adj2} \quad \left(\begin{array}{c}\text{expressão}\\ \text{ou}\\ \text{manifestação}\\ \text{ou}\\ \text{pensamento}\\ \text{ou}\\ \text{comunicação}\\ \text{ou}\\ \text{imprensa}\\ \text{ou}\\ \text{informação}\\ \text{ou}\\ \text{criação}\end{array}\right)\right) \quad \text{e} \quad \left(\text{proporcionalidade} \quad \text{ou} \quad \text{razoabilidade}\right)$$

Essas expressões de busca, quando combinadas com os marcos temporais escolhidos, fornecem um total provisório de 15 acórdãos. Além disso, como nos interessa particularmente o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, utilizamos as mesmas expressões para pesquisar decisões monocráticas suas, nos mesmos parâmetros temporais, o que nos trouxe mais 7 decisões monocráticas.

Os julgados que compõem esse universo preliminar de 15 acórdãos e 7 decisões monocráticas são[40]: ADI-MC 2.677/DF; RE 208.685/RJ; HC 82.424/RS; Inq 2.154/DF; Inq 1.957/PR; RE 447.584/RJ; Inq 2.245/MG; ADPF-MC 130/DF; ADI 3.510/DF; ADPF 130/DF; RE 511.961/SP; RE 414.426/SC; ADPF 54/DF; ADI 4.430/DF; HC 109.676/RJ; AI 823.231/DF; AI 822.465/DF; AI 836.641/RJ; AI 851.410/MA; ARE 687.835/SP; Rcl 16.556 MC/SP; RE 574.716/SP.

Após uma primeira triagem, foram descartados três acórdãos, em que o Ministro Gilmar Mendes não apresentou voto. Isso porque nosso objetivo – avaliar a coerência do uso da proporcionalidade, pelo Ministro – pressupõe a possibilidade de leitura efetiva de votos seus. Quando não há, no acórdão, voto do Ministro Gilmar Mendes – o que pode acontecer devido a uma eventual ausência do Ministro, na sessão de julgamento, ou ao fato de ele ter

[40] Os julgados estão ordenados, em primeiro lugar, segundo o tipo de julgado (acórdão ou monocrática) e, em segundo lugar, pela ordem cronológica de julgamento.

seguido o relator sem ter proferido voto –, não é possível realizar tal estudo[41]. Os acórdãos que foram assim descartados, bem como os motivos de descarte, são:

Acórdão descartado	**Motivo de descarte**	**Informação constante do extrato de ata**
RE 208.685/RJ	O Ministro Gilmar Mendes não estava presente à sessão de julgamento, e portanto não proferiu voto.	"Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim e Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes"[42].
Inq 2.154/DF	Apenas o Ministro Marco Aurélio, relator, proferiu voto, que foi seguido por todos os demais Ministros. Gilmar Mendes não se pronunciou.	"Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a denúncia, nos termos do voto do relator"[43].
HC 109.676/RJ	O Ministro Gilmar Mendes não participou deste julgamento, que foi da Primeira Turma. O Ministro é da segunda turma.	"Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber. Compareceu o Senhor Ministro Teori Zavascki para julgar processos a ele vinculados"[44].

O universo final da pesquisa, composto de 12 acórdãos e 7 decisões monocráticas, é, então, o seguinte:

Tipo de julgado	Processo	Órgão Julgador	Ministro Relator	Data de julgamento

[41] Talvez seja possível argumentar que um estudo dos casos em que o ministro Gilmar Mendes não proferiu voto seja interessante para estudar a coerência do ministro: se o caso for muito parecido com um caso já julgado por ele, em que a proporcionalidade foi utilizada, seria pouco coerente da parte dele não aplicá-la. Todavia, optamos por, ainda assim, eliminar esses acórdãos sem voto de nosso estudo. Primeiro, porque a ausência de voto do ministro muitas vezes é devida ao fato de ele sequer estar presente à sessão de julgamento. Segundo, porque nosso estudo da coerência será apenas sobre os casos em que o Ministro *aplicou* a proporcionalidade. A justificativa para este recorte está no item 2.2.2, *infra*.

[42] STF: RE 208.685/RJ, Rel. Mina. Ellen Gracie, j. 24/06/2003, p. 7349.

[43] STF: Inq 2.154/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/12/2004, p. 109.

[44] STF: HC 109.676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11/06/2013, p. 32.

Acórdão	ADI-MC 2.677/DF	Pleno	Maurício Corrêa	26/06/2002
Acórdão	HC 82.424/RS	Pleno	Moreira Alves	17/09/2003
Acórdão	Inq 1.957/PR	Pleno	Carlos Velloso	11/05/2005
Acórdão	RE 447.584/RJ	Segunda Turma	Cezar Peluso	28/11/2006
Acórdão	Inq 2.245/MG	Pleno	Joaquim Barbosa	28/08/2007
Acórdão	ADPF-MC 130/DF	Pleno	Ayres Britto[45]	27/02/2008
Acórdão	ADI 3.510/DF	Pleno	Ayres Britto	29/05/2008
Acórdão	ADPF 130/DF	Pleno	Ayres Britto	30/04/2009
Acórdão	RE 511.961/SP	Pleno	Gilmar Mendes	17/06/2009
Acórdão	RE 414.426/SC	Pleno	Ellen Gracie	01/08/2011
Acórdão	ADPF 54/DF	Pleno	Marco Aurélio	12/04/2012
Acórdão	ADI 4.430/DF	Pleno	Dias Toffoli	29/06/2012
Monocrática	AI 823.231/DF	-	Gilmar Mendes	09/11/2010
Monocrática	AI 822.465/DF	-	Gilmar Mendes	09/11/2010
Monocrática	AI 836.641/RJ	-	Gilmar Mendes	01/03/2011
Monocrática	AI 851.410/MA	-	Gilmar Mendes	04/10/2011
Monocrática	ARE 687.835/SP	-	Gilmar Mendes	05/09/2013
Monocrática	Rcl 16.556 MC/DF	-	Gilmar Mendes	12/12/2013
Monocrática	RE 574.716/SP	-	Gilmar Mendes	30/04/2014

2.2. Forma de análise do material

Como vimos no item 1.1, não há muito consenso, entre os que estudam a proporcionalidade, quer sobre a forma com que ela deve ser aplicada, quer

[45] O Acórdão designa o Relator como "Carlos Britto". Todavia, como há outros acórdãos em que o mesmo Ministro é designado "Ayres Britto" – e como esse é o nome com que esse Ministro é mais comumente conhecido –, optamos por padronizar a designação. Esse também foi o caso para a ADPF 130/DF.

sobre o motivo de sua exigibilidade. Essa observação é importante porque, como o que propomos aqui é analisar o rigor argumentativo – que se desdobra em consistência e coerência – do Ministro Gilmar Mendes ao usar essa técnica, poder-se-ia – com razão – criticar a eventual adoção, como paradigma, de uma dentre as visões existentes sobre o assunto. Afinal, o Ministro não é obrigado a concordar com este ou com aquele autor em sua concepção de proporcionalidade, e o fato de seguir um caminho que lhe seja próprio não significa, de modo algum, que ele seja, automaticamente, incoerente ou inconsistente.

O que queremos quando nos propomos a estudar a utilização da proporcionalidade pelo Ministro Gilmar Mendes, portanto, *não é* avaliar seu uso em face de um conceito específico e prévio de proporcionalidade. Antes, nosso estudo da argumentação do Ministro é desvinculado de qualquer noção pré-concebida sobre o assunto, e se baseia somente no que contido em sua própria fundamentação. Recorremos às opiniões de terceiros sobre a proporcionalidade apenas na medida em que essas opiniões foram citadas pelo próprio Ministro, como suporte à sua fundamentação.

O nosso estudo do rigor argumentativo do Ministro se desdobra, então, em dois momentos, inspirados em uma dicotomia usada por PEREIRA[46]:

(i) Consistência ("coerência no voto", no dizer de PEREIRA):

> Essa avaliação será feita dentro de cada julgado, separadamente. O pressuposto que adotamos é o de que um voto *consistente* é aquele que expõe sua racionalidade interna de modo claro o suficiente para que esta possa ser fiscalizada pelos jurisdicionados. Adotamos esse pressuposto para um voto consistente porque ele teria por finalidade "possibilitar que o argumento do Ministro fosse estruturado de modo claro e aberto, permitindo que os leitores de seus votos tivessem acesso ao seu raciocínio"[47].

[46] PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 25.
[47] Idem, ibidem.

Decorre deste pressuposto que o Ministro, para ser *consistente* a cada vez que usa a proporcionalidade, deve (a) explicar o que é a proporcionalidade, e como ela opera, no seu entender[48]; (b) dizer por que ela pode ser aplicada ao caso que está a julgar – e, eventualmente, a que outros casos ela se aplica –; e (c) aplicá-la fundamentadamente – segundo o modo como disse compreendê-la – ao caso concreto.

(ii) Coerência ("coerência do Ministro", no dizer de PEREIRA):

A *coerência* é resultado da comparação de votos diferentes em que o Ministro usa a proporcionalidade. Adotamos o pressuposto de que, para ser coerente, ele deve (a) manter, ao longo do tempo, a mesma compreensão sobre a proporcionalidade e sobre os casos a que ela se aplica; ou (b) quando mudar de compreensão sobre o sentido de proporcionalidade ou seus casos de aplicação, justificar "por que utilizou um sentido e não o outro sentido que também já entendeu possível"[49]. Esses pressupostos para a caracterização do Ministro como *coerente* advêm da constatação de que, diante do direito à isonomia entre os jurisdicionados, é de se esperar premissas semelhantes para casos semelhantes – e, caso o Ministro estabeleça diferenciações, essas devem ser abordadas e justificadas.

2.2.1. Estudo da consistência

Vimos acima que o pressuposto que adotamos para que um voto que usa a proporcionalidade seja considerado *consistente* é que ele satisfaça, simultaneamente, a três requisitos, não necessariamente nessa ordem: (i) descreva o que é a proporcionalidade – nisso incluída a necessidade de definição de como operá-la –; (ii) diga porque ela é aplicável ao caso concreto; (iii) aplique-a ao caso concreto,

---

[48] PEREIRA diz a ordem com que o Ministro realiza essas tarefas deve necessariamente ser esta: primeira o conceito de proporcionalidade, depois a justificativa de aplicação, depois a aplicação ao caso concreto; mas nós não vemos tal necessidade. Uma inversão da ordem não necessariamente impediria que um voto fosse "claro e aberto", *i.e.*, consistente. In: PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 25.

[49] Idem, ibidem.

fundamentadamente e segundo a descrição feita de sua operacionalização.

Cabe, também, esclarecer que nós, ao contrário de PEREIRA [50], *não adotamos* uma gradação para a consistência[51] dos votos do Ministro. Aquele autor, cujos três pressupostos de consistência nós compartilhamos, dividiu os votos entre os de consistência *forte* (os que apresentam todos os três pressupostos), *média* (os que apresentam quaisquer dois pressupostos) e *fraca* (os que apresentam um ou nenhum dos pressupostos). Segundo ele, essa gradação se impunha porque "[u]ma eventual classificação dos votos de acordo com uma classificação binária (...) seria, a meu ver, muito absoluta, de modo que acabaria por anular nuances presentes em certos votos"[52].

Optamos por abandonar essa gradação adotada por PEREIRA por acreditarmos que a ausência de qualquer um dos pressupostos de consistência estabelecidos esvazia toda a argumentação baseada na proporcionalidade. Com efeito, faltando uma descrição do que seja a proporcionalidade, é impossível fiscalizar a racionalidade interna de sua aplicação; faltando um motivo jurídico pelo qual ela seja aplicável ao caso concreto – *v.g.*, o de que a CF determina que só é constitucional o ato proporcional –, torna-se irrelevante saber se o ato é ou não proporcional; e faltando a aplicação efetiva da proporcionalidade ao caso concreto, segundo os moldes definidos, o Ministro simplesmente não terá julgado o caso, podendo o voto ser conveniente a um texto de doutrina, mas não a um julgamento.

Essa imprescindibilidade de cada um dos pressupostos também pode ser constatada a partir da percepção de que o voto que decide

---

[50] PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 26.

[51] PEREIRA, é bom lembrar, utiliza a terminologia "coerência no voto" para designar a nossa "consistência", e "alicerces argumentativos" para designar os nossos "pressupostos de consistência".

[52] PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 25.

aplicando a proporcionalidade pode ser resumido no seguinte silogismo, já referido por SILVA[53]:

. a constituição consagra a regra da proporcionalidade.

. o ato questionado não respeita (ou respeita) essa exigência.

.·. o ato questionado é inconstitucional (ou constitucional).

Tal silogismo, segundo SILVA, é "inatacável do ponto de vista interno", mas se tiver suas premissas apoiadas em "fundamentação duvidosa", tem sua "admissibilidade do ponto de vista externo"[54] comprometida.

Ora, as duas premissas do silogismo são fundamentadas exatamente pelos três pressupostos de consistência adotados: que "a constituição consagra a regra da proporcionalidade" se torna claro quando há devida exposição dos motivos de sua aplicabilidade ao caso concreto; e que "o ato questionado não respeita (ou respeita) essa exigência" se constata a partir da definição do que seja a proporcionalidade, e de sua aplicação fundamentada ao caso concreto.

Nós, portanto, apenas classificamos os votos que utilizam a proporcionalidade em consistentes (quando apresentam todos os três pressupostos) ou inconsistentes (quando não apresentam algum dos pressupostos).

Explicado esse abandono da gradação da consistência, expomos como se dará a análise dos julgados. Para operacionalizar nossos três pressupostos, estabelecemos o seguinte modelo de fichamento, que abrange as categorias (i) síntese da controvérsia; (ii) análise da consistência do voto; e (iii) comentários.

---

[53] Na versão de SILVA, não há os trechos entre parênteses. In: SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional... cit. (nota 5), p. 31.
[54] Idem, ibidem.

(i) **<u>Síntese da controvérsia:</u>** uma breve descrição da questão jurídica em debate, trazendo, quando relevantes para a compreensão, algumas peculiaridades do caso concreto.

(ii) **<u>Análise da consistência do voto:</u>**

a. <u>Conceito de proporcionalidade:</u> aqui, buscaremos identificar como o Ministro diz que deve ser a aplicação da proporcionalidade, qual seu *modus operandi*. A pergunta é "o que é a proporcionalidade, e como usá-la?". Essa seção se desdobra em duas:

- ✓ Subcategorias envolvidas: identificaremos se o Ministro diz que há categorias menores – *v.g.* "adequação" – usadas no exame da proporcionalidade, e suas definições.
- ✓ Relação entre as subcategorias: Que relação há entre as subcategorias e a proporcionalidade? Há relação das subcategorias entre si – existe, *v.g.*, subsidiariedade da necessidade, em relação à adequação?

b. <u>Justificativa de utilização:</u>

- *Fundamento normativo:* aqui se trata de identificar aquilo que autoriza ou impõe, do ponto de vista jurídico, o uso da proporcionalidade. Perguntamos: "por que usar a proporcionalidade"? São exemplos de respostas possíveis: "o art. 5°, LIV da CF e o princípio do devido processo legal substantivo"; ou ainda o fato de a proporcionalidade supostamente ser "consequência lógica da estrutura dos princípios" [55];

[55] BARROSO e BARCELLOS se manifestam sobre a necessidade de o juiz abordar os motivos pelos quais algum critério de decisão é aceitável, no âmbito jurídico: "Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. Ou seja: não bastam o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão. (...) A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral". In: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo... cit. (nota 1), p. 293.

- *Casos de aplicação:* aqui buscaremos identificar quais os casos de aplicação, segundo o Ministro, para a proporcionalidade. Se ele aplica a proporcionalidade a um dado caso concreto, é natural que esse caso se inclua nos *casos de aplicação* por ele definidos para a proporcionalidade. Mas é bem possível que, em seu voto, o Ministro fale de outros casos de aplicação, não idênticos, mas assemelhados ao caso que está a julgar. Daí que identificar os casos de aplicação definidos pelo Ministro serve tanto para análise da consistência ou racionalidade interna do voto (afinal, o próprio caso em que se aplica a proporcionalidade deve ser um caso de aplicação dela) quanto para análise da coerência do Ministro – eis que o estabelecimento, hoje, de outros casos de aplicação para a proporcionalidade cria para o Ministro o ônus de, quando confrontado com um desses outros casos, aplicar a proporcionalidade ou, no mínimo, justificar sua não aplicação. Um exemplo de caso de aplicação que pode ser citado é o de "avaliar a legitimidade de atos normativos que restringem direitos fundamentais". A pergunta é "quando usar a proporcionalidade"?[56]

c. Aplicação:

- *Circunstâncias (apontadas) do caso:* as circunstâncias apontadas pelo Ministro como relevantes para a análise da proporcionalidade.
- *Aplicação* stricto sensu*:* examinar a aplicação dos conceitos ao caso concreto, e argumentar sobre se seu

[56] BARROSO e BARCELLOS também falam da necessidade de que o julgamento reflita a adoção de critérios abstratos, que possam ser usados a casos futuros: "(...) um segundo parâmetro útil para o controle da argumentação jurídica, em especial quando ela envolva a ponderação, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes". In: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo... cit. (nota 1), p. 294.

uso seguiu as definições dos conceitos ou não. Também observaremos os argumentos trazidos pelo Ministro quando conclui sobre o resultado da aplicação da proporcionalidade (pode acontecer, *v.g.*, que o Ministro simplesmente diga que o resultado é "evidente", mas não traga argumentos que sustentem essa "evidência").

d. Quadro sinóptico: resumo, em forma de diagrama.

(iii) **Comentários:** Trata-se de uma seção aberta a considerações sobre a análise de cada caso. Nela, podemos, por exemplo, refletir sobre os conceitos ou subprincípios abstratamente definidos pelo Ministro, apontando eventuais implicações que não são óbvias, e que ele parece não ter percebido[57]; ou tentar traduzir os outros argumentos do Ministro para a linguagem da proporcionalidade, conforme definida por ele[58].

Note-se que as etapas propostas correspondem aos pressupostos por nós adotados para a qualificação de um voto como consistente: o "conceito de proporcionalidade" diz respeito à necessidade de o Ministro explicar o que entende por proporcionalidade; a "justificativa de utilização", à necessidade de o Ministro dizer por que ela pode ser aplicada ao caso que está a julgar; e a "aplicação", à utilização do mesmo método descrito no "conceito", de maneira fundamentada.

É preciso, também, esclarecer que as três primeiras etapas da "Análise da consistência do voto" ("Conceito de proporcionalidade", "Justificativa de utilização" e "Aplicação") não necessariamente aparecerão nesta sequência nos fichamentos dos julgados. Na verdade, a ordem relativa dessas três etapas não está pré-determinada, e seguirá, a cada caso, a ordem com que elas forem desenvolvidas no voto do Ministro.

O estudo da *consistência* no uso da proporcionalidade pressupõe mais do que a mera existência de um voto do Ministro, no acórdão: é preciso que

[57] É o caso da ADI 3.510/DF (Lei de Biossegurança), cuja análise é feita no item 3.1.2, *infra*.
[58] É o caso do RE 511.961/SP (Diploma de Jornalismo), cuja análise é feita no item 3.1.3, *infra*.

ele argumente invocando a proporcionalidade, de alguma forma. O critério que utilizamos para recortar, dentro de nosso universo de julgados, aqueles cuja consistência estudaríamos foi o seguinte:

(i) Em primeiro lugar, é indispensável que o Ministro use a expressão "proporcionalidade" ou "razoabilidade" em seu voto. Como queremos estudar a consistência desvinculada de qualquer noção apriorística acerca do que seja a proporcionalidade, não podemos dizer que o Ministro "aplicou a proporcionalidade" num dado voto se ele mesmo não chegou sequer a mencioná-la. Se o fizéssemos, estaríamos, necessariamente, comparando a argumentação do Ministro com algum conceito prévio de proporcionalidade.

(ii) É também preciso que a expressão "proporcionalidade" ou "razoabilidade" seja utilizada, pelo Ministro, para designar um método de julgamento, assim como que o Ministro tenha a pretensão de utilizá-lo, no caso. Se, *v.g.*, a expressão constar do voto do Ministro, mas ele simplesmente estiver dizendo que não vai utilizá-la, não é cabível estudar a consistência argumentativa do uso da proporcionalidade – porque, efetivamente, o Ministro não a terá utilizado.

Daí porque, dentro do universo total de 12 acórdãos e 7 decisões monocráticas, o universo de estudo da consistência acabou sendo bastante reduzido. Dentre todos esses julgados, o Ministro invoca a proporcionalidade como método decisório em apenas três, cuja consistência estudamos: o HC 82.424/RS (Caso Ellwanger), a ADI 3.510/DF (Lei de Biossegurança) e o RE 511.951/SP (Diploma de jornalismo)[59].

[59] Um quadro com a justificativa do descarte de cada um dos demais acórdãos e decisões monocráticas está no Anexo I, item 6.1 *infra*.

2.2.2. Estudo da coerência

O estudo da coerência entre os votos do Ministro tem por pressuposto que o Ministro, ao julgar cada caso, deve ter em vista os argumentos por ele próprio trazidos para decidir casos semelhantes, no passado.

Com efeito, se é verdade que "há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese", e que "considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas"[60], não deixa de ser verdade que o fundamento para essa variedade de interpretações é justamente a pluralidade de intérpretes: se *quot capita, tot sententiae*, então *unum caput, una sententia*. Sendo o intérprete sempre o mesmo, espera-se que as decisões para casos semelhantes sejam, também, semelhantes.

Esse rigor não é, naturalmente, absoluto: o Ministro pode alterar sua concepção sobre uma dada questão jurídica, ao longo do tempo, assim como pode entender que o caso que está a julgar não é exatamente igual a um outro caso por ele já julgado, que ele decidira de modo diverso ao que pretende decidir. Contudo, a liberdade para alterar seus posicionamentos, ao longo do tempo, também não é absoluta: antes é limitada pelo direito que seus jurisdicionados têm a decisões fundamentadas e isonômicas. O que se exige do Ministro, portanto, não é a imutabilidade de entendimento, mas que qualquer alteração seja abertamente justificada.

Levando em conta esses dois pressupostos (o de que o Ministro deve manter-se coerente com as premissas por ele firmadas em decisões anteriores, ou o de que deve, ao alterar um posicionamento seu, manifestar-se sobre ele, e justificá-lo), convém fazer dois esclarecimentos preliminares.

O primeiro deles diz respeito aos casos estudados. Um estudo exaustivo da coerência do Ministro, no que tange à aplicação da proporcionalidade a casos de liberdade de expressão, exigiria, em primeiro

---

[60] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo... cit. (nota 1), p. 292.

lugar, que fossem analisados todos os casos em que o Ministro aplicou a proporcionalidade, especialmente para levantamento dos casos de aplicação definidos, e, exigiria, na sequência, o estudo de todos os casos em que ele não aplicou a proporcionalidade, não obstante se enquadrassem em casos por ele próprio definidos como de aplicação da proporcionalidade. Em outras palavras, uma vez identificados os casos de aplicação da proporcionalidade definidos pelo próprio Ministro (conjunto dentro do qual estariam contidos, no mínimo, todos os casos em que o Ministro efetivamente aplicou a proporcionalidade), um estudo aprofundado da coerência de sua argumentação exigiria a leitura de todas as oportunidades em que o Ministro julgou um caso sem aplicar a proporcionalidade, mas que havia sido definido, em outra ocasião, como caso de aplicação.

Ocorre que a expressão de busca por nós adotada não garante a localização desses casos. Como vimos no item 2.1. *supra*, nossa expressão de busca encontra casos que contenham, necessariamente, referência simultânea tanto à liberdade de expressão quanto à proporcionalidade[61]. É verdade que é possível, nessas condições, encontrar um caso em que, não obstante tenha sido previamente definido como caso de aplicação da proporcionalidade, o Ministro não tenha usado a proporcionalidade: um outro Ministro, que não o Ministro Gilmar Mendes, pode ter aplicado a proporcionalidade (daí o caso ter entrado no universo encontrado pela expressão de busca). Mas também é verdade que isso é só uma possibilidade: é igualmente possível – e bastante provável – que haja diversos casos que se encaixem em um caso de aplicação da proporcionalidade, definido pelo Ministro Gilmar Mendes, mas em que nem ele, nem qualquer Ministro tenha citado a proporcionalidade – nesse caso, o julgado não terá sido encontrado pela expressão de busca.

Na verdade, não estamos certos sequer da possibilidade de encontrar, com uma expressão de busca, todos os casos que se encaixem nos casos de

[61] Rigorosamente falando, a expressão de busca encontra os casos que contenham, simultaneamente, referência a: (i) pelo menos uma das palavras ou locuções-chave definidas para o direito à liberdade de expressão; e (ii) pelo menos uma das palavras "proporcionalidade" ou "razoabilidade"

aplicação da proporcionalidade definidos pelo Ministro. Como a ementa dos julgados é feita, no mais das vezes, pelo Relator do caso e a indexação, pelas subsecretarias, é provável que não sejam inseridas, em uma ou em outra, expressões-chave essenciais para a identificação do caso como abrangido pelos casos de aplicação da proporcionalidade, definidos pelo Ministro Gilmar Mendes.

Desse modo, o estudo da coerência que faremos será declaradamente não exaustivo. Não estudaremos os casos em que o Ministro não aplicou a proporcionalidade, a despeito de a ter aplicado, no passado, a um caso com as mesmas características indicadas como relevantes – até porque não conhecemos expressão de busca que permita a sua localização. Estudaremos, para efeito de coerência, apenas os casos em que o Ministro aplicou a proporcionalidade, em casos de liberdade de expressão – os mesmos três casos cuja consistência estudamos[62].

O segundo esclarecimento diz respeito ao método de trabalho. A coerência é uma característica da atuação jurisdicional do Ministro, ao longo do tempo. No entanto, é difícil dizer, em termos absolutos, que o Ministro é ou não é coerente: afinal, ele ainda está em atividade, no STF, e é possível que um julgado dele que ainda virá a ocorrer, por exemplo, altere a classificação de coerente ou incoerente por nós realizada neste trabalho. Daí se tira uma importante conclusão: a avaliação de coerência é feita sempre, e necessariamente, de modo concreto, i.e., tendo por referência um momento

[62] Poder-se-ia questionar acerca dos motivos porque não realizamos, neste trabalho, uma análise (declaradamente não exaustiva) dos julgados que compõem o universo de pesquisa e em que o Ministro não usou a proporcionalidade (9 acórdãos e 7 decisões monocráticas). Afinal, poder-se-ia argumentar que é possível que, nesses casos, o Ministro tenha se mostrado incoerente com um dos três casos cuja consistência estudamos. Nós não negamos que isso pode sim ter acontecido. Entretanto, o que nos motivou a rejeitar essa empreitada foi que esses 9 acórdãos e 7 decisões monocráticas foram encontrados, dentre todos os julgados em que incoerências poderiam ocorrer, de modo arbitrário. Com efeito, em todos esses 9 acórdãos e 7 monocráticas a palavra "proporcionalidade" ou a palavra "razoabilidade" *necessariamente* aparecem na ementa e/ou na indexação, e não há como justificar essa exigência. Na verdade, exigir que as palavras "proporcionalidade" ou "razoabilidade" tenham sido citadas por ao menos um dos Ministros (pois, caso contrário, não entrariam na indexação) pode até enviesar o conjunto dos casos, para o estudo da coerência – pode-se argumentar, *v.g.*, que o fato de algum outro Ministro ter utilizado a proporcionalidade indicaria que se trata de um caso abrangido por várias das diferentes visões acerca da proporcionalidade, o que levaria o Ministro Gilmar Mendes a ser mais cauteloso ao deixar de aplicá-la, justificando sua não aplicação.

específico da atuação jurisdicional do Ministro, em relação à sua atividade jurisdicional passada.

No nosso caso, essa jurisdição passada, em relação à qual cada caso será comparado, não é sequer o conjunto da atuação do Ministro, senão os três casos selecionados para estudo. E, como a análise da coerência de cada momento da atuação jurisdicional do Ministro pressupõe uma comparação desse momento com os que lhe antecederam, é natural que o primeiro de todos os julgados que compõem o universo de referência para a coerência não seja analisado.

Daí porque nosso método de trabalho estudará a coerência de apenas dois momentos da atuação jurisdicional do Ministro, comparando cada um deles com os casos que lhe antecederam: estudaremos a ADI 3.510/DF (Lei de Biossegurança) comparando-a com o HC 82.424/RS (Caso Ellwanger); e estudaremos o RE 511.961/SP (Diploma de Jornalismo), comparando-o com a ADI 3.510/DF (Lei de Biossegurança) e com o HC 82.424/RS (Caso Ellwanger).

O objetivo desse estudo é avaliar as alterações de posicionamento do Ministro, quanto ao conceito de proporcionalidade (*modus operandi*, subcategorias envolvidas e relações entre as subcategorias) e à justificativa de sua utilização (fundamento normativo e casos de aplicação) [63].

---

[63] Vale ressaltar que, por paradoxal que possa parecer, a classificação de um voto como *inconsistente* não obsta, *ipso facto*, a que ele componha a "atividade jurisdicional passada" que serve de paradigma à análise da coerência: porque o que importa à formação desse paradigma é apenas o conceito de proporcionalidade e a justificativa de utilização expostos no passado – não a sua aplicação ao caso concreto. No caso do presente trabalho, por exemplo, os casos que formam paradigmas à coerência foram classificados como inconsistentes – o HC 82.424/RS e a ADI 3.510/DF, cf. itens 3.1 e 3.2 *infra* – porque, não obstante tenham apresentado um conceito de proporcionalidade, assim como uma justificativa à sua utilização, não aplicaram-na ao caso concreto conforme a própria definição. Ora, se o conceito de proporcionalidade e a justificativa de utilização haviam sido satisfatórias, os casos puderam perfeitamente compor o paradigma à análise da coerência. Acreditamos, inclusive, que mesmo um caso com conceito e/ou justificativa de utilização deficientes – inconsistente, portanto – pode compor esse paradigma à coerência: se, *v.g.*, em dois casos semelhantes o Ministro conceitua a proporcionalidade de modo diverso – ora de modo insatisfatório, ora o contrário –, a sua atuação no segundo caso pode ser considerada incoerente. Pela agudeza de observação que nos permitiu incluir esse comentário no trabalho, nossos agradecimentos ao Gustavo Haddad Braga.

3. Análise dos casos

3.1. Estudo da consistência

3.1.1. HC 82.424/RS – Caso Ellwanger

Acórdão: HC 82.424 / RS
Relator: Min. Moreira Alves
Data de Julgamento: 17/09/2003

(i) Síntese da Controvérsia

O HC 82.424/RS foi impetrado por Siegfried Ellwanger, contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS que o condenava pela prática de racismo.

Ellwanger, como sócio da "Editora Revisão", havia publicado diversas obras de conteúdo antissemita, de sua autoria e da de outros escritores nacionais e estrangeiros. Oferecida a denúncia, ele foi absolvido na primeira instância. No entanto, o TJ/RS condenou-o pelo delito do art. 20 da Lei 7.716/89, *verbis*:

> *"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional".*

O TJ/RS averbou, à condenação, a imprescritibilidade do crime, em decorrência do art. 5°, XLII[64] da CF/88. Contra essa decisão, Ellwanger impetrou *habeas corpus*, primeiro no STJ, denegado, e depois no STF, sob a alegação de que, como os judeus não seriam, propriamente, uma "raça", ele – Ellwanger – teria sido condenado por *discriminação de cunho não racial*, e seu crime não seria abrangido pela norma excepcional de imprescritibilidade – que a CF só reservaria à "prática de racismo". Ocorre que, se confirmada tal tese, seria necessário reconhecer ter havido extinção da punibilidade, por prescrição da pretensão punitiva – como Ellwanger fora absolvido na primeira

[64] "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art. 5°, CF).

instância, passaram-se quase cinco anos entre o oferecimento da denúncia e a condenação.

É preciso ter em mente que grande parte da discussão que se teve no julgamento deste HC girou em torno na definição de *raça* e do crime de *racismo*. Essa questão, que foge ao nosso estudo, era importante no caso, pois, não fosse o crime considerado imprescritível, já teria ocorrido prescrição, e Ellwanger não poderia ser preso. Daí porque o Ministro Gilmar Mendes, a partir de citações de historiadores, sociólogos e juristas, dedicou um trecho considerável de seu voto a argumentar no sentido de que o antissemitismo seria, sim, racismo. Na segunda parte de seu voto, no entanto, o Ministro se voltou à questão da constitucionalidade ou não da restrição, que se via no caso, à liberdade de expressão de Ellwanger.

O STF negou provimento ao HC impetrado por Ellwanger, mantendo a condenação a ele imposta pelo TJ/RS. A votação foi por maioria de sete a três, vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio – ambos consideraram o crime prescrito – e Ayres Britto – que concedeu o recurso de ofício para absolver Ellwanger por falta de provas. Gilmar Mendes votou pelo desprovimento do HC, conforme veremos abaixo.

(ii) <u>Estudo da consistência</u>

a. Conceito de proporcionalidade

O Ministro fala em proporcionalidade, abstratamente, nos seguintes termos:

> *"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 Robert 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. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um ***método geral para a solução de conflitos entre princípios****, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais"* [65]*(grifamos).*

Segundo o Ministro, então, o princípio da proporcionalidade é um método de avaliação da constitucionalidade de atos restritivos de direitos fundamentais, bem como de solução de conflitos entre princípios, de modo geral. Para que um ato restritivo de direitos fundamentais seja conforme ao princípio da proporcionalidade[66], ele precisa passar pelos testes das subcategorias *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Quanto à definição[67] dessas subcategorias, extraímos de seu voto que um ato restritivo de direitos fundamentais é: (i) adequado quando *"apto a produzir o resultado desejado"*; (ii) necessário quando *"insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz"*; e (iii) proporcional em sentido estrito quando *"estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto".*

As definições de adequação e necessidade são bastante operacionalizáveis. Parece-nos, porém, que, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o Ministro poderia ter esclarecido melhor os termos em que é

---

[65] STF: HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17/09/2003, pp. 657-658.

[66] "(...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (...), necessário (...) e proporcional em sentido estrito". Idem, p. 659.

[67] Idem, ibidem.

feito o teste. Porque não é evidente quando se pode dizer que a relação entre a restrição de um princípio e a realização do outro é "ponderada" ou não. O propósito de se dizer o conceito da proporcionalidade é permitir aos leitores das decisões que avaliem se a aplicação do princípio seguiu ou não os parâmetros enunciados. Se não há clareza nesses parâmetros, fica frustrada ou reduzida a possibilidade de controle da argumentação.

Gilmar Mendes não chega a enunciar expressamente qualquer relação entre essas subcategorias – ele não diz, *v.g.*, que todo ato proporcional em sentido estrito é adequado e necessário. Mas parece ser possível inferir uma relação de subsidiariedade entre a necessidade e a adequação. Porque, se o exame da necessidade consiste em procurar outros atos tão eficazes quanto o ato restritivo que se analisa ("igualmente eficazes"), então é lógico que o ato restritivo necessário *é* eficaz. E, sendo eficaz na consecução do resultado desejado, é, *ipso facto*, adequado.

Vimos, então, que o Ministro diz o que entende por proporcionalidade, explica como se dá sua aplicação, define as subcategorias envolvidas nessa aplicação – embora a definição de proporcionalidade em sentido estrito pudesse ter sido mais detalhada – e, implicitamente, revela uma relação entre duas dessas subcategorias. Consideramos, por isso, que este primeiro requisito a um voto consistente foi verificado.

b. Justificativa de utilização

Como vimos acima, o Ministro parece enxergar dois tipos de caso de aplicação para o princípio da proporcionalidade: ele é tanto um método de avaliação da legitimidade constitucional de atos restritivos de direitos fundamentais, quanto um método geral para a solução de conflitos entre normas do tipo princípio.

É importante notar que, quanto ao primeiro caso, o Ministro afirma que o ato restritivo cuja legitimidade se quer avaliar não precisa ser uma lei, em sentido formal. Segundo ele, esse princípio se aplica a qualquer ato do poder público:

> *"Registre-se, por oportuno, que o* ***princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos****, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário (...)*
>
> *(...) qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade"* [68],[69] *(grifamos).*

Já quanto ao fundamento normativo, quando se aplica a proporcionalidade para o primeiro tipo de situação (avaliar a constitucionalidade de atos restritivos de direitos fundamentais), ele parece ser o de que esses direitos teriam um "núcleo essencial", que nenhuma restrição poderia legitimamente alcançar. A proporcionalidade seria uma "exigência positiva e material" decorrente da necessidade de determinar se essa restrição ao direito fundamental atingiu seu núcleo essencial – porque se o atingiu, então a restrição é ilegítima ou inconstitucional.

Quando aplicado para o segundo tipo de situação (como um método para a solução de conflitos entre princípios, em geral), o fundamento normativo é que esse tipo de conflitos não pode ser resolvido pela "revogação ou redução teleológica" de qualquer das normas conflitantes, mas por sua ponderação, à luz do caso concreto. O fundamento normativo seria, em outras palavras, o de que a proporcionalidade decorre da própria estrutura dos princípios, enquanto mandamentos de otimização.

Como o Ministro expôs com clareza os casos de aplicação da proporcionalidade, bem como o fundamento normativo à sua aplicação, em cada um desses casos, consideramos que o segundo requisito a um voto coerente também foi verificado.

c. Aplicação

---

[68] STF: HC 82.424/RS cit. (nota 65), p. 659.

[69] Essa menção a "qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais" não nos parece querer incluir atos não oriundos dos poderes públicos (*i.e.* atos de particulares). Isso porque, no mesmo parágrafo, o Ministro fala das "decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei".

Após ter estabelecido os casos de aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como definido seus fundamentos normativos e seu conceito, o Ministro diz que o ato restritivo que ele pretende avaliar, em face do princípio da proporcionalidade, é a *"decisão condenatória ao enquadrar, como racismo, a conduta do paciente e, portanto, imprescritível"*[70].

Na sequência, o Ministro cita trechos da decisão do TJ/RS, que condenou Ellwanger, no intuito de demonstrar duas circunstâncias do caso concreto: em primeiro lugar, a de que os livros publicados não tinham teor científico-historiográfico, pois pregavam o *"monismo de causa como explicação histórica"*[71] e não continham *"qualquer escoro (...) em elementos confiáveis, a não ser na imaginação dos escribas"*[72]. Em segundo, a circunstância de que não apenas os livros não tinham teor historiográfico, como também tinham forte carga ideológica ou proselitista do antissemitismo. Diante dessas circunstâncias do caso concreto por ele citadas, o Ministro procede, então, à aplicação das três máximas parciais por ele citadas e definidas, nos seguintes termos:

> *"**É evidente** a **adequação** da condenação do paciente para se alcançar o **fim almejado**, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. **Assegura-se** a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, CF), do pluralismo político (art. 1°, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4°, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5°, XLII).*
>
> *Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja **necessária**, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, **dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso** a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.*
>
> *Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que*

[70] STF: HC 82.424/RS cit. (nota 65), p. 660.
[71] Idem, p. 667.
[72] Idem, p. 668.

atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que não se cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da 'proibição do excesso'.

A decisão atende, por fim, ao requisito da ***proporcionalidade em sentido estrito****. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o* ***ônus imposto à liberdade de expressão do paciente****. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.*

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade"[73] *(grifamos).*

Como se vê, a condenação de Ellwanger por racismo, nos termos em que foi aplicada, foi, segundo o Ministro Gilmar Mendes, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Quanto à adequação da condenação, o Ministro se limita a afirmar que é "evidente" que ela foi adequada "para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância", não fornecendo qualquer outro argumento em defesa dessa conclusão.

O Ministro apenas continua, no mesmo parágrafo, dizendo que, com a condenação, *a posição do Estado é assegurada* no que se refere à defesa de diversos outros princípios constitucionais, que não a salvaguarda de uma sociedade pluralista. Essas menções – que, assim como a afirmação de que a condenação é "evidente", não foram reforçadas por outros argumentos –

[73] STF: HC 82.424/RS cit. (nota 65), p. 669-671.

fazem surgir uma dúvida importante sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, no caso: esses outros princípios citados pelo Ministro – *ss.* dignidade humana, pluralismo político, repúdio ao terrorismo e ao racismo, e imprescritibilidade do racismo – configuram também *fins* perante os quais a condenação de Ellwanger deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito? Se sim, por que o Ministro não os mencionou quando, logo no mesmo parágrafo, falou expressamente em "fim almejado"? Se não, por que citá-los como "assegurados" com a decisão condenatória, no parágrafo em que trata da adequação, ao mesmo tempo em que não trouxe argumentos para fundamentar a afirmação de que a condenação é "evidentemente" adequada?

Quanto à avaliação da *necessidade* da condenação, o Ministro afirma que "não há dúvida" de que ela é necessária, porque, como foi o próprio constituinte quem determinou o racismo como imprescritível, então "dificilmente" haveria outro meio menos gravoso, senão o de condenar Ellwanger com averbação de imprescritibilidade.

Diante dessa argumentação, mais uma vez fica a dúvida acerca de qual ou quais seriam os fins almejados pela condenação de Ellwanger. Isso porque, se entendermos que o fim almejado é tão somente a *salvaguarda de uma sociedade pluralista* – e esse é o único fim expressamente declarado pelo Ministro –, então a pergunta que se deveria fazer no exame da *necessidade* é "há algum outro meio que seja menos gravoso à liberdade de expressão de Ellwanger, e que seja tão capaz de atingir a salvaguarda de uma sociedade pluralista quanto a sua condenação por racismo?". O inciso XLII do art. 5° da CF – que determina a imprescritibilidade do racismo – seria, nesse caso, de todo impertinente ao exame da necessidade: pois, se proteger o inciso XLII não é um *fim almejado*, o fato de a condenação de Ellwanger ser ou não *adequada* a proteger este inciso, bem como o fato de haver ou não qualquer outro meio igualmente *adequado* a protegê-lo, não são nem *suficientes* nem *indispensáveis* a qualquer conclusão sobre o exame da necessidade – esse exame apenas precisa levar em conta o *fim almejado* e o *direito restringido*, e considerações sobre qualquer outro bem constitucional

não fornecem subsídios à sua resposta. E não é só: se entendermos que o fim almejado é tão somente a *salvaguarda de uma sociedade pluralista*, a ausência de menção a esse fim – que foi o que o Ministro fez, no exame da necessidade – não seria sequer permitida: para saber se a condenação de Ellwanger era necessária, seria *indispensável* avaliar todas as alternativas a ela diante daquele único fim almejado.

Se, porém, entendermos que há outros fins almejados pela condenação de Ellwanger – notadamente aqueles princípios que o Ministro diz estarem "assegurados", quando fala da adequação da medida –, então eles deveriam sim, a princípio, entrar no exame da necessidade. E dizemos "a princípio" porque a eventual constatação de que nenhuma outra medida seria igualmente adequada a atingir um dentre os fins almejados – *i.e.*, a constatação de que a condenação seria *necessária* relativamente a um deles, isoladamente considerado – seria suficiente (, quando aliada à prévia constatação da adequação da medida a todos os fins almejados,) à conclusão de que a condenação fora *necessária* em relação a todos[74]. O Ministro até poderia, então, citar, no exame da necessidade, apenas um dentre os fins almejados – como o fez –, mas seria imprescindível, para tanto, que ele primeiro tivesse demonstrado a adequação da condenação de Ellwanger relativamente a cada um dos fins almejados – o que ele não fez.

De todo modo, resta claro que da argumentação do Ministro não é possível inferir, afinal, qual ou quais são os fins almejados pelo ato restritivo de direitos fundamentais (no caso, a condenação de Ellwanger).

De um lado, temos declarações expressas do Ministro sobre "o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância" – o que nos levaria a considerar apenas este como fim.

De outro, percebemos que o Ministro chegou à conclusão de que a medida era necessária a partir do fato de que não haveria outro meio igualmente adequado a proteger o art. 5°, XLII da CF – que prevê o racismo

[74] Aquele dentre os fins almejados em relação ao qual a medida fosse necessária seria como que o "fator limitante", que determina a necessidade da medida em relação ao conjunto.

como imprescritível –, e nem sequer chegou a citar a "salvaguarda de uma sociedade pluralista" no exame da necessidade. Essa circunstância indicaria que há, pelo menos, outro fim almejado pela condenação. Mas, se esse fosse o caso, seria desejável que o Ministro incluísse-o em suas referências expressas ao fim almejado – e seria mesmo imprescindível, diante da definição de seus conceitos, que ele argumentasse, também, em defesa da *adequação* da condenação para atingir esse fim.

Também é importante ressaltar que Gilmar Mendes conclui que o ato fora *necessário* porque "dificilmente" se encontraria outro meio menos gravoso, o que configura uma aplicação da necessidade com sentido diferente do expressamente definido por ele próprio. Se bem lembrarmos, o Ministro havia dito que ato necessário é aquele "insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz".

Ora, a definição exige que o ato *necessário* não possa ser substituído, não que ele apenas possa ser substituído com dificuldade. Um ato para o qual a substituição seja possível – ainda que muito difícil – deveria ser qualificado como não necessário, segundo a definição do próprio Ministro. E o que o Ministro fez foi exatamente o contrário: declarou o ato como de substituição possível – posto que difícil –, e concluiu que ele era necessário.

Já quanto ao exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, o Ministro Gilmar Mendes argumenta que "*dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão"* de Ellwanger implicaria no sacrifício de *"inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional",* e que a "liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência". Interessante reparar que, mais uma vez, o Ministro se refere expressamente a um "objetivo perseguido", aludindo apenas à "preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana", e não à proteção da regra da imprescritibilidade do racismo.

Nesse terceiro requisito à caracterização do voto como *consistente* (a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto, segundo o *modus operandi* definido pelo próprio Ministro no mesmo voto), o Ministro Gilmar Mendes não

realizou o esperado. A aplicação da proporcionalidade ao caso concreto disse, sim, quais as circunstâncias desse caso concreto consideradas relevantes, porém fez pouco além disso. A fundamentação para as conclusões de que o ato restritivo – a condenação de Ellwanger por racismo – seria adequado, necessário e proporcional em sentido estrito foi superficial ou inexistente: o Ministro simplesmente disse que a adequação era "evidente".

Além disso, houve confusão, ao longo da aplicação, sobre quais seriam os fins objetivados pela condenação – ora se falava em salvaguardar uma sociedade pluralista, ora em proteger a norma que postula a imprescritibilidade do racismo, ora em vários outros fins que a condenação assegurava.

No julgamento do Caso Ellwanger, portanto, o Ministro Gilmar Mendes não apresentou um voto consistente, segundo os requisitos adotados. Conquanto tenha apresentado seu conceito de proporcionalidade, bem como a justificativa de sua utilização, o Ministro não aplicou-a ao caso concreto de modo fundamentado, e aplicou-a, quanto à necessidade, de modo a contradizer a própria definição por ele mesmo fornecida.

d. Quadro sinóptico

Princípio da proporcionalidade, princípio do devido processo legal em sentido substantivo, princípio da proibição do excesso		
Conceito e *modus operandi*		O princípio da proporcionalidade é um método de avaliação da constitucionalidade de atos restritivos de direitos fundamentais, e de solução de conflitos entre princípios, de modo geral. O ato restritivo, para ser conforme ao princípio da proporcionalidade, precisa ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.
	Adequação	Ato adequado é aquele "apto a produzir o resultado desejado".
	Necessidade	Ato necessário é aquele "insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz".
	Proporcionalidade em sentido estrito	Ato proporcional em sentido estrito é aquele pelo qual se "estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto".
Relação entre as subcategorias		Nenhuma relação foi expressamente declarada. Uma relação de subsidiariedade foi inferida, segundo a qual

	todo ato necessário é adequado (o exame da necessidade é subsidiário ao da adequação).
Casos de aplicação	São dois: (i) avaliar a legitimidade constitucional de atos restritivos de direitos fundamentais, podendo estes atos ser quaisquer atos do poder público; e (ii) resolver conflitos entre princípios, de maneira geral.
Fundamento normativo	Para o primeiro caso de aplicação, o fundamento normativo é a necessidade imperativa de se averiguar se o ato restritivo atingiu o "núcleo essencial" do direito fundamental. Para o segundo, é a própria estrutura dos princípios, que faz com que um conflito entre eles só possa ser resolvido pela ponderação à luz do caso concreto.
Circunstâncias (apontadas) do caso	São duas: (i) os livros citados por Ellwanger não tinham teor científico-historiográfico; e (ii) tinham forte carga ideológica ou proselitista do antissemitismo.
Aplicação *stricto sensu*	Conclusão de que a condenação de Ellwanger (o ato restritivo) fora adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Porém, pouca ou nenhuma fundamentação dessa conclusão. A adequação é dita "evidente", e o exame da necessidade é feito com relação a um fim diferente daquele usado na adequação. Ademais, o exame da necessidade não seguiu a definição de ato necessário: porque a definição de ato necessário é ato insubstituível, e não ato de difícil substituição.

3.1.2. ADI 3.510/DF – Lei de Biossegurança

Acórdão: ADI 3.510 / RS
Relator: Min. Ayres Britto
Data de Julgamento: 29/05/2008

(i) Síntese da Controvérsia

A ADI 3.510 foi proposta pelo Procurador-Geral da República, contra o art. 5° da Lei n° 11.105/05, a chamada "Lei de Biossegurança", que autoriza a utilização de células-tronco embrionárias humanas para fins de pesquisa e terapia, atendidas certas condições, *verbis*:

"Art. 5°. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro *e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1°. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2°. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3°. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997"[75].

O Procurador-Geral sustentou seu pedido com base em que o referido artigo ofenderia "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e [o artigo] faz [faria] ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana"[76].

A ADI foi julgada totalmente improcedente, por apertada maioria de 6 a 5. O Ministro Gilmar Mendes foi um dos votos vencidos, tendo votado pela improcedência *condicionada* da ação: para o Ministro, o referido art. 5° da Lei 11.105/05 é constitucional (de onde se segue a improcedência da ADI), *"desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização* in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde"* [77].

---

[75] STF: ADI 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 142-143.
[76] Idem, p. 143.
[77] Idem, p. 630.

O Ministro se valeu da técnica de interpretação conforme à Constituição. Segundo ele, a interpretação literal do art. 5° da lei seria inconstitucional por violar o "princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente", como estudaremos abaixo. No entanto, a declaração de sua "nulidade total" criaria um "indesejado vácuo normativo", daí porque valer-se de uma interpretação conforme.

(ii) <u>Análise da consistência</u>

a. Justificativa de utilização

O Ministro Gilmar Mendes usou, em seu voto, o "princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente". Como veremos, trata-se de um método totalmente distinto de avaliação de constitucionalidade de uma lei, e os conceitos envolvidos em sua aplicação, bem como as regras com que ele é operado, são diversos daqueles do princípio da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso.

O Ministro inicia sua argumentação expondo o *fundamento normativo* para o uso do princípio da proporcionalidade. Segundo o Ministro, os direitos fundamentais possuem não apenas uma dimensão subjetiva – no sentido de criarem direitos a particulares, e apenas imporem ao Estado o respeito à sua fruição –, como também uma dimensão objetiva, que os torna *"mandatos normativos direcionados ao Estado"*. Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais criam para o Estado, diz o Ministro, o *dever de proteção contra agressões por parte de terceiros* – que compreende também o dever de regulamentar de maneira apropriada, pela via legislativa ou por outras vias, a maneira de realização de um dado direito e os limites com que ele pode ser restringido em benefício de outros direitos.

> *"Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um* ***dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais****.*
>
> *Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais*

expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como ***proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela*** *(Untermassverbote)"*[78] *(grifamos).*

Quanto aos *casos de aplicação* para a proporcionalidade entendida como proibição de proteção insuficiente, estes parecem ser os casos em que o ato estatal de regulamentação aparentam fazê-lo de modo inapropriado. No caso, o Ministro constata uma aparente deficiência da Lei 11.105/05, ao regulamentar a "utilização, para fins de pesquisa, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro" em seu artigo 5°, e por isso aplica a proporcionalidade:

> *"A* ***primeira impressão****, não há dúvida, é de que* ***a lei é deficiente na regulamentação do tema*** *e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (Übermassverbot), mas como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)"*[79] *(grifamos).*

Como se vê, o Ministro justificou o uso da proporcionalidade: expôs tanto seu fundamento normativo, quanto seus casos de aplicação.

b. Conceito de proporcionalidade

A seguir, o Ministro continua, definindo as *subcategorias envolvidas* no conceito de proporcionalidade:

> *"(...) a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma* ***estrutura diferenciada****. O ato não será* ***adequado*** *quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será* ***necessário*** *na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da* ***proporcionalidade em sentido estrito*** *se o grau de satisfação do fim legislativo é (sic) inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção"*[80] *(grifamos).*

Percebemos que os conceitos abrangidos pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente recebem *nomes*

---

[78] STF: ADI 3.510/DF cit. (nota 75), p. 608-609.
[79] Idem, p. 607.
[80] Idem, p. 610.

iguais àqueles do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso: o Ministro fala em *adequação*, *necessidade*, e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Contudo, esses conceitos parecem significar coisas diferentes, neste exame, em relação ao exame feito no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso. No trecho acima citado, o Ministro define as subcategorias negativamente – ele não diz quando um ato é adequado, necessário, ou proporcional em sentido estrito; antes, ele diz quando um ato não é nada disso. Para efeito de mais fácil identificação do sentido dessas subcategorias, vamos converter as definições negativas em definições positivas, a partir de uma lógica *a contrario*[81].

Em primeiro lugar, o ato "não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima", de onde se segue que um ato adequado é aquele que protege "de maneira ótima" o direito fundamental que impõe ao Estado o dever de proteção.

Em segundo lugar, o ato "não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental", de onde se segue que ato necessário é aquele em relação ao qual não existem medidas alternativas com caráter de favorecerem mais a realização do direito fundamental.

Por fim, o ato "violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção", de onde se segue que, para ser proporcional em sentido estrito, o ato deve apresentar um "grau de satisfação do fim legislativo" maior ou igual ao "grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção".

---

[81] Em termos de lógica estritamente formal, o raciocínio *a contrario* $((A \rightarrow B) \rightarrow (\sim A \rightarrow \sim B))$ não é válido. Contudo, ele é amplamente difundido no mundo jurídico. Tanto é que provavelmente não causaria espanto ao leitor se o Ministro dissesse uma condição pela qual um ato seria adequado, e, na ausência dessa condição, concluísse que o ato não era adequado. Tratar-se-ia, também nesse caso, de um raciocínio *a contrario*.

O Ministro não define, expressamente, qualquer relação entre as subcategorias. E, notavelmente, ele não diz em que circunstâncias um ato será ou não proporcional, a partir de sua classificação conforme as subcategorias. Não há menção expressa, por exemplo, ao suposto fato de que um ato, para ser proporcional, precisaria ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito. Sem conhecimento desse *modus operandi* da proporcionalidade, ficaria impossível ao público leitor fiscalizar sua aplicação, bem como esperar coerência para casos futuros.

Talvez seja possível dizer que o Ministro tenha definido o *modus operandi* da proporcionalidade como exigindo que um ato fosse todas as três subcategorias – adequado, necessário e proporcional em sentido estrito – para ser proporcional, com base no seguinte trecho do seu voto:

> *"Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de* ***tomar todas as providências necessárias*** *para a realização ou concretização dos direitos fundamentais"*[82]*.*

Se for essa a posição do Ministro – o que não está expressamente dito em seu voto, frise-se –, então um ato só seria conforme ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente na medida em que fosse, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

Outro aspecto que pode reforçar essa hipótese é o de que o Ministro cita o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente sempre como oposto ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso, e usa os mesmos nomes para as subcategorias envolvidas em cada um.

Quanto à enunciação de seu conceito de proporcionalidade, portanto, o Ministro citou e definiu satisfatoriamente cada uma das subcategorias envolvidas, e não estabeleceu expressamente qualquer relação de subsidiariedade entre elas. Ademais, o Ministro não chegou a dizer que papel

---

[82] STF: ADI 3.510/DF cit. (nota 75), p. 608.

têm as subcategorias citadas na aferição da proporcionalidade ou da desproporcionalidade de um ato estatal de regulamentação. É, porém, possível defender que, no entender do Ministro, um ato deva ser, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para ser conforme ao princípio da proporcionalidade.

c. Aplicação

Procedendo à verificação da aplicação que o Ministro faz dos conceitos ao caso, o Ministro a faz nos seguintes termos:

> *"Efetuada a comparação, é impossível negar a **deficiência** da lei brasileira na regulamentação desse tema.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, é possível perceber, em primeiro lugar, que, enquanto no direito comparado a regulamentação do tema é realizada por leis específicas, destinadas a regular, em sua inteireza, esse assunto tão complexo, no Brasil inseriu-se um único artigo numa lei destinada a tratar de tema distinto. **Um artigo que deixa de abordar aspectos essenciais ao tratamento responsável do tema**" [83](grifamos).*

O Ministro argumenta que a Lei 11.105/05 trata, genericamente, de Organismos Geneticamente Modificados – OGM, sendo o seu art. 5° o único a tratar de pesquisa com embriões humanos. Esse único artigo, para ele, "deixa de abordar aspectos essenciais ao tratamento responsável do tema".

Especificando seu argumento, o Ministro aponta *duas características* do art. 5° que, segundo ele, fazem com que haja violação ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente: a *primeira*, a de que a lei apenas exige que os projetos de pesquisa e terapia com embriões humanos sejam aprovados pelos comitês de ética das próprias instituições que conduzem as pesquisas, mas deixa de instituir um "imprescindível Comitê Central de Ética". Esse Comitê seria, segundo o Ministro, um órgão ligado ao Ministério da Saúde que deveria avaliar todos os projetos de pesquisa com embriões humanos, e aprová-los, autorizando-os, ou negá-los, impedindo a realização das respectivas pesquisas. A *segunda* característica de

[83] STF: ADI 3.510/DF cit. (nota 75), p. 620-621.

insuficiência da lei seria a de que ela não estabelece uma "cláusula de subsidiariedade", que consistiria em apenas autorizar pesquisas com embriões humanos "nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins"[84].

Quanto à sua primeira crítica, o Ministro afirma:

> *"A lei brasileira, numa lacuna contundente, estabelece apenas que as instituições de pesquisa e serviços de saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.*
>
> ***Deixa a lei, nesse aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado**. A legislação germânica, por exemplo, institui não só um órgão administrativo competente (Zuständige Behörde), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (Zentrale Ethik-kommission für Stammzellenforschung), **formada por expertos em medicina, biologia, ética e teologia**"[85] (grifamos).*

E, mais adiante,

> *"Conforme analisado, **a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente** (Untermassverbot) ao **deixar de instituir um órgão central** para*

---

[84] Queremos apenas deixar registrado que há uma outra característica desse art. 5° da Lei 11.105/05 que nos parece bastante problemática, e que, no entanto, não foi questionada nem pelo Ministro Gilmar Mendes, nem, segundo nos consta, pelos demais Ministros que julgaram a ADI 3.510/DF: tal artigo autoriza a utilização de embriões viáveis (*i.e.*, não inviáveis) *apenas se estes já estivessem congelados à data de publicação da Lei*. Com efeito, o inciso II autoriza a utilização de embriões viáveis em duas hipóteses: (i) a primeira, caso já estivessem congelados por três anos, quando da publicação da Lei; e (ii) a segunda, quando completassem três anos de congelamento, desde que já estivessem congelados quando da publicação da Lei. Se a Lei ambicionou resolver o problema da acumulação de embriões viáveis não utilizados, ela apenas forneceu uma solução temporária: num dado momento os embriões congelados após 24 de março de 2005 começarão a se avolumar de tal maneira que o problema ressurgirá. Ressalte-se, de passagem, que a Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina – CFM autoriza, em seu artigo V-4, a utilização para pesquisas – assim como a destruição – de qualquer embrião congelado por 5 anos – quer tenha ele sido congelado antes, quer tenha sido congelado depois da publicação da Lei de Biossegurança. Indagar se esse tipo de autorização poderia ser feito por uma Resolução, *praeter legem*, é bastante interessante. Por fim, poderíamos argumentar que essa ausência, na Lei de Biossegurança, de uma autorização para o futuro, seria uma patente *inadequação* da mesma, nos termos definidos pelo Ministro Gilmar Mendes – afinal essa solução temporária não foi uma "maneira ótima" de lidar com o direito à liberdade de expressão científica via utilização de embriões humanos.

[85] STF: ADI 3.510/DF cit. (nota 75), p. 621.

análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano"[86] *(grifamos).*

Notamos que o Ministro categoricamente afirma que "a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente", especificamente por não ter criado esse órgão central. Contudo, o Ministro não aponta, expressamente, qual ou quais princípios a lei viola: adequação, necessidade, ou proporcionalidade em sentido estrito.

Diante das definições das subcategorias, seria possível conjecturar que a categoria violada seria a da adequação. Porque, se ato adequado é aquele que protege o direito fundamental "de maneira ótima", e a lei apresentou uma "lacuna contundente" num certo aspecto (não instituiu um órgão central), então a proteção por ela fornecida não foi ótima. Mas, de todo modo, fica claro que o Ministro não disse, expressamente, porque considerou que a lei não foi proporcional – nem deu motivos que permitissem deduzir o porquê.

Quanto ao segundo motivo de insuficiência da Lei, segundo o Ministro, ele estaria no fato ela não ter estabelecido uma "cláusula de subsidiariedade", consistente em apenas autorizar pesquisas com embriões humanos se não houver nenhuma outra forma de pesquisa científica que, sem utilizar embriões humanos, ofereça tantas possibilidades de avanço – ou, em seu dizer, seja tão "adequada" – quanto as pesquisas com embriões. O Ministro assim se manifesta:

> *"Além disso, é importante observar que a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma* ***cláusula de subsidiariedade****, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos* ***apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem <u>adequados</u> para os mesmos fins****.*
>
> *A lei brasileira deveria conter dispositivo explícito nesse sentido, como forma de um tratamento responsável sobre o tema. Os avanços da biotecnologia já indicam a possibilidade de que células-tronco totipotentes sejam originadas de células do tecido epitelial e do cordão umbilical. As pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços.* ***O desenvolvimento desses meios alternativos pode tornar <u>desnecessária</u> a utilização de embriões humanos*** *e,*

[86] STF: ADI 3.510/DF cit. (nota 75), p. 630.

portanto, afastar, pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais pesquisas.

Assim, ***a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da proporcionalidade****" [87](grifamos).*

Como se vê, o Ministro afirma que a Lei, feita sem cláusula de subsidiariedade, viola o princípio da proporcionalidade – nesse contexto, significando o princípio da proibição de proteção insuficiente –; e isso porque existem "meios alternativos" de pesquisa que, sem utilizar células-tronco embrionárias, são "igualmente adequados" para atingir os fins a que se destinam as pesquisas com embriões humanos.

Repare-se na formulação do Ministro: o "desenvolvimento desses meios alternativos", que se mostram "*adequados* para os mesmos fins", "pode tornar *desnecessária* a utilização de embriões humanos". Parece-nos que a violação ao princípio da proporcionalidade ocorreu, para o Ministro, por violação ao subprincípio da necessidade.

Mas essa violação ao subprincípio da necessidade ocorreu, segundo o Ministro, porque existem outros meios de pesquisa que, sem utilizar embriões humanos, são "igualmente adequados e menos gravosos". Essa violação, queremos dizer, parece que foi verificada pelo Ministro a partir de uma análise relacional, que leva em conta os resultados (positivos e negativos) de cada uma das medidas, tanto em relação ao direito que se quer favorecer, quanto em relação a outros direitos. É dizer: o exame da necessidade, no caso, foi feito avaliando, primeiramente, qual das medidas é mais apta a alcançar os fins perseguidos pela Lei – e concluiu-se que ambas são igualmente aptas –; e, em segundo lugar, avaliando qual das medidas – que já se sabiam igualmente aptas – é "menos gravosa" a algum terceiro valor, não apontado expressamente. E foi justamente porque os métodos alternativos se mostraram "menos gravosos", que a ausência de cláusula de subsidiariedade fez com que a Lei violasse o subprincípio da necessidade.

[87] STF: ADI 3.510/DF cit. (nota 75), p. 622.

No entanto, se bem nos lembrarmos da definição da "necessidade" dada pelo Ministro, anteriormente em seu voto, veremos que o ato "não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental"[88]. Essa definição de necessidade aponta que se trataria de uma análise relacional *estritamente sobre o direito favorecido*: isso porque o objetivo seria encontrar a medida que *favorece em maior grau* o direito protegido, sem cogitar de qualquer efeito colateral, negativo ou positivo, para com outros direitos. O importante seria, seguindo a definição de *ato necessário* dada pelo Ministro, apenas ver qual lei é mais forte ao proteger o direito que se quer favorecer, sem cogitar de quaisquer aspectos negativos (ou positivos, se for o caso) da lei para com outros direitos fundamentais.

Ora, vimos que o Ministro afirma que os meios de pesquisa alternativos por ele listados são "igualmente adequados" a alcançar os fins a que se propõe o art. 5° da Lei de biossegurança. Se tal é o caso, *não existem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental*: apenas existem medidas alternativas que a favorecem *em igual medida*. Em outras palavras, teria ocorrido um "empate" entre a medida adotada pela Lei (não conter cláusula de subsidiariedade) e outras medidas possíveis (conter cláusula de subsidiariedade), quanto ao grau de favorecimento do direito fundamental. De onde se seguiria que o ato adotado pelo legislador *não viola* o subprincípio da necessidade, na forma com que abstratamente definido pelo próprio Ministro, anteriormente em seu voto.

Diante desse impasse, importa tentar inferir o que o Ministro entendeu por *necessidade*, quando disse que a medida violou tal subprincípio.

Vimos que sua argumentação pode ser assim sintetizada: "existem outros métodos científicos disponíveis atualmente que são igualmente aptos a atingir os fins visados pela pesquisa com embriões humanos, e que são, ainda, menos gravosos. Logo, essa autorização de pesquisa com embriões humanos, feita sem cláusula de subsidiariedade, ofende o subprincípio da

[88] STF: ADI 3.510/DF cit. (nota 75), p. 610.

necessidade". De tal pensamento, podemos supor que o subprincípio da necessidade pode ser assim definido: "necessária é a medida que protege um dado direito mais que todas as outras, ou, caso haja outras medidas que protegem em igual medida esse mesmo direito, necessária é a medida que, em relação a estas últimas, menos ofende um outro direito"[89].

De todo modo, chama a atenção que o Ministro não diz expressamente porque a adoção dos meios alternativos por ele enunciados seria "menos gravosa" que as pesquisas com embriões. Parece-nos razoável que essa menor "onerosidade" decorra justamente da não utilização de embriões humanos, na primeira hipótese. Primeiro, porque essa é a única diferença apontada pelo Ministro entre essas duas possibilidades de pesquisa; e segundo, porque o Ministro afirma que esses meios alternativos poderiam "*afastar, pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais pesquisas [as que usam embriões humanos]*"[90]. A não utilização de embriões humanos seria menos gravosa, então, pois evitaria conflitos éticos e morais. Ainda assim, é difícil identificar um direito fundamental que justifique o interesse de se escapar de questões éticas e morais. Fica a dúvida sobre qual seria esse direito.

O Ministro não aplicou a proporcionalidade como definida no próprio voto, portanto. Em primeiro lugar, concluiu que a ausência de instituição de um órgão central violava o princípio da proporcionalidade, mas não disse qual a subcategoria violada, nem porquê. Depois, disse que a ausência de cláusula de subsidiariedade ofende a proporcionalidade, mas não disse expressamente qual a subcategoria violada. Por sua formulação, poder-se-ia supor que a subcategoria violada seria a necessidade, mas a definição de necessidade formulada pelo próprio Ministro não corresponde à argumentação por ele usada nessa etapa de aplicação. Por fim, faltou fundamentação à afirmação

---

[89] Essa nossa tentativa de inferir o que significou o exame da necessidade não tem a pretensão de se afirmar como ela foi definitivamente adotada pelo Ministro. Trata-se, apenas, de esboçar, indutivamente, um conceito que justifique o argumento do Ministro de que houve, naquele caso específico, violação ao subprincípio da necessidade – já que, como vimos, a utilização do conceito abstratamente definido pelo próprio Ministro parece levar à conclusão de não lhe ter havido violação.
[90] STF: ADI 3.510/DF cit. (nota 75), p. 622.

de que as técnicas alternativas de pesquisa, que não envolvem o uso de embriões humanos, seriam "menos gravosas".

O voto do Ministro, na ADI 3.510/DF ("Lei de Biossegurança"), portanto, não foi consistente, segundo os requisitos adotados. É verdade que o Ministro definiu satisfatoriamente a justificativa para a utilização da proporcionalidade: seu fundamento normativo e casos de aplicação. Quanto ao conceito de proporcionalidade, pode-se questionar se o Ministro teria ou não satisfeito este requisito: afinal, apesar de ter definido as subcategorias envolvidas no princípio, ele não definiu o modo de operá-las. Em objeção a isso, poder-se-ia argumentar que o fraseado do Ministro permitiria inferir o *modus operandi* da proporcionalidade. De todo modo, a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto não foi feita segundo as subcategorias definidas pelo próprio Ministro. O Ministro afirmou a desproporcionalidade da lei, e disse alguns motivos para isso, mas não relacionou esses motivos a alguma regra de operação da proporcionalidade.

d. Quadro sinóptico

Princípio da proporcionalidade, princípio da proibição de proteção insuficiente, princípio do imperativo de tutela	
Fundamento normativo	Os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva, que cria para o Estado o dever de proteger seus titulares contra violações por parte de terceiros, dever este que é concretizado, dentre outros meios, pela regulamentação satisfatória – *i.e.*, que esteja de acordo com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente.
Casos de aplicação	Quando um ato estatal de regulamentação de um direito aparente fazê-lo de modo deficiente.
Conceito	O *modus operandi* não foi expressamente definido. Porém, como o Ministro diz que o Estado tem o dever de "tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais", pode-se defender que o *modus operandi* do princípio seja o de que, para ser proporcional, um ato precisa ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.
Adequação	Lei adequada é a que protege "de maneira ótima" o direito fundamental.

	Necessidade	Uma lei é necessária se não existem "medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental".
	Proporcionalidade em sentido estrito	Lei proporcional em sentido estrito é aquela em que o "grau de satisfação do fim legislativo" é maior ou igual ao "grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção".
Circunstâncias do caso		(i) A lei não institui um Comitê central, a cuja avaliação todos os projetos de pesquisa deveriam estar submetidos; e (ii) a lei não contém cláusula de subsidiariedade, que consistiria em "permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins".
Aplicação *stricto sensu*		Não foi identificada aplicação da adequação. Quanto à necessidade, a lei parece violá-la pois existem técnicas alternativas de pesquisa que, sem utilizar embriões humanos, são tão adequadas quanto as pesquisas com embriões, e são, ainda, "menos gravosas" (presumivelmente por não envolverem, na mesma intensidade, "debate[s] sobre as questões éticas e morais").

(iii) <u>Comentários</u>

O Ministro Gilmar Mendes usa os mesmos nomes para se referir aos conceitos usados na estrutura do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; no entanto, esses conceitos têm, aqui, definição bastante diferente da usual[91]. Essas definições, nos termos com que feitas, já causaram um certo impasse, quando analisamos a argumentação do Ministro sobre uma suposta violação ao subprincípio da necessidade. Mas acreditamos que a análise puramente abstrata desses conceitos nos leva a conclusões interessantes, que põem mesmo em dúvida sua pertinência ou utilidade.

Primeiramente, sabemos que, aqui, o ato *"não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima"* – ou seja, só é adequado

[91] Dizemos "usual" porque nos outros dois casos estudados, e em obras doutrinárias do Ministro, as definições de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são pouco variáveis entre si, e bastante diferentes das expostas neste caso.

o ato que atinge o nível mais alto possível, o ótimo, de proteção do direito fundamental. Sabemos também que o ato *"não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental"* – ou seja, o ato só é necessário se não existe outro meio que proteja, em maior medida, o direito fundamental.

Ora, parece-nos que, nesses termos, o conceito de ato *adequado* está contido no de ato *necessário* – vale dizer: todo ato *adequado* é necessário, mas nem todo ato *necessário* é adequado. Porque, para todo ato *adequado (ótimo)*, naturalmente, não há qualquer outro que lhe seja melhor – todo ato ótimo é, por isso, necessário. Em compensação, é possível que haja um ato *necessário*, *i.e.*, um ato em relação ao qual não existem quaisquer medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental, e que, ainda assim, não é *ótimo* (não é adequado) – o ato é o melhor dentre os que existem, mas ainda assim não é ótimo em termos de proteção do direito fundamental. Nos termos abstratos definidos pelo Ministro, adequação implica necessidade, mas necessidade não implica adequação.

Também, para o Ministro, o ato "violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção". Mas, se lembrarmos que todo ato *adequado* protege *de maneira ótima* o direito fundamental que cria ao Estado o dever de proteção – ou o direito de proteção, da perspectiva do indivíduo –, chegaremos à conclusão de que, em todo ato adequado, o "grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção" é nulo ou inexistente. De modo que todo ato *adequado* que tenha um mínimo grau de satisfação do fim legislativo será *proporcional em sentido estrito*. Ora, como é de se supor que toda lei tenha um *mínimo grau* de satisfação do fim legislativo, todo ato adequado será, sempre, proporcional em sentido estrito. De modo que todo ato *adequado* será também *proporcional em sentido estrito*. Adequação implica, também, proporcionalidade em sentido estrito.

Agora nos chega a inquietação sobre a utilidade dos conceitos, como definidos pelo Ministro. É que os autores que escrevem sobre o princípio da

proporcionalidade, e mesmo o Ministro Gilmar Mendes, costumam admitir a existência de certa relação de subsidiariedade entre os conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que cada nova categoria está contida na precedente[92]: todo ato necessário já passou no teste da adequação, e todo ato proporcional em sentido estrito já passou no teste da necessidade e no teste da adequação. "Proporcionalidade em sentido estrito" está contido em "necessidade", que está contido em "adequação". Mas, conforme analisamos acima, a formulação dos conceitos expostos aqui pelo Ministro leva a crer que "adequação" está contido em "necessidade", e "necessidade" não está contido em "adequação". Essa conclusão não se concilia com a ideia de subsidiariedade – não, ao menos, com a ideia mais difundida sobre ela –, e o fato de o Ministro ter silenciado sobre esse fato, bem como ter citado os três princípios na ordem com que normalmente os cita, sugere a incerteza sobre o fato de essa mudança na relação entre os conceitos ter sido proposital ou não.

3.1.3. RE 511.961 – Diploma de jornalismo

Acórdão: RE 511.961 / SP
Relator: Min. Gilmar Mendes
Data de Julgamento: 17/06/2009

(i) Síntese da controvérsia

O RE 511.961/SP foi interposto pelo Ministério Público Federal – MPF contra um acórdão do Tribunal Regional Federal – TRF da 3ª região.

[92] Veja-se, a título de exemplo, o exposto por SILVA: "A real importância dessa ordem [a ordem pré-definida pela qual adequação precede necessidade, que precede proporcionalidade em sentido estrito] fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. (...)Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade." In: SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional...* cit. (nota 5), p. 34-35.

Originalmente, o MPF havia ajuizado ação civil pública em face da União, defendendo a não-recepção, pela CF/88, do art. 4°, inciso V, do Decreto-Lei n° 972/1969. De acordo com o dispositivo questionado, era exigido o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação – MEC, para o exercício da profissão de jornalista. Quem exercesse a profissão sem o registro no MEC – para cuja obtenção era necessária a apresentação do diploma – incorria não só numa multa administrativa variável entre um e dez salários mínimos (art. 13 do Decreto-Lei), como poderia até ser enquadrado no tipo penal do art. 47[93] da Lei n° 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), com pena de prisão de até 3 meses.

Na primeira instância, a causa foi julgada parcialmente procedente, para que não se exigisse mais o diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão. Posteriormente, porém, o TRF3 reformou a sentença, no sentido de que o referido dispositivo do Decreto-Lei fora sim recepcionado pela CF e continuava em vigor.

Contra esse acórdão do TRF3, foi interposto o RE 511.961/SP. Em novembro de 2006, o Min. Gilmar Mendes deferiu, monocraticamente, medida cautelar para suspender os efeitos do acórdão, no que foi posteriormente referendado pela 2ª Turma do STF.

O RE 511.961 foi julgado procedente por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio.

(ii) <u>Análise da consistência</u>

a. Justificativa de utilização

O Ministro Gilmar Mendes dedica boa parte de seu voto, neste RE, ao estabelecimento do *fundamento normativo* ao princípio da proporcionalidade. Esse fundamento normativo pode ser assim sintetizado: "todo ato estatal que se qualifique como *conformação* do *âmbito de proteção* de um direito fundamental, direito esse que a CF proteja com ressalva de *reserva legal*

[93] "Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis".

qualificada, deve ser conforme ao princípio da proporcionalidade". Como se vê, a síntese envolve alguns conceitos com sentido técnico específico – *conformação; âmbito de proteção; reserva legal qualificada* –, que foram definidos pelo Ministro, e de que agora trataremos.

O *âmbito de proteção* de um direito fundamental é composto pelo conjunto das situações fáticas a que o respectivo dispositivo constitucional se dirige, e pela consequência jurídica potencial que essas hipóteses compartilham – a proteção. Segundo o Ministro,

> *"[o] âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental"*[94]*.*

Ainda, segundo o Ministro, alguns dispositivos que estabelecem direitos fundamentais individuais – como o direito à propriedade e o direito à proteção judiciária – criam-lhes um âmbito de proteção *"estritamente normativo"*[95]; e, nesses casos, cabe ao legislador ordinário (e não ao constituinte) *"definir, em determinada medida, a [sua] amplitude e a conformação"*[96].

Acontece que o fato de uma determinada situação concreta estar compreendida no âmbito de proteção de um direito fundamental não garante, automaticamente, a proteção constitucional, – e, aliás, é justamente em decorrência disso que surge o conceito de *restrição*:

> *"(...)* ***o âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva****, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional"*[97] *(grifamos).*

Pois bem. Um ato estatal consiste numa *restrição* a direito fundamental quando atinge situações contidas em seu *âmbito de proteção*, alterando-lhes

---

[94] STF: RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, p. 737.

[95] Acreditamos que o que distingue um âmbito de proteção "estritamente normativo" dos demais é que o dispositivo constitucional que o define não descreve eventos físicos e concretos, que não tenham vinculação necessária com o mundo jurídico – como seria o caso do direito de reunião, citado pelo Ministro –, antes se vale de conceitos puramente jurídicos, como "propriedade".

[96] STF: RE 511.961/SP cit. (nota 94), p. 737.

[97] Idem, p. 738.

a consequência jurídica (*i.e.* afastando ou relativizando a proteção). De modo que nem todo ato estatal que atinja situações fáticas que *pareçam estar protegidas* pelo direito fundamental será dele restritivo: apenas o serão os atos que efetivamente atinjam seu *âmbito de proteção*. Como diz o Ministro:

> *"Na dimensão dos direitos de defesa,* ***âmbito de proteção dos direitos individuais e restrições a esses direitos são conceitos correlatos****. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo"*[98].

Apesar de reconhecer que a determinação do âmbito de proteção de cada direito fundamental é difícil de ser feita por meio de regras gerais, o Ministro Gilmar Mendes sugere alguns critérios úteis[99]: (i) identificar os bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção; e (ii) verificar a eventual existência de "restrições" expressas na própria CF[100], ou de "reservas legais de índole restritiva".

Falta, para entendermos a síntese que propusemos para o fundamento normativo exposto pelo Ministro, tratarmos das noções de *reserva legal qualificada* e de *conformação*. *Conformação* é a alteração, feita pelo legislador, do âmbito de proteção[101] originalmente delineado pela CF para um direito fundamental. Já a *reserva legal qualificada* é a cláusula de permissão ao legislador (ordinário ou complementar) para que, num ato posterior à CF, faça a conformação.

Segundo o Ministro[102], a CF, quando quer indicar a existência de reserva legal qualificada, usa as expressões "'nos termos da lei' (art. 5°, VI e XV), 'nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer' (art. 5°, XIII), 'salvo

---

[98] STF: RE 511.961/SP cit. (nota 94), p. 738.
[99] Idem, p. 739.
[100] Muito embora o Ministro use a expressão "restrições contempladas, expressamente, na Constituição", parece-nos que seria mais adequado o uso de outro vocábulo, já que essas "restrições" ou cláusulas limitativas constitucionais *definem (negativamente) o próprio âmbito de proteção, e portanto nele não se incluem.* São diferentes de atos restritivos, entendidos como aqueles em que o Estado reduz o âmbito de proteção original de um direito fundamental.
[101] O Ministro Gilmar Mendes também usa a expressão "restrição" também para se referir aos atos de *conformação*.
[102] STF: RE 511.961/SP cit. (nota 94), p. 740.

nas hipóteses previstas em lei' (art. 5°, LVIII)", bem como conceitos jurídicos indeterminados, sob cuja inspiração a conformação deve ser feita, como "'função social' (art. 5°, XXIII)". E, no mais das vezes, a *reserva legal qualificada* está contida no mesmo dispositivo que assegura o direito fundamental – e que define seu âmbito de proteção "pré-conformação":

> *"[a]ssinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado"*[103].

Por fim, a reserva legal é dita qualificada porque o legislador não pode realizar a conformação de qualquer maneira que lhe aprouver:

> *"É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites' (Schranken-Schranken),* ***que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais****. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e* ***proporcionalidade*** *das restrições impostas"*[104] *(grifamos).*

Ora, tendo feito essa exposição da argumentação do Ministro, retomamos a síntese do *fundamento normativo* que esboçamos um pouco atrás: "todo ato estatal que se qualifique como *conformação* do *âmbito de proteção* de um direito fundamental – o que só pode ser feito na hipótese de existir cláusula de *reserva legal qualificada* – deve ser limitado por algumas balizas, sendo o princípio da proporcionalidade uma delas".

Sobre os *casos de aplicação* para o princípio da proporcionalidade, a manifestação do Ministro é bastante ampla, e já está contida no próprio fundamento normativo que esboçamos. Segundo o Ministro, a proporcionalidade é aplicável sempre que houver "restrições a determinados direitos" [105]:

---

[103] STF: RE 511.961/SP cit. (nota 94), p. 741.
[104] Idem, p. 742.
[105] Cabe, mais uma vez, uma advertência terminológica: o Ministro usa a expressão "restrição a direito fundamental" para designar o processo pelo qual o legislador altera, com caráter

> *"[a] doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, **em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos**, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também **sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade**"*[106] *(grifamos).*

Como vimos, o Ministro expôs o fundamento normativo para a aplicação da proporcionalidade, bem como enunciou seus casos de aplicação. O requisito da "justificativa de utilização" está, então, satisfeito.

b. Conceito de proporcionalidade

Seguindo em seu voto, o Ministro fala do *modus operandi* do princípio da proporcionalidade. Segundo ele, a caracterização de um ato restritivo como conforme o princípio da proporcionalidade

> *"pressupõe **não só** a **legitimidade dos meios** utilizados **e dos fins** perseguidos pelo legislador, **como também** a **adequação** desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a **necessidade** de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)"*[107] *(grifamos).*

Além disso,

> *"[u]m juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador **(proporcionalidade em sentido estrito)**"* [108]*(grifamos).*

Dessa forma, um ato restritivo só será proporcional quando, cumulativamente: (i) o fim perseguido pelo legislador, bem como os meios utilizados para atingi-lo, forem legítimos; (ii) o ato for adequado; (iii) for necessário; e (iv) for proporcional em sentido estrito.

Quanto à *definição* desses conceitos ou subcategorias, o Ministro, notavelmente, não diz como aferir a legitimidade dos fins perseguidos ou dos

---

permanente, o âmbito de proteção de um direito fundamental com reserva legal qualificada. A esse processo, chamamos *conformação*.

[106] STF: RE 511.961/SP cit. (nota 94), p. 743.

[107] Idem, p. 743.

[108] Idem, p. 744.

meios utilizados pelo legislador. Quanto às demais[109], ato *adequado* é aquele apto "a atingir os objetivos pretendidos", e ato *necessário* é aquele em relação ao qual "nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos". Ato *proporcional em sentido estrito*, por fim, é aquele que passa numa "rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador".

As definições de adequação e necessidade não geram grandes dúvidas. Mas a proporcionalidade em sentido estrito, definida como um processo de "rigorosa ponderação" e "possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador", não foi plenamente exposta pelo Ministro: afinal, quando um ato pode ser chamado proporcional em sentido estrito? Apenas quando houver esse "possível equilíbrio"? Ou em outras hipóteses também? E, porventura, o fato de um ato manifestar esse equilíbrio garante que ele seja proporcional em sentido estrito, ou há atos que gerem esse equilíbrio mas que, por qualquer motivo, não são proporcionais em sentido estrito? São algumas dúvidas que o voto do Ministro não permite responder.

Uma possível relação de subsidiariedade que parece transparecer do voto do Ministro é entre as demais categorias e a proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque a aplicação deste teste traria o "*juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida*", o que parece indicar ser ele a última etapa, subsidiária às demais.

Além desta possível relação de subsidiariedade – pela qual o teste da proporcionalidade em sentido estrito é subsidiário aos demais –, há outra, que parece ser possível extrair de um trecho do voto do Ministro em que ele faz a aplicação *stricto sensu* da proporcionalidade, e que coloca todas as demais categorias como subsidiárias em relação ao teste da adequação. Dela trataremos no item *c*, a seguir.

---

[109] Idem, ibidem.

No que respeita ao conceito de proporcionalidade, portanto, o Ministro Gilmar Mendes disse quais qualidades um ato estatal deve ter para ser conforme o princípio, porém não definiu algumas dessas qualidades (subcategorias) de modo a torná-las operacionalizáveis: sabemos que um ato precisa apresentar legitimidade de meios e de fins, mas não sabemos como aferir essa legitimidade; e sabemos que um ato precisa ser proporcional em sentido estrito, mas não sabemos quando o é. Quanto às relações entre as subcategorias, o Ministro não aponta, expressamente, a existência de nenhuma, mas é possível inferir duas, ambas de subsidiariedade: a primeira, em que todas as categorias são subsidiárias à adequação; e a segunda, em que a proporcionalidade em sentido estrito é subsidiária em relação a todas as demais.

Muito embora o conceito fornecido pelo Ministro para a proporcionalidade não tenha sido amplo a ponto de possibilitar sua aplicação a todos os casos futuros, veremos, no item seguinte, que as categorias que foram definidas para a proporcionalidade foram suficientes à conclusão da desproporcionalidade do ato. Isso nos leva a uma conclusão interessante quanto à consistência: não é imprescindível, a um voto consistente, que o conceito de proporcionalidade seja exaustivamente exposto. Basta que o que foi dito sobre ele seja suficiente à conclusão de desproporcionalidade ou de proporcionalidade do caso concreto.

c. Aplicação

Após essa ampla exposição sobre o princípio da proporcionalidade em abstrato, o Ministro procedeu à sua aplicação ao caso concreto. Em o fazendo, ele concluiu que o inciso V do art. 4° do Decreto-Lei 972/1969 *violava o princípio da proporcionalidade*, de onde se seguia sua inconstitucionalidade – ou, por ser o referido dispositivo anterior à CF/88, sua não-recepção. Mas, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes trouxe diversos outros argumentos, além da mera aplicação do princípio da proporcionalidade, e chega até a estabelecer alguns desses argumentos como mais determinantes da conclusão de seu voto que aquela aplicação. De modo que, ao mesmo tempo em que é verdade que a afirmação da desproporcionalidade do Decreto é

suficiente à conclusão de sua inconstitucionalidade, é também verdade que esse não é o argumento a que o Ministro dá mais ênfase. O que é ainda mais interessante é que esses outros argumentos podem, nós acreditamos, ser traduzidos para os conceitos definidos pelo Ministro para a proporcionalidade – como veremos oportunamente, na seção dos "comentários".

Começando pela análise da aplicação da proporcionalidade, propriamente dita, o Ministro a faz nos seguintes termos:

> *"No exame da proporcionalidade, o art. 4°, inciso V, do Decreto-Lei n.° 972/1969* ***não passa sequer no teste da adequação*** *(Geeignetheit).*
>
> *É fácil perceber que* ***a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros****. De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos risco de danos a terceiros. A consequência lógica, imediata e comum do jornalismo despreparado será a ausência de leitores e, dessa forma, a dificuldade de divulgação e de contratação pelos meios de comunicação, mas não o prejuízo direto a direitos, à vida, à saúde de terceiros.*
>
> *As violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade* ***não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo****; são, antes, o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão.*
>
> ***O jornalismo despreparado diferencia-se substancialmente do jornalismo abusivo.*** *Este último, como é sabido, não se restringe aos profissionais despreparados ou que não frequentaram um curso superior.* ***As notícias falaciosas e inverídicas, a calúnia, a injúria e a difamação*** *constituem grave desvio de conduta e devem ser objeto de responsabilidade civil e penal. Representam, portanto, um* ***problema*** *ético, moral, penal e civil, que* ***não encontra solução na formação técnica do jornalista****. Dizem respeito, antes, à formação cultural e ética do profissional, que* ***pode ser reforçada, mas nunca completamente formada, nos bancos de uma faculdade****"*[110] *(grifamos)*.

[110] STF: RE 511.961/SP cit. (nota 94), p. 756-757.

Como se vê, a exigência de diplomação em curso de jornalismo para o exercício da profissão não é proporcional, segundo o Ministro, porque não é *adequada* "para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros". E o Ministro efetivamente trouxe argumentos em defesa dessa posição: segundo ele, o exercício do jornalismo não traz nenhum risco inerente a si, e o único risco que pode ser a ele associado é o de "violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade", por meio de "notícias falaciosas e inverídicas". No entanto, diz o Ministro, a exigência de diploma universitário não seria *adequada* a evitar esse risco: o fato de alguém obter maior qualificação técnica frequentando uma faculdade de jornalismo não garante que essa pessoa não venha a caluniar, injuriar ou difamar a outrem.

É interessante reparar que o Ministro reconhece que a frequência a uma faculdade pode até diminuir a chance de abusos: a "formação cultural e ética do profissional" até "pode ser reforçada" nos bancos de uma faculdade, mas "nunca completamente formada".

Isso nos leva a concluir que a exigência – imposta pelo subprincípio da adequação – de que o ato restritivo seja apto "a *atingir* os objetivos pretendidos" deve ser entendida como aptidão para produzir, *por completo, plenamente*, esses objetivos. É dizer: o fato de um ato restritivo ser capaz de impulsionar, em qualquer grau inferior ao pleno (por maior que seja esse grau), o objetivo pretendido *não faz com que ele seja adequado*[111].

Também chama a atenção o fato de o Ministro dar a entender que existe uma relação de subsidiariedade entre os subprincípios por ele citados. Porque ele não diz que o dispositivo analisado "não passa no teste da adequação"; antes, ele diz que esse dispositivo "não passa *sequer* no teste

---

[111] Essa sutileza no entendimento de adequação não é despicienda. Virgílio Afonso da SILVA, por exemplo, comenta o primeiro dos artigos acadêmicos de Gilmar MENDES, que citamos neste trabalho, apontando uma suposta "tradução imprecisa" da decisão do Tribunal Constitucional Alemão que definiu *adequação*. Segundo SILVA, ato adequado é aquele que *fomenta* ou *promove* o evento pretendido, e não necessariamente aquele que o *alcança*. É provável que SILVA, se concordasse com a afirmação do Ministro de que frequentar faculdade de jornalismo pode reforçar a "formação cultural e ética do profissional", diminuindo a chance de abusos, afirmaria a *adequação* da exigência de diploma. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional...* cit. (nota 5), p. 36.

da adequação". Em assim fazendo, o Ministro parece assinalar que passar no teste de adequação é um pré-requisito para passar nos outros testes: quem não passa "sequer no teste da adequação" (*i.e.*, "nem ao menos" nesse teste) jamais passará nos outros testes.

Seguindo a estrutura por ele definida para o princípio da proporcionalidade, o Ministro conclui que, não sendo o Decreto *adequado*, ele não é, por isso mesmo, proporcional – e é dispensável fazer os testes de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Também é importante destacar que o Ministro não faz qualquer menção, quando da aplicação da proporcionalidade ao caso concreto, sobre a legitimidade dos meios ou dos fins do ato restritivo estatal. Como vimos, o Ministro sequer chegou a definir essas subcategorias, no conceito de proporcionalidade.

Não obstante esse silêncio, tanto na definição da legitimidade em abstrato, quanto na aplicação dela ao caso concreto, acreditamos que pode-se considerar que este voto satisfez a exigência de aplicação da proporcionalidade segundo o *modus operandi* definido pelo próprio Ministro.

Isso porque, se bem lembrarmos os termos com que o Ministro define a aplicação da proporcionalidade, eles são no sentido de que a classificação de um ato restritivo estatal como proporcional

> *"pressupõe **não só** a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, **como também** a adequação (...)"*[112] *(grifamos).*

Diante desses termos, percebe-se que as condições para a proporcionalidade de um ato são cumulativas, *i.e.*, um ato estatal precisa satisfazer a cada uma delas simultaneamente para que seja proporcional.

No caso concreto, como vimos, o Ministro argumentou que o Decreto era inadequado, e portanto desproporcional, e silenciou sobre as demais subcategorias ou condições à proporcionalidade. Esse silêncio, na verdade,

---

[112] STF: RE 511.961/SP cit. (nota 94), p. 743.

corrobora o conceito de proporcionalidade proposto pelo próprio Ministro – e não o contradiz. Com efeito, se o Ministro já concluíra pela ausência de adequação do Decreto, não havia motivo para fazer qualquer outro teste relacionado à proporcionalidade – esta *pressupõe*, dentre outras coisas citadas pelo Ministro, a adequação.

Poder-se-ia, talvez, questionar a escolha do Ministro de abordar, em primeiro lugar, o exame da adequação, antes de todos os demais. Mas, se bem notarmos, o Ministro não define, expressamente, qualquer ordem de aferição dos "pressupostos" à proporcionalidade. E, aliás, o fato de ele dizer que o Decreto "não passa sequer no teste da adequação" faz inferir uma subsidiariedade de todos os demais testes em relação a este, como já vimos acima.

Neste RE 511.961/SP, portanto, o voto do Ministro Gilmar Mendes pode sim ser considerado consistente, em sua racionalidade interna. Como vimos, o Ministro apresentou o fundamento normativo e os casos de aplicação da proporcionalidade. O *modus operandi* da proporcionalidade foi exposto, posto tenham faltado definições imprescindíveis à operacionalização da proporcionalidade em todos os casos futuros. Como não sabemos o que é legitimidade de meios e fins, nem proporcionalidade em sentido estrito, não é possível dizer que um ato *seja* proporcional. Não obstante isso, a conclusão do Ministro foi a de que a lei *não era* proporcional, pois inadequada. E essa inadequação, que foi devidamente fundamentada – a exigência de diploma não garante a probidade do jornalista –, é suficiente à conclusão da desproporcionalidade da lei, segundo o *modus operandi* definido pelo Ministro.

d. Quadro sinóptico

Princípio da proporcionalidade, princípio da reserva legal proporcional	
Fundamento normativo	Todo ato estatal que se qualifique como *conformação* do *âmbito de proteção* de um direito fundamental – o que só pode ser feito na hipótese de existir cláusula de *reserva*

		legal qualificada – deve ser limitado por algumas balizas, sendo o princípio da proporcionalidade uma delas.
Casos de aplicação		Quando houver "imposição de restrições a determinados direitos" por um ato estatal.
Modus operandi		Um ato restritivo só será proporcional se, cumulativamente: (i) o fim perseguido pelo legislador, bem como os meios utilizados para atingi-lo, forem legítimos; (ii) o ato for adequado; (iii) for necessário; e (iv) for proporcional em sentido estrito.
	Legitimidade dos fins perseguidos e dos meios utilizados	Não foram definidos critérios de aferição.
	Adequação	Ato adequado é aquele apto "a atingir os objetivos pretendidos". Esse atingimento deve ser pleno.
	Necessidade	Ato necessário é aquele em relação ao qual "nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos".
	Proporcionalidade em sentido estrito	Ato proporcional em sentido estrito é o que passa no teste de uma "rigorosa ponderação (...) entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador". Essa rigorosa ponderação, porém, não foi definida.
	Relação entre os conceitos	Duas relações implícitas de subsidiariedade (não expressamente declaradas) foram constatadas. A primeira, a de que o exame da proporcionalidade em sentido estrito é subsidiário a todos os demais, decorre do fraseado de que por via dele é atingido "um juízo definitivo sobre a proporcionalidade". A segunda, a de que todas as demais subcategorias são subsidiárias ao exame da adequação, decorre de que o Ministro fala que a lei em questão não é "sequer" adequada – o que indica que quando uma lei restritiva não é adequada, nunca pode ser apresentar legitimidade de fins e meios, nem ser necessária, nem proporcional em sentido estrito.
Lei analisada		Inciso V do art. 4° do Decreto-Lei 972/1969, que define como qualificação profissional necessária ao exercício da profissão de jornalista a graduação em curso de jornalismo de nível superior.
	Objetivo pretendido	Evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros
Adequação		A exigência de diploma não é adequada pois "não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros".

(iii) <u>Comentários</u>

Dissemos acima que a afirmação de que o Decreto teria violado o princípio da proporcionalidade não foi o argumento central do voto do Ministro Gilmar Mendes. Dissemos também que os outros argumentos por ele trazidos, aos quais ele dá mais ênfase, podem ser "traduzidos" para a linguagem do princípio da proporcionalidade. Trataremos disso agora.

O argumento central do Ministro Gilmar Mendes, quanto à constitucionalidade ou não do artigo que exigia o diploma de graduação em jornalismo para o exercício da profissão, é o de que *não é permitido ao Estado estabelecer qualquer condição ao exercício da profissão de jornalista*.

Para chegar a essa assertiva, o Ministro começa por citar precedentes do próprio STF, além de trechos da sentença de primeiro grau, e pareceres de Eros Grau e Geraldo Ataliba, para assentar que:

> *"Como parece ficar claro a partir das abordagens citadas, a doutrina constitucional entende que as que as qualificações profissionais de que trata o art. 5°, inciso XIII, da Constituição,* ***somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros****, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área da saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias. Nesse sentido, a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício.* ***Eventuais riscos ou danos efetivos a terceiros causados pelo profissional do jornalismo não seriam inerentes à atividade e, dessa forma, não seriam evitáveis pela exigência de um diploma de graduação*** *(...)"*[113] *(grifamos).*

Como se vê, o argumento do Ministro é, em síntese, o de que apenas é possível que o estabelecimento de condições para o exercício da liberdade de profissão seja constitucional se essas condições tiverem por fim evitar riscos de "dano à coletividade ou [de] prejuízos diretos a direitos de terceiros". Além disso, esses riscos, os quais as condições estabelecidas devem pretender evitar, precisam ser *qualificados*: não se trata de *qualquer*

[113] STF: RE 511.961/SP cit. (nota 94), p. 755.

risco que possa se relacionar com o exercício da profissão; antes, os riscos devem ser "inerentes à atividade" – assim entendidos aqueles que são "evitáveis pela exigência de um diploma de graduação".

No exercício da profissão de cirurgião, por exemplo, existe um risco, *inerente à atividade* – porque pode ser evitado mediante qualificação técnica[114] –, de lesionar ou mesmo causar a morte do paciente. Já no exercício da profissão de jornalista, o risco que existe – o de que o jornalista se valha dos meios de comunicação para ofender injustamente a honra alheia – não é evitável mediante a exigência de formação universitária, ou seja, não é inerente à atividade. Daí ser absolutamente proibido ao Estado estabelecer condições de qualificação a esse exercício.

Pois bem. Dessa argumentação decorrem duas conclusões: (i) a de que qualquer ato estatal que restrinja o direito fundamental à liberdade de expressão – que contém cláusula de reserva legal qualificada – visando atingir um fim outro, que não a *diminuição de riscos inerentes de "dano à coletividade ou [de] prejuízos diretos a direitos de terceiros"*, será, necessariamente, inconstitucional – não passará, portanto, no teste da proporcionalidade –; e (ii) a de que os atos estatais restritivos da liberdade de profissão que visem atingir essa diminuição de riscos *podem* ser, mas não necessariamente são, constitucionais.

Imaginemos o caso de um ato estatal, uma lei, restritiva do direito à liberdade de profissão, que vise a proteger um objetivo qualquer "A" – distinto da *diminuição de riscos inerentes* à profissão regulamentada. A conclusão (i), acima, nos permite afirmar que essa lei seria, para o Ministro, inconstitucional, por violar o princípio da proporcionalidade. No entanto, é preciso admitir que essa lei *pode ser adequada e necessária*: ela pode ser "apta a atingir o objetivo pretendido" (qual seja, o objetivo "A"), e pode ser

[114] É bem possível questionar se esse risco pode ser totalmente evitado mediante qualificação do profissional – a própria ocorrência de erro médico o contradiz. De todo modo, parece também certo que a qualificação tem muito mais influência sobre a perícia de um profissional cirurgião do que sobre a idoneidade de um profissional jornalista.

ainda aquela que, dentre todas as medidas possíveis que atingem num tal grau o objetivo pretendido ("A"), é menos gravosa à liberdade de profissão.

Bem, se um ato estatal com essas características *pode* ser adequado, *pode* ser necessário, mas *não pode* passar no teste da proporcionalidade, só podemos concluir que um tal ato *nunca passa* no teste da proporcionalidade em sentido estrito. O que o Ministro parece estar dizendo, então, quando afirma a conclusão (i), é que, na "rigorosa ponderação" que é feita no teste da proporcionalidade em sentido estrito, o resultado já é *predeterminado* sempre que, de um dos lados da balança, esteja o direito à liberdade de profissão – a não ser que do outro lado esteja o objetivo de "evitar riscos inerentes à atividade. O Ministro como que cria uma hierarquia abstrata rígida entre valores constitucionais: o direito à liberdade de expressão vence qualquer outro objetivo ou valor protegido pela Constituição, exceto o de evitar de riscos inerentes[115].

Mas e quando o objetivo de "evitar riscos inerentes à atividade" *está* do outro lado da balança? Bem, a conclusão (ii), citada acima, parece revelar que, para o Ministro, *não há hierarquia abstrata* entre esses dois objetivos ou valores. Caso um ato restritivo da liberdade de profissão vise atingir esse objetivo de evitar riscos, então será preciso aplicar toda a estrutura do princípio da proporcionalidade.

Nosso esforço, aqui, foi de tentar "converter" os argumentos centrais do Ministro, em seu voto, para a linguagem do princípio da proporcionalidade, por ele exposta.

---

[115] A rigor, essa conclusão de que o Ministro estaria estabelecendo uma hierarquia abstrata entre princípios, ou estabelecendo precedências abstratas entre eles, pode ser facilmente contestada. É que, se bem lembrarmos, o Ministro diz que para que um ato estatal seja proporcional, são pressupostos ou exigidos também a "legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador". Seria possível defender, então, que o Ministro estaria simplesmente a afirmar que o único fim "legítimo", quando se restringe a liberdade de profissão, é o de evitar riscos inerentes. Todavia, preferimos manter a tese da ponderação pré-determinada e da hierarquização abstrata no corpo do texto – e essa contestação a ela aqui, numa nota de rodapé – porque, como vimos, o Ministro não fornece critério algum para aferir a "legitimidade" dos meios ou dos fins escolhidos pelo legislador. Se nenhum critério foi oferecido para tanto, defender que o Ministro estaria postulando a ilegitimidade deste ou daquele objetivo é puramente arbitrário.

3.2. Estudo da coerência

3.2.1. ADI 3.510/DF – Lei de Biossegurança

Na ADI 3.510/DF, como vimos no item 3.1.2, *supra*, a questão jurídica levada ao STF era a da constitucionalidade do art. 5° da Lei 11.105/05, destinado à regulamentação da utilização, para fins de pesquisa, de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*.

O Ministro Gilmar Mendes decidiu o caso aplicando o chamado "princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente"[116]. Comparando a decisão do Ministro, nesta ADI, com a proferida no HC 82.424/RS (Caso Ellwanger), notam-se várias diferenças de conceito e de justificativa de aplicação da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, nota-se uma clara diferença quanto ao conceito de proporcionalidade. É verdade que tanto no HC 82.424/RS quanto na ADI 3.510/DF o *modus operandi* da proporcionalidade exige que o ato estatal avaliado seja *adequado*, *necessário* e *proporcional em sentido estrito*. Contudo, o significado de cada uma dessas subcategorias foi bastante diferente, em cada um dos exames. Veja-se a tabela comparativa[117]:

	HC 82.424/RS	ADI 3.510/DF
Adequação	Ato adequado é aquele "apto a produzir o resultado desejado".	Lei adequada é a que protege "de maneira ótima" o direito fundamental.
Necessidade	Ato necessário é aquele "insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz".	Uma lei é necessária se não existem "medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental".

[116] O Ministro utiliza essa terminologia em seu voto. STF: ADI 3.510/DF... cit. (nota 75), p. 610.

[117] Essa tabela comparativa, assim como as demais montadas neste estudo da coerência, contém os dados citados em cada um dos três quadros sinópticos montados quando do exame da consistência. Os três quadros sinópticos estão também agrupados, para facilitar a consulta, como Anexo II deste trabalho.

Proporcionalidade em sentido estrito	Ato proporcional em sentido estrito é aquele pelo qual se "estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto".	Lei proporcional em sentido estrito é aquela em que o "grau de satisfação do fim legislativo" é maior ou igual ao "grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção".

As diferenças entre os conceitos não são apenas no fraseado, antes produzem classificações diferentes do mesmo ato: a título de exemplo, se um ato normativo (uma lei) que almeje proteger um certo direito fundamental for "apto a produzir o resultado desejado", mas não o fizer "de maneira ótima", ele será considerado *adequado*, segundo o critério do HC 82.424/RS, mas será *inadequado* pelo critério da ADI 3.510/DF.

E não é só: há, também, diferenças quanto às relações entre as subcategorias. Enquanto que no HC 82.424/RS foi possível inferir uma relação implícita, por qual todo ato necessário é adequado, na ADI 3.510/DF nenhuma relação – expressa ou implícita – foi identificada.

Essa clara diferença entre as duas concepções da proporcionalidade não foi ignorada pelo Ministro, que, como veremos, justificou essa alteração em seu voto na ADI 3.510/DF.

Relembrando da justificativa de aplicação da proporcionalidade exposta no HC 82.424/RS, o Ministro havia, então, mencionado dois casos de aplicação para a proporcionalidade, cada um com um fundamento normativo.

O primeiro caso de aplicação, o de avaliar a legitimidade constitucional de atos restritivos de direitos fundamentais, tinha por fundamento a afirmação de que só por meio da proporcionalidade podia-se verificar se o ato restritivo era ou não violador do "núcleo essencial" do direito fundamental – violação essa que seria sempre constitucionalmente proibida.

Já o segundo caso de aplicação, o de resolver conflitos entre princípios, de maneira geral, fundamentava-se com base em que a própria estrutura dos princípios impunha que os conflitos entre eles só pudessem ser resolvidos

pela ponderação à luz do caso concreto – o que era feito pela aplicação da proporcionalidade.

Na ADI 3.510/DF, o Ministro estabelece um outro caso de aplicação para a proporcionalidade, com um fundamento normativo próprio. Logo ao começar a discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, o Ministro opõe o princípio, quando visto como proibição de excesso, a quando visto como proibição de proteção deficiente.

O Ministro diferencia as duas modalidades, dizendo que o "aspecto subjetivo" dos direitos fundamentais, que obriga o Estado a "observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público", determina a aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso; ao passo que a sua "dimensão objetiva", que impõe ao Estado a garantia dos direitos fundamentais "contra agressão propiciada por terceiros", determina a aplicação do princípio da proporcionalidade como "proibição de proteção insuficiente[118].

Repare-se que o Ministro chega mesmo a usar a expressão "diferenciação", para bem contrastar as duas modalidades do princípio:

> *"Assim, na dogmática alemã é conhecida a **diferenciação** entre o princípio da proporcionalidade como **proibição de excesso** (Ubermassverbot) e como **proibição de proteção deficiente** (Untermassverbot). No **primeiro caso**, o princípio da proporcionalidade funciona como **parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais** como proibições de intervenção. No **segundo**, a consideração dos direitos fundamentais como **imperativos de tutela** (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada (grifamos)[119].*

O fato de o Ministro não ter expressamente aludido ao HC 82.424/RS não impede a justificação dessa alteração de posicionamento. Mais que referências nominais aos casos passados, importa que o Ministro contraste bem as diferenças de entendimento, e justifique-as, como ele o fez no presente caso. Podemos claramente relacionar o princípio da

---

[118] STF: ADI 3.510/DF... cit. (nota 75), p. 607
[119] Idem, p. 609-610.

proporcionalidade como proibição de excesso ao método utilizado no HC 82.424/RS[120], e o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente ao aplicado na ADI 3.510/DF.

Como se vê, o Ministro alterou o conceito de proporcionalidade utilizado, na ADI 3.510/DF, em relação à sua atuação anterior. No entanto, essa alteração foi devidamente justificada, de modo que o voto do Ministro na ADI 3.510/DF pode ser considerado *coerente* com sua jurisprudência anterior, *com alteração justificada de posicionamento*.

3.2.2. RE 511.961/SP – Diploma de Jornalismo

No RE 511.961/SP (Diploma de Jornalismo), como vimos no item 3.1.3 *supra*, o Ministro Gilmar Mendes julgou a recepção ou não do art. 4°, inciso V, do Decreto-Lei n° 972/1969, que estabelecia a exigência de diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação – MEC, para o exercício da profissão de jornalista.

A coerência do RE 511.961/SP será avaliada comparando-o com os posicionamentos do Ministro no HC 82.424/RS (Caso Ellwanger) e na ADI 3.510/DF (Lei de Biossegurança).

A análise desses dois últimos casos – que antecederam, cronologicamente, o julgamento do RE 511.961/SP – nos revelou que o Ministro tem ao menos duas visões distintas sobre o princípio da proporcionalidade, destinadas a casos com características próprias e com fundamentos normativos diversos: de um lado, o princípio da proporcionalidade *como proibição de excesso*, decorrente da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, visando limitar a restrição a esses direitos; e de outro, o princípio da proporcionalidade *como proibição de proteção insuficiente*, decorrente da dimensão objetiva dos direitos

[120] Repare-se que no HC 82.424/RS o Ministro Gilmar Mendes já havia utilizado a expressão "princípio da proibição do excesso" para se referir ao método que aplicava, embora não o tivesse oposto ao "princípio da proibição de proteção insuficiente". STF: HC 82.424/RS... cit. (nota 65), p. 657.

fundamentais, impondo ao Estado sua proteção – normalmente via regulamentação normativa – contra agressões de terceiros.

Uma análise dos casos de aplicação da proporcionalidade expostos pelo Ministro no RE 511.961/SP indica que o Ministro não aplicou, no caso, a proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente.

Com efeito, neste RE o Ministro definiu a proporcionalidade como aplicável quando houver "imposição de restrições a determinados direitos"[121], por um ato estatal. Longe de avaliar a suficiência de lei regulamentadora de direitos – o que seria o caso, na proibição de proteção insuficiente –, a proporcionalidade foi usada para avaliar um ato restritivo de um direito fundamental – como proibição de excesso, portanto.

Por outro lado, constatamos alguma proximidade entre os casos de aplicação da proporcionalidade citados no HC 82.424/RS e no RE 511.961/SP. Neste último, a proporcionalidade foi dita aplicável quando houver "imposição de restrições a determinados direitos", enquanto que naquele um de seus casos de aplicação era o de avaliar a legitimidade constitucional de atos restritivos de direitos fundamentais.

Mas as semelhanças param por aí. No HC 82.424/RS, o fundamento normativo para a avaliação de atos restritivos era simplesmente o de que era preciso verificar se tais atos teriam atingido o "núcleo essencial" de algum direito fundamental – esse atingimento é sempre inconstitucional.

Já no RE 511.961/SP, o fundamento normativo para a análise de atos restritivos passou a envolver diversos conceitos técnicos específicos, sendo o de que todo ato estatal que se qualifique como *conformação* do *âmbito de proteção* de um direito fundamental – o que só pode ser feito na hipótese de existir cláusula de *reserva legal qualificada* – deve ser limitado por algumas balizas, uma delas o princípio da proporcionalidade.

Essa diferença de fundamentos normativos não foi mencionada pelo Ministro. Não é possível saber se, para o Ministro Gilmar Mendes, existe

[121] STF: RE 511.961/SP… cit. (nota 94), p. 743

identidade entre o "atingir o núcleo essencial de um direito fundamental" exposto no HC 82.424/RS e o "realizar uma conformação do âmbito de proteção de um direito de modo desproporcional" do RE 511.961/SP.

E as diferenças aumentam quando comparamos os *modi operandi* de cada uma das versões da proporcionalidade entre si:

HC 82.424/RS	RE 511.961/SP
O ato restritivo, para ser conforme ao princípio da proporcionalidade, precisa ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.	Um ato restritivo só será proporcional se, cumulativamente, (i) o fim perseguido pelo legislador, bem como os meios utilizados para atingi-lo, forem legítimos; (ii) o ato for adequado; (iii) for necessário; e (iv) for proporcional em sentido estrito.
Ato adequado é aquele "apto a produzir o resultado desejado"	Ato adequado é aquele apto "a atingir os objetivos pretendidos". Esse atingimento deve ser pleno.
Ato necessário é aquele "insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz".	Ato necessário é aquele em relação ao qual "nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos".
Ato proporcional em sentido estrito é aquele pelo qual se "estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto".	Ato proporcional em sentido estrito é o que passa no teste de uma "rigorosa ponderação (...) entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador". Essa rigorosa ponderação, porém, não foi definida.
A legitimidade de meios e fins não é requisito.	Não foram definidos critérios de aferição da legitimidade dos fins perseguidos e dos meios utilizados.

Em ambos os casos, são requisitos à caracterização do ato restritivo como proporcional a sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, as respectivas definições dessas subcategorias não são idênticas: ora se fala em "produzir o resultado desejado", ora em "atingir os objetivos pretendidos"; ora se fala em "relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto", ora em "rigorosa ponderação (...) entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador".

Podemos até admitir que essas diferenças sejam apenas no fraseado, e não signifiquem compreensões radicalmente diferentes entre si – afinal, o Ministro tem os conceitos em sua memória, e pode muito bem defini-los de modo ligeiramente diferente a cada uso –, mas de todo modo resta inequívoca a marcante diferença quanto aos requisitos de proporcionalidade de um ato restritivo: a legitimidade de meios e de fins *não foi* requisito de proporcionalidade no HC 82.424/RS, e *foi sim* requisito de proporcionalidade no RE 511.961/SP – ainda que não tenha sido definida.

De fato, o "ato restritivo" avaliado no HC 82.424/RS – a condenação de Ellwanger por racismo – foi considerado conforme ao princípio da proporcionalidade, sem que qualquer exame de legitimidade de meios ou de fins tenha sido realizado. Daí que não se possa sequer dizer que esse seria um requisito implícito – seria imprescindível, à sua qualificação como requisito, um exame pelo qual a sentença condenatória, classificada como "proporcional", apresentasse tal legitimidade.

Tampouco se pode dizer que a legitimidade de meios e de fins não seria um requisito à proporcionalidade no RE 511.961/SP. É verdade que o Ministro não chegou a realizar, no RE, qualquer exame de legitimidade – mas, se bem lembrarmos, ele não o fez porque o ato não era "sequer adequado", *i.e.*, a constatação de inadequação já era suficiente à conclusão de desproporcionalidade. E a sua formulação, ao definir o conceito de proporcionalidade – de que a caracterização de um ato restritivo como conforme o princípio da proporcionalidade "pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também (...)"[122] – deixa claro que a legitimidade de meios e de fins é um requisito indispensável à proporcionalidade.

Essa questão da legitimidade de meios e de fins não é insignificante. De fato, se houvesse alguém interessado em defender a proporcionalidade do Decreto de 1969 perante o Ministro Gilmar Mendes, esse alguém deveria convencer o Ministro de que os fins objetivados pelo legislador, assim como

[122] STF: RE 511.961/SP… cit. (nota 94), p. 743.

os meios por ele empregados com tal ato restritivo, eram "legítimos" – ainda que não se saiba exatamente o que isso significa. Esse ônus – indispensável para que o Ministro apresentasse um voto consistente com o conceito de proporcionalidade por ele próprio exposto – *não foi imposto* a quem defendeu a proporcionalidade da sentença condenatória de Ellwanger. É dizer: o Ministro, ao criar um novo requisito à proporcionalidade para o mesmo tipo de situação – qual seja, a avaliação da constitucionalidade de ato estatal restritivo de direitos –, tratou de modo não isonômico alguns de seus jurisdicionados entre si, sem fundamentar essa diferenciação.

Outra diferença entre os conceitos de proporcionalidade se dá no que respeita às relações entre as subcategorias citadas pelo Ministro. No HC 82.424/RS, apenas uma relação (implícita) de subsidiariedade foi identificada: todo ato necessário é adequado. No RE 511.961/SP, foram identificadas duas relações implícitas: a primeira, pela qual um ato proporcional em sentido estrito passou em todos os demais testes; e a segunda, pela qual a adequação é o primeiro dos testes, e passar em qualquer outro teste garante passar no da adequação.

Como se vê, o Ministro Gilmar Mendes discorreu, no RE 511.961/SP, sobre um princípio da proporcionalidade aplicável aos mesmos casos que o por ele exposto no HC 82.424/RS. O Ministro, porém, conceituou a proporcionalidade de modo diverso do então estabelecido, alterando definições e, mais grave, criando requisitos que antes não existiam. Essas alterações não foram comentadas, nem justificadas, pelo Ministro. A atuação do Ministro, no RE 511.961/SP, pode, por isso, ser considerada *incoerente* com a própria atuação jurisdicional passada, notadamente com a exposta no HC 82.424/RS.

4. Conclusão

A CF não é composta apenas por normas do tipo regra, que descrevem condutas ou situações fáticas, e lhes prescrevem certas consequências jurídicas, e cuja aplicação se dá pela subsunção. Existem, também, os princípios, cuja aplicação não é possível de ser feita nos mesmos moldes que a das regras – pois, como vimos, existindo mais de um princípio incidindo no mesmo caso concreto, não se pode simplesmente ignorar a existência de um deles, e aplicar o outro.

Uma das técnicas utilizadas para se realizar a *ponderação* – processo de solução de conflitos entre princípios, à luz das circunstâncias do caso concreto – é o *princípio da proporcionalidade*. Não há quase nenhum consenso, entretanto, na doutrina nem na jurisprudência, sobre todas as características e peculiaridades deste princípio.

Qualquer que seja a concepção de proporcionalidade adotada, é certo que o julgamento de um caso de conflito de princípios envolve um ônus argumentativo excepcional, para o intérprete. É que não basta encontrar *a regra* aplicável ao caso: pode haver *mais de um princípio* incidindo, e a algum deles terá que ser dado peso maior, com base em algum critério de decisão:

> *"(...) toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas, quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, por que decidiu por uma direção ou sentido, e não por outra"*[123].

Ao longo deste trabalho, estudamos a aplicação, pelo Ministro Gilmar Mendes, do princípio da proporcionalidade nos casos de liberdade de expressão. Diante da ausência de consenso sobre as características da proporcionalidade, não adotamos qualquer conceito prévio sobre ela, assumindo, a cada caso, as formulações dadas pelo próprio Ministro.

---

[123] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo... cit. (nota 1), p. 293.

Num primeiro momento, avaliamos a *consistência* dos votos do Ministro – assim entendida a característica de organicidade e racionalidade interna do voto.

No HC 82.424/RS (Caso Ellwanger), o voto do Ministro Gilmar Mendes foi considerado *inconsistente*. O Ministro apresentou seu conceito de proporcionalidade de modo satisfatório, assim como aquilo que, em sua visão, justificava a aplicação da proporcionalidade ao caso. A aplicação da proporcionalidade ao caso concreto, no entanto, não seguiu, em diversos momentos, o conceito definido pelo próprio Ministro.

O voto do Ministro Gilmar Mendes também foi considerado *inconsistente* na ADI 3.510/DF (Lei de Biossegurança). A justificativa de utilização para a proporcionalidade foi exposta, é verdade, e pode-se defender que o conceito e a forma de utilização da proporcionalidade também o foram. Mas, assim como no Caso Ellwanger, a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto, na ADI 3.510/DF, não atendeu aos requisitos estabelecidos. O Ministro afirmou a *desproporcionalidade* da Lei de Biossegurança sem relacionar essa afirmação ao conceito de proporcionalidade por ele próprio definido. E uma análise de sua argumentação mostrou que, se relacionarmos seus argumentos às categorias que, segundo o Ministro, compõem a proporcionalidade, o resultado é uma contradição entre a definição das categorias e sua operacionalização no caso concreto.

No RE 511.961/SP (Diploma de Jornalismo), porém, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi considerado *consistente*. O Ministro apresentou os motivos pelos quais a proporcionalidade seria aplicável ao caso concreto. Disse, também, quais requisitos um ato estatal precisa apresentar para ser *proporcional*. É verdade que o Ministro não definiu alguns desses requisitos – o que tornaria impossível qualquer conclusão fundamentada no sentido da proporcionalidade do ato –, mas as categorias que foram definidas, apesar de não serem todas, foram suficientes à conclusão de desproporcionalidade do ato.

Na sequência a esse estudo da *consistência*, estudamos a *coerência* da atuação do Ministro – assim entendida a característica, avaliável a cada novo voto por ele proferido, de manifestar-se conforme a própria jurisprudência, ou se distanciar dela de modo fundamentado.

Quando julgou a ADI 3.510/DF (Lei de Biossegurança), o Ministro já havia julgado o HC 82.424/RS (Caso Ellwanger). Ao julgar a ADI, o Ministro foi *coerente* com a própria jurisprudência: adotou um conceito de proporcionalidade bastante diferente do que fora por ele próprio exposto anteriormente, porém se preocupou em fundamentar essa alteração – diferenciando duas modalidades distintas do princípio da proporcionalidade. Como vimos no item 2.2.2 *supra*, não é indispensável à coerência a imutabilidade de entendimento, pelo Ministro. Ele deve, apenas, fundamentar suas alterações de posicionamento.

Já ao julgar o RE 511.961/SP (Diploma de Jornalismo), o Ministro já havia julgado tanto o HC 82.424/RS quanto a ADI 3.510/DF, e sua atuação foi classificada como *incoerente* com a própria jurisprudência. A proporcionalidade citada pelo Ministro nesse caso abrange casos de aplicação da proporcionalidade mencionada no HC 82.424/RS, mas os requisitos de proporcionalidade em cada um desses julgados foram diferentes – sem que houvesse justificação para essa diferença.

O que nos moveu a realizar este estudo – da consistência de cada um dos votos do Ministro, e da coerência do Ministro com a própria jurisprudência – foi a hipótese, formulada a partir de leituras e discussões realizadas na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, de que o Ministro, por mais que mencionasse com frequência a proporcionalidade, não esmerasse muito em sua aplicação ao caso concreto. Essa hipótese era referendada por textos de diversos autores, que avaliavam a proporcionalidade ora aplicada pelo STF, de maneira geral, ora pelo Ministro Gilmar Mendes, em particular.

Realizadas as análises, podemos tirar algumas conclusões:

- *Há uma tendência a que o conceito e a justificativa de utilização da proporcionalidade sejam satisfatórios e a aplicação dela ao caso concreto não o seja.*

Em todos os três casos estudados, o Ministro dedicou partes maiores de seu voto ao seu conceito de proporcionalidade e aos motivos que justificam sua aplicação ao caso concreto – a cada uma dessas etapas – do que à aplicação da proporcionalidade ao caso concreto. Essa aplicação, por vezes, é sucinta ao ponto de o Ministro simplesmente alegar a "evidência" do resultado[124]. Em compensação, houve ocasiões em que o Ministro definiu vários conceitos técnicos específicos da dogmática constitucional e gastou várias páginas apenas para explicitar seu conceito de proporcionalidade e fundamento normativo de aplicação[125].

- *É possível que uma decisão seja consistente sem que seu conceito de proporcionalidade seja exauriente de todo o* modus operandi *do princípio.*

Essa conclusão derivou da constatação realizada com o estudo da consistência do RE 511.961/SP. Numa primeira análise do caso, nós o havíamos classificado como inconsistente, já que o Ministro havia apresentado quatro requisitos à proporcionalidade de um ato estatal, e definido satisfatoriamente apenas dois deles.

No entanto, um pouco mais de reflexão sobre o caso nos fez alterar essa classificação, para considerá-lo *consistente*: é que a conclusão do Ministro foi no sentido da desproporcionalidade do ato, com base na afirmação – devidamente fundamentada – de que ele não apresentava *um* dos requisitos de proporcionalidade – *que havia sido definido*.

Ora, era inegável que a conclusão de desproporcionalidade do ato – uma vez constatado o não preenchimento de um dos requisitos de proporcionalidade – fora lastreada nos critérios definidos pelo próprio

[124] Foi o caso do HC 82.424/RS. Vide item 3.1.1, *supra*.
[125] Foi o caso do RE 511.961/SP. Vide item 3.1.3, *supra*.

Ministro. Daí não nos parecer razoável classificar este voto como *inconsistente*.

Essa percepção introduziu um refinamento na noção de consistência: não é, de fato, necessário que o *conceito* de proporcionalidade esboçado pelo Ministro seja exaustivo, ou analítico de todas as possibilidades futuras. Basta, à consistência, que a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto seja feita conforme o *modus operandi* definido pelo Ministro.

A incompletude do conceito, porém, nos parece poder levar a questões de *incoerência*. É que, se o Ministro havia definido exaustivamente o conceito, numa dada ocasião, e posteriormente não o faz, ele, de certa forma, deixa de confirmar a própria jurisdição passada. Mas essa é uma questão relativa à coerência, não à consistência.

- *O Ministro Gilmar Mendes, de modo geral, não apresentou níveis especialmente elevados de consistência, nem de coerência.*

O Ministro foi consistente em apenas um dos três votos avaliados. E foi coerente em apenas uma das duas ocasiões estudadas.

É de se notar que o nível de consistência apresentado (um em três, ou 33,4%) foi significativamente maior que o obtido por PEREIRA[126] (este autor identificara votos consistentes[127] em apenas quatro dos vinte e dois casos, ou 18,2%). Isso pode ser uma confirmação do nosso esforço de delimitar um objeto de pesquisa que potencializasse a consistência do Ministro[128], mas pode também ser simplesmente devido à menor amostragem por nós utilizada.

* * *

[126] PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso...* cit. (nota 11), p. 26.
[127] Esse número corresponde aos votos com "coerência forte" identificados por PEREIRA, que equivalem ao que chamamos de votos consistentes. Vide item 2.2, *supra*.
[128] Vide item 1.3, *supra*.

Já diziam BARROSO e BARCELLOS que

> *"[b]oa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções"*[129].

É nessa linha que se insere o presente trabalho. Mais do que meramente criticar cegamente a atuação de um Ministro, buscamos, aqui, estudar a argumentação por ele desenvolvida – em cada voto seu, e no conjunto de seus votos –, para fiscalizar a racionalidade e a constância dessa argumentação.

Assim como CAMARGO o havia feito, esperamos, nós também, que este trabalho seja "um pretexto para a reflexão de algo mais profundo"[130]: como um dos Ministros do mais alto Tribunal tem embasado suas decisões.

---

[129] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo... cit. (nota 1), p. 277.
[130] CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade...* cit. (nota 7), p. 10.

5. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271-316.

CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2005. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=59>, acesso em 16 set. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23, p. 469-475, dez. 1994.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras, Revista Diálogo Jurídico, v. 1, n. 5, ago. 2001.

PEREIRA, Bruno Ramos. *O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal*: Análise dos Votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PRETZEL, Bruna Romano. *O Ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão*: uma análise de argumentação. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2007. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=93>.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável, RT, n. 798, 2002, p. 23-50, abr. 2002.

6. Anexos

6.1. Anexo I: Julgados descartados do estudo da consistência e motivos de descarte

Acórdão	Motivo de descarte	Citação
ADI-MC 2.677/DF	O voto do Ministro Gilmar Mendes tem apenas um parágrafo, em que ele não menciona a proporcionalidade e se limita a negar a existência dos requisitos à concessão da cautelar – fumus boni iuris e periculum in mora.	"Sr. Presidente, não vislumbro a plausibilidade jurídica nem o periculum in mora, tal como já demonstrado no douto voto do eminente Relator. Também indefiro a cautelar"[131].
Inq 1.957/PR	O voto do Ministro Gilmar Mendes tem apenas uma página[132], em que ele sequer menciona a proporcionalidade.	-
RE 447.584/RJ	Também aqui, o Ministro vota em uma página[133], seguindo o Relator, sem menção à proporcionalidade.	-
Inq 2.245/MG	Não há menção, pelo Ministro Gilmar Mendes, à palavra "proporcionalidade", nem à palavra "razoabilidade"[134].	-
ADPF-MC 130/DF	Não houve qualquer menção, pelo Ministro Gilmar Mendes, à proporcionalidade ou a qualquer subcategoria dela. O acórdão só foi encontrado pela expressão de busca em decorrência do aparecimento da palavra "proporcionalidade" nos títulos de duas obras doutrinárias citadas ao longo do acórdão, nenhuma delas por Gilmar Mendes.	-
ADPF 130/DF	A expressão "proporcionalidade" apareceu em duas ocasiões, no voto do Ministro, em que ele citava decisões do Tribunal Constitucional Alemão: (i) na primeira, ele cita os argumentos da autora de um recurso constitucional, no sentido de que "as decisões dos Tribunais violavam os artigos 1, 2, I, 5, I	-

[131] STF: ADI 2.677/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26/06/2002, p. 485.
[132] STF: Inq 1.957/PR, Rel. Carlos Velloso, j. 11/05/2005, p. 260.
[133] STF: RE 447.584/RJ, Rel. Cezar Peluso, j. 28/11/2006, p. 643.
[134] O Ministro proferiu diversos votos, esclarecimentos e explicações, às páginas 733, 815-816, 842-844, 845-846, 857, 864, 893, 922-928, 955, 976, 1022-1023, 1046, 1064-1065, 1079-1080, 1086, 1102, 1108, 1117-1127.

	e III, 14 (direito de propriedade) e 103, I, todos da Lei Fundamental, bem como os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica"[135]; e (ii) na segunda, ele cita a decisão do Tribunal no chamado caso Lebach, no sentido de que "além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade"[136]. Essas duas menções à "proporcionalidade", no entanto, não caracterizaram um método de julgamento utilizado pelo Ministro – tanto que só foram utilizadas por ele para aludir a julgamentos do Tribunal Alemão. O argumento central do Ministro, para concluir no sentido da não recepção parcial da Lei de Imprensa, mantidos os artigos relacionados ao direito de resposta, foi o de que "o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição"[137].	
RE 414.426/SC	A questão constitucional envolvida era semelhante à do RE 511.961/SP[138]: a liberdade de exercício de profissão. A Ordem dos Músicos do Brasil queria impedir que músicos que não pagassem a anuidade exercessem a profissão. Todos os Ministros votaram pelo indeferimento do RE, contrariando a pretensão da OMB. O Ministro Gilmar Mendes votou em apenas três parágrafos, basicamente dizendo que havia preparado um voto para o presente RE, em que invocava os fundamentos por ele expostos no RE 511.961/SP. Esse voto que ele teria preparado não consta do acórdão, porém, de modo que não há qualquer menção à proporcionalidade[139]. Além disso, o Ministro	-

[135] STF: ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 230
[136] Idem, p. 234.
[137] Idem, p. 227.
[138] Vide item 3.1.3, *supra*, síntese do caso RE 511.961/SP.
[139] Desconsideramos este caso apenas pela circunstância de que Gilmar Mendes não fez constar do acórdão esse voto, que ele disse ter preparado. Como no voto que foi efetivamente proferido não houve menção à proporcionalidade, o caso não preencheu um dos requisitos por nós estabelecido para análise da consistência.

	diz que a CF impõe reserva legal qualificada à liberdade de exercício profissional.	
ADPF 54/DF – Aborto de feto anencéfalo	Gilmar Mendes não aplicou a proporcionalidade em seu voto. A palavra "proporcionalidade" aparece apenas uma vez, numa citação da Corte Constitucional Alemã, mas num momento em que o Ministro está fazendo "considerações a respeito do tratamento do aborto no direito comparado". O Ministro também cita a "ponderação de princípios", em outra ocasião, mas apenas para rejeitá-la, porque em casos envolvendo "desacordos morais razoáveis" – como é o caso do aborto, segundo ele –, ela "mostra-se bastante difícil de ser realizada". A principal ratio decidendi do voto do Ministro foi a de que o bem jurídico tutelado pela exclusão de ilicitude do aborto de feto anencéfalo – a integridade psicológica da gestante – fora objetivado pelo legislador de 1940, ao permitir o aborto em caso de estupro. O legislador não permitiu expressamente o aborto de feto anencéfalo, mas apenas porque essa possibilidade não existia em 1940 – já que, como se disse, o bem integridade psicológica foi tutelado no caso do aborto de estupro –.	"A ponderação de princípios, especialmente em questões sensíveis, mostra-se bastante difícil de ser realizada. Schmitt, em seu texto sobre a tirania dos valores, já enxergava os riscos de embates entre valores em uma dada comunidade. Dizia ele que a afirmação de um valor tende a corresponder à negação do valor que se encontra em oposição àquele, razão por que, digo eu, a adjudicação judicial nessas hipóteses torna-se temerária e complexa".
ADI 4.430/DF	O Ministro proferiu um pequeno voto de 2 páginas (pp. 87-88), e depois um aditamento de mais 6 páginas (pp. 172-177). Em nenhum destes, disse qualquer coisa sobre a proporcionalidade.	-
AI 823.231/DF	Trata-se de um Agravo de Instrumento contra uma decisão da Presidência do TSE que negara seguimento a um pedido de Recurso Extraordinário. A decisão do TSE alegara que a matéria discutida era infraconstitucional, e que portanto qualquer eventual ofensa à CF seria apenas indireta. O Ministro Gilmar Mendes decide no mesmo sentido que essa decisão, citando vários precedentes do STF sobre o não cabimento de RE quando a ofensa à CF é apenas indireta ou reflexa. A palavra "proporcionalidade" aparece apenas uma vez,	-

	colocada como uma afirmação do Agravante, que dizia que a decisão do TSE ofendia o princípio da proporcionalidade, mas sem menção a qualquer caracterização deste princípio.	
AI 822.465/DF	A palavra "proporcionalidade" só é citada pelo agravante (o ex-presidente Lula), e Gilmar Mendes apenas nega seguimento ao agravo com base em que se houvesse ofensa à CF, essa seria apenas reflexa ou indireta.	-
AI 836.641/RJ	Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário. A palavra proporcionalidade apenas aparece no acórdão contra o qual se interpôs o agravo, e apenas ligada ao valor dos honorários advocatícios.	-
AI 851.410/MA	Trata-se de agravo de instrumento impetrado contra uma decisão que inadmitia recurso extraordinário. A palavra "proporcionalidade" não aparece na decisão, e a palavra "razoabilidade" apenas aparece em uma citação do acórdão contra qual o RE fora interposto. Ademais, essa referência à razoabilidade, no acórdão citado pelo Ministro Gilmar Mendes, é apenas no sentido de que o "valor da indenização foi fixado dentro dos patamares de moderação e razoabilidade", mas sem qualquer ambição de designar um método de julgamento.	-
ARE 687.835/SP	Trata-se de um caso de pedido de direito de resposta. A recorrente no Agravo é a supostamente ofendida pela publicação de reportagens por um jornal. Ela sustenta que o direito de resposta lhe deveria ser dado pois era um "meio proporcional de se restabelecer a verdade". Gilmar Mendes cita a proporcionalidade, porém apenas para argumentar que essa discussão (sobre a proporcionalidade) não poderia ser feita no RE, por exigir o reexame fático-probatório, o que é vedado em âmbito de RE.	"Assim, verifico que a discussão acerca da proporcionalidade no caso concreto demanda reexaminar o conjunto probatório, providência vedada no âmbito do recurso extraordinário, a teor do disposto na Súmula 279 do STF".
Rcl 16.556 MC/DF	A Reclamação insurgia-se contra uma decisão da Segunda Turma Recursal dos Juizados	"Examinando todos os votos proferidos

	Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal que condenara o reclamante a uma indenização pecuniária por ter replicado em seu blog uma notícia veiculada no blog de um jornalista, considerada ofensiva à honra de alguém. O reclamante alegava que essa condenação violava a decisão do STF na ADFP 130, de não recepção da Lei de Imprensa. A palavra "proporcionalidade" aparece na decisão do Ministro Gilmar Mendes apenas em citações que ele faz de votos dos outros Ministros, do julgamento da ADPF 130. O próprio Gilmar Mendes não chega a mencioná-la, e decide apenas com base no argumento de que o posicionamento do STF na ADPF 130 era o de que a responsabilidade civil e penal por abusos no exercício da liberdade de expressão era plenamente constitucional.	pelos Ministros desta Corte no julgamento da ADPF 130, resta cristalino o entendimento quanto à responsabilidade nas esferas civil e penal de excessos cometidos pela imprensa, consoante se depreende da leitura do art. 5º, incisos V e X, e 220 da Constituição Federal".
RE 574.716/SP	As palavras "proporcionalidade" e "razoabilidade" apenas aparecem, na decisão do Ministro Gilmar Mendes, em citação do acórdão do TJ-SP contra qual o RE fora interposto. O Ministro decide por não apreciar a aplicação que o TJ-SP havia feito da proporcionalidade, com base na regra de vedação ao reexame, em RE, do conjunto fático-probatório, e diz que.	"Para concluir de forma diversa do acórdão recorrido, inclusive para assentar a veracidade dos conflitos retratados, é indispensável a revisão do substrato fático-probatório, vedada em sede de recurso extraordinário, nos termos das Súmulas 279/STF".

6.2. Anexo II: Quadros sinópticos dos casos estudados

6.2.1. HC 82.424/RS – Caso Ellwanger

Princípio da proporcionalidade, princípio do devido processo legal em sentido substantivo, princípio da proibição do excesso		
Conceito e *modus operandi*		O princípio da proporcionalidade é um método de avaliação da constitucionalidade de atos restritivos de direitos fundamentais, e de solução de conflitos entre princípios, de modo geral. O ato restritivo, para ser conforme ao princípio da proporcionalidade, precisa ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.
	Adequação	Ato adequado é aquele "apto a produzir o resultado desejado".
	Necessidade	Ato necessário é aquele "insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz".
	Proporcionalidade em sentido estrito	Ato proporcional em sentido estrito é aquele pelo qual se "estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto".
Relação entre as subcategorias		Nenhuma relação foi expressamente declarada. Uma relação de subsidiariedade foi inferida, segundo a qual todo ato necessário é adequado (o exame da necessidade é subsidiário ao da adequação).
Casos de aplicação		São dois: (i) avaliar a legitimidade constitucional de atos restritivos de direitos fundamentais, podendo estes atos ser quaisquer atos do poder público; e (ii) resolver conflitos entre princípios, de maneira geral.
Fundamento normativo		Para o primeiro caso de aplicação, o fundamento normativo é a necessidade imperativa de se averiguar se o ato restritivo atingiu o "núcleo essencial" do direito fundamental. Para o segundo, é a própria estrutura dos princípios, que faz com que um conflito entre eles só possa ser resolvido pela ponderação à luz do caso concreto.
Circunstâncias (apontadas) do caso		São duas: (i) os livros citados por Ellwanger não tinham teor científico-historiográfico; e (ii) tinham forte carga ideológica ou proselitista do antissemitismo.
Aplicação stricto sensu		Conclusão de que a condenação de Ellwanger (o ato restritivo) fora adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Porém, pouca ou nenhuma fundamentação dessa conclusão. A adequação é dita "evidente", e o exame da necessidade é feito com relação a um fim diferente daquele usado na adequação. Ademais, o exame da necessidade não seguiu a definição de ato necessário: porque a definição de ato necessário é ato insubstituível, e não ato de difícil substituição.

6.2.2. ADI 3.510/DF – Lei de Biossegurança

Princípio da proporcionalidade, princípio da proibição de proteção insuficiente, princípio do imperativo de tutela		
Fundamento normativo		Os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva, que cria para o Estado o dever de proteger seus titulares contra violações por parte de terceiros, dever este que é concretizado, dentre outros meios, pela regulamentação satisfatória – *i.e.*, que esteja de acordo com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente.
Casos de aplicação		Quando um ato estatal de regulamentação de um direito aparente fazê-lo de modo deficiente.
Conceito		O *modus operandi* não foi expressamente definido. Porém, como o Ministro diz que o Estado tem o dever de "tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais", pode-se defender que o *modus operandi* do princípio seja o de que, para ser proporcional, um ato precisa ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.
	Adequação	Lei adequada é a que protege "de maneira ótima" o direito fundamental.
	Necessidade	Uma lei é necessária se não existem "medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental".
	Proporcionalidade em sentido estrito	Lei proporcional em sentido estrito é aquela em que o "grau de satisfação do fim legislativo" é maior ou igual ao "grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção".
Circunstâncias do caso		(i) A lei não institui um Comitê central, a cuja avaliação todos os projetos de pesquisa deveriam estar submetidos; e (ii) a lei não contém cláusula de subsidiariedade, que consistiria em "permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins".
Aplicação *stricto sensu*		Não foi identificada aplicação da adequação. Quanto à necessidade, a lei parece violá-la pois existem técnicas alternativas de pesquisa que, sem utilizar embriões humanos, são tão adequadas quanto as pesquisas com embriões, e são, ainda, "menos gravosas" (presumivelmente por não envolverem, na mesma intensidade, "debate[s] sobre as questões éticas e morais").

6.2.3. RE 511.961/SP – Diploma de Jornalismo

Princípio da proporcionalidade, princípio da reserva legal proporcional		
Fundamento normativo		Todo ato estatal que se qualifique como *conformação* do *âmbito de proteção* de um direito fundamental – o que só pode ser feito na hipótese de existir cláusula de *reserva legal qualificada* – deve ser limitado por algumas balizas, sendo o princípio da proporcionalidade uma delas.
Casos de aplicação		Quando houver "imposição de restrições a determinados direitos" por um ato estatal.
Modus operandi		Um ato restritivo só será proporcional se, cumulativamente: (i) o fim perseguido pelo legislador, bem como os meios utilizados para atingi-lo, forem legítimos; (ii) o ato for adequado; (iii) for necessário; e (iv) for proporcional em sentido estrito.
	Legitimidade dos fins perseguidos e dos meios utilizados	Não foram definidos critérios de aferição.
	Adequação	Ato adequado é aquele apto "a atingir os objetivos pretendidos". Esse atingimento deve ser pleno.
	Necessidade	Ato necessário é aquele em relação ao qual "nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos".
	Proporcionalidade em sentido estrito	Ato proporcional em sentido estrito é o que passa no teste de uma "rigorosa ponderação (...) entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador". Essa rigorosa ponderação, porém, não foi definida.
	Relação entre os conceitos	Duas relações implícitas de subsidiariedade (não expressamente declaradas) foram constatadas. A primeira, a de que o exame da proporcionalidade em sentido estrito é subsidiário a todos os demais, decorre do fraseado de que por via dele é atingido "um juízo definitivo sobre a proporcionalidade". A segunda, a de que todas as demais subcategorias são subsidiárias ao exame da adequação, decorre de que o Ministro fala que a lei em questão não é "sequer" adequada – o que indica que quando uma lei restritiva não é adequada, nunca pode ser apresentar legitimidade de fins e meios, nem ser necessária, nem proporcional em sentido estrito.
Lei analisada		Inciso V do art. 4° do Decreto-Lei 972/1969, que define como qualificação profissional necessária ao exercício da profissão de jornalista a graduação em curso de jornalismo de nível superior.
	Objetivo pretendido	Evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros
Adequação		A exigência de diploma não é adequada pois "não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros".