

A APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NO STF: UM CASO*

Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia**

RESUMO: O presente artigo pretende investigar a utilização da máxima da proporcionalidade por dois Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), tomando como base o Habeas Corpus nº 82.424. Como suporte teórico, será adotado a concepção de Robert Alexy dos princípios enquanto mandados de otimização, explicitando a máxima da proporcionalidade em suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Depois disso, será feita uma análise detalhada nos votos dos ministros e uma comparação entre a visão teórica que têm sobre a máxima da proporcionalidade bem como a forma como a aplicaram no caso. Assim, será feita a verificação se há a aplicação da máxima da proporcionalidade pelos ministros do STF como afirmaram ter feito quando do julgamento do referido caso. Por fim, será constatado que o emprego da proporcionalidade é um mero artifício retórico.

PALAVRAS-CHAVE: Máxima da proporcionalidade. Princípios. Supremo Tribunal Federal.

Introdução

O presente artigo propõe-se a investigar a utilização da máxima da proporcionalidade¹ pelos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, do STF, tomando como fio condutor o julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 82.424, o conhecido “caso Ellwanger”.

Para isso, será feita uma explanação da teoria dos princípios, com base em Robert Alexy, com enfoque especial à máxima da proporcionalidade, que será analisada em suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Após a explicitação teórica da máxima proporcionalidade, será feita a comparação com o entendimento que os ministros têm dela assim, como o resultado de sua aplicação no caso. Depois desse percurso, será possível compreender e se posicionar em relação ao uso da máxima proporcionalidade pelos ministros do STF.

Portanto, o principal objetivo do trabalho é verificar se a proporcionalidade é aplicada pelo STF tal qual como propalada pelos seus ministros. Assim, serão explicitados os significados equívocos e as incorreções práticas de suas análises.

1 Os princípios como mandamentos de otimização

O percurso será iniciado com a conceituação dos princípios na base teórica desenvolvida por Robert Alexy. Isso é importante para a investigação aqui proposta, pois o professor de Kiel desenvolve sua teoria visando a refinar a máxima da proporcionalidade,

* Enviado em 7/6, aprovado em 5/12/2012, aceito em 18/3/2013.

** Mestrando em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Pontifícia Universidade Católica (PUC-MG); bacharel em Direito - Faculdade Mineira de Direito/PUC-MG; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. E-mail: sapucaiaivaz@gmail.com.

tomando por base a sua construção teórica que remonta as decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão.²

A tese defendida por Robert Alexy tem como ponto caracterizador a concepção de que os princípios são mandados de otimização. Como afirma o próprio Alexy (1997, p. 162, trad. livre): “O ponto decisivo da distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização, enquanto as regras possuem um caráter de mandados definitivos”.³

Desse modo, para a aplicação dos princípios é necessário analisar condições fáticas e jurídicas, pois os princípios só obrigam segundo essas condições. Assim, para o âmbito da aplicação é preciso considerar que:

En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. (ALEXY, 1997, p. 162)

Portanto, a teoria dos princípios em Alexy tem como ponto caracterizador a “qualificação dos princípios como mandados de otimização, ou seja, como normas que podem ser cumpridas em diferentes graus” (DUARTE; PEREIRA, 2005, p. 96).

Como expressão da ideia de otimização, Alexy se utiliza da máxima da proporcionalidade, com a qual a teoria dos princípios se entrelaçaria fortemente. Há, assim, uma conexão constitutiva, pois a “natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” (ALEXY, 2008, p. 116). Isso porque se os princípios são mandados de otimização, a forma correta de aplicá-los é por meio da máxima da proporcionalidade, que expressa exatamente essa ideia.

2 A máxima da proporcionalidade

A máxima da proporcionalidade é a reunião de três máximas parciais: a da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*: “Todos os três princípios expressão a ideia de otimização. Direitos fundamentais enquanto princípios exigem a otimização”⁴. (ALEXY, 2003a, p. 135, trad. livre).

Os princípios da adequação e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou faturalmente possível (ALEXY, 2003a), ou seja: como expressão da otimização, essas máximas parciais ligam-se às possibilidades fáticas.

A máxima parcial da adequação “exclui a adoção de medidas que obstruam a realização de um princípio sem promover outro princípio ou objetivo para o qual eles foram adotados”⁵ (ALEXY, 2003a, p. 135, trad. livre). Assim, um princípio (P,) deve ser pelo menos promovido (ou fomentado) para que o meio empregado seja considerado adequado - caso contrário, não se atende à exigência da adequação.

Desse modo, quer se dizer que não está de acordo com a adequação a adoção de uma medida que não promova um princípio P_1 e ainda obstrua a realização de princípio P_2 : “Isso mostra que a princípio da adequação não é outra coisa que a expressão do ótimo de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento de outra”⁶ (ALEXY, 2003a, p. 135, trad. livre).

A necessidade define a ideia de menor interferência possível em face do princípio contraposto, e a ideia do ótimo de Pareto liga-se à referida máxima nos seguintes termos:

The same applies to the principle of necessity. This principle requires that of two means promoting P_1 that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively in P_2 ought to be chosen. If there exists a less intensively interfering and equally suitable means, one position can be improved at no cost to the other. (ALEXY, 2003a, p. 135)

A máxima parcial da necessidade fica mais clara na seguinte passagem de Silva (2002, p. 38): “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.

Para que a máxima parcial da necessidade seja respeitada, o ato deve atingir de modo menos intenso possível o outro princípio em jogo, devendo ser escolhido o ato que realize esse objetivo de maneira mais aproximada diante do caso. Ressalta-se que a medida precisa passar pelo crivo da adequação antes de se aferir a sua necessidade.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito constitui-se na expressão da otimização no que tange às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2003a). Nesse ponto é que se materializa o balanceamento, que consiste no “terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.”⁷ (ALEXY, 2003a, p. 136, trad. livre).

A regra do balanceamento (sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito) é assim expressa: “quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro. [...] Essa regra expressa a tese de que a otimização relativa de princípios concorrentes consiste em nada mais do que no balanceamento desses princípios” (ALEXY, 2008, p. 136).

Assim, para a realização do sopesamento deve ser realizado um escalonamento da importância dos princípios, o que é nada mais que uma hierarquização desses princípios nos estritos termos do caso objeto de controvérsia: “E essa ideia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista uma *hierarquização* dos mesmos. Não se trata de uma hierarquização absoluta, mas de uma hierarquização tendo-se em vista o caso concreto, realizada pelo procedimento de *ponderação* dos princípios envolvidos na situação” (GALUPPO, 1999, p. 194, grifo do autor).

Com o sopesamento entre dois princípios, extrai-se uma regra que é o resultado dessa interpretação para o caso, determinada pelas condições específicas de prioridade entre os princípios colidentes a que se chegou no exame da questão:

Como se nota, adscrive-se sempre uma *regra* de cada ponderação de princípios, à qual se podem subsumir os fatos que estão sendo discutidos em cada caso concreto. Essa regra, obviamente, deve conter as *condições de prioridade* - do caso concreto - entre os princípios em disputa, de modo que, a cada nova ponderação - e especificação de novas condições de prioridade -, desenvolve-se cada vez mais um *sistema de prioridades prima facie* entre os princípios jurídicos em disputa. (BUSTAMANTE, 2006, p. 83 grifo do autor)

Feita uma explicitação teórica da máxima da proporcionalidade e de suas máximas parciais, a partir deste ponto uma reconstrução crítica de sua utilização no Supremo Tribunal Federal⁸ (STF) será conduzida. Para isso, será utilizado como paradigma o julgamento da Corte no HC nº 82.424, o conhecido “Caso Ellwanger”.

3 A aplicação da proporcionalidade no Caso Ellwanger

No caso Ellwanger, o STF julgou hábeas corpus que tinha como paciente Siegfried Ellwanger Castan, condenado pela prática de racismo. Ellwanger era um escritor e editor brasileiro que se notabilizou por suas teses revisionistas em relação ao holocausto judeu durante a 2ª Guerra Mundial. Devido aos seus escritos, considerados antissemitas pelo incitamento à discriminação racial, foi denunciado pela prática de racismo em 1991. Foi absolvido em 1ª instância em 1995. Contudo, pouco tempo depois foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Os advogados de Ellwanger impetraram hábeas corpus no STJ, que foi denegado. Posteriormente, impetraram novo habeas corpus em 2002, agora no STF, objeto do presente estudo.

A opção pelo referido julgado dá-se pelo fato de ser considerado como marco da aplicação da proporcionalidade no Direito pátrio, uma vez que os ministros do STF fundamentaram uma decisão na perspectiva das três máximas parciais da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), supostamente aplicando a proporcionalidade de forma estruturada.

Os ministros Gilmar Ferreira Mendes e Marco Aurélio afirmaram utilizar a máxima da proporcionalidade como parte de seus argumentos. Um dos ministros entendeu que o ato seria proporcional; e outro, que o mesmo ato seria desproporcional, chegando a resultados distintos.

Para entender como isso foi possível, será feita uma análise detalhada dos votos dos referidos ministros.

Em primeiro lugar, será visto como os ministros entendem a máxima da proporcionalidade. Começa-se pela observação de Gilmar Mendes:

[...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejável), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). (BRASIL, 2003, p. 659)

A concepção teórica da adequação do ministro Gilmar Mendes é problemática, como bem ressalta Virgílio Afonso da Silva (2002). O ministro pressupõe que, para ser adequado, o ato deve ser apto a produzir o resultado. A verdade é que essa máxima exige menos. *O ato pode apenas fomentar o fim desejado*, não precisando, então, de efetivamente produzir um resultado, como quer o ministro.

Essa imprecisão terminológica pode fazer com que se exija que a medida realize mais do que seria compatível com a dimensão da adequação. Assim, tal construção teórica poderia acarretar um resultado de violação à máxima da proporcionalidade por não cumprimento da adequação num caso que ela seria cumprida se a medida fomentasse (e não produzisse) a realização de um princípio, por exemplo.

Na explicitação da proporcionalidade, o ministro Marco Aurélio relaciona quais princípios estão para ele em colisão no caso: “A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento” (BRASIL, 2003, p. 895).

À primeira vista, percebe-se que a conceituação do ministro não traz a adequação e a necessidade, dimensão fática, enquanto constituintes da máxima da proporcionalidade. Dessa forma, ao menos na explicação sobre a proporcionalidade, o ministro parece reduzir a máxima apenas ao seu caráter jurídico.

No passo seguinte, será visto como os ministros realizam a aplicação das três máximas parciais da proporcionalidade: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, no caso concreto.

Assim é o voto do ministro Gilmar Mendes quanto à máxima parcial da adequação:

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. Assegure-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLIII) (BRASIL, 2003, p. 669, grifo do autor)

Vê-se que esse ministro entendeu como adequada a condenação, uma vez que a sanção alcança o fim almejado de “salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância” (BRASIL, 2003, p. 669). Já o ministro Marco Aurélio entendeu que a condenação não era adequada:

Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros. (BRASIL, 2003, p. 896)

Os ministros provavelmente não poderiam chegar ao mesmo resultado quanto à dimensão da adequação, isso porque estabeleceram diferentes fins a serem alcançados. Para o ministro Gilmar Mendes, eram a dignidade humana e o pluralismo; já para o ministro Marco Aurélio, o fim era acabar com a discriminação contra o povo judeu.

A análise da proporcionalidade pelo ministro Marco Aurélio deveria se encerrar nesse ponto, uma vez que a análise das máximas parciais da proporcionalidade é subsidiária. Ou em outras palavras: se não satisfeita a proporcionalidade em uma das máximas parciais a medida é desproporcional (ALEXY, 2008). Caso contrário, poderia a medida (no caso a condenação criminal de Ellwanger) ser considerada inadequada e posteriormente necessária e proporcional em sentido estrito. Nesse ponto é salutar a lição de Silva:

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. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, 2002, p. 34-35)

No tocante à necessidade, o ministro Gilmar Mendes afirma que “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” (BRASIL, 2003, p. 670, grifo do autor). E aduz a ausência de outro meio menos gravoso para o princípio contraposto: “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” (BRASIL, 2003, p. 670).

Por outro lado, o ministro Marco Aurélio chega a conclusão contrária, qual seja, a violação da necessidade pela decisão condenatória, ao também constatar a ausência de um meio menos gravoso: “Na hipótese, a observância desse subprincípio [necessidade] deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu” (BRASIL, 2003, p. 897).

Se a necessidade é, como visto, uma relação de natureza comparativa entre os meios adequados que fomentem um princípio para que seja considerado aquele que de modo menos gravoso atingir o princípio colidente, devem ser analisados pelo menos dois meios diferentes. Esclarece Silva que o exame da necessidade é eminentemente comparativo “a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto” (SILVA, 2002, p. 38).

Não é o que fazem os ministros: eles pressupõem a ausência de meio menos gravoso em face do princípio colidente, decidindo cada um a seu bel prazer. *Não houve comparação, não se atendeu a máxima parcial da necessidade.*

Ainda sob o ângulo da proporcionalidade em sentido estrito, novamente os ministros chegam a conclusões contraditórias. O voto do ministro Gilmar Mendes está nesses termos:

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 a 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. (BRASIL, 2003, p. 670/671, grifo do autor)

Nessa passagem do voto, o ministro realiza o que poderíamos denominar de ponderação em abstrato. Assim, as variáveis do caso que permitiriam uma argumentação racional – por exemplo, a forma como a publicação foi realizada ou a amplitude da divulgação dos escritos do paciente ou ainda a gravidade da ofensa aos judeus – não foram estabelecidas. A seguinte passagem de Alexy ilustra bem o que se afirma:

Nesse sentido, vale o enunciado de preferência (P1 P P2) C2. C2 é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização. A regra C2 → R, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático, com a seguinte estrutura:

(6) T1 e T2 e T3 e T4 → R.

Ou seja: uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 102)

Desse modo, para se realizar a ponderação, as circunstâncias específicas do caso devem ser analisadas, pois um princípio tem prevalência sobre o outro sob essas condições. Em condições diversas, o resultado pode ser diferente: aí será necessária outra ponderação.

Nesse ponto um esclarecimento deve ser feito. Nos mais recentes escritos, Alexy (2003b) tem mencionado a possibilidade de um princípio ter um peso abstrato maior do que outro, apesar de, na maioria das colisões entre direitos fundamentais, esses pesos serem iguais. Mas isso não o aproxima da aplicação do ministro Gilmar Mendes, acima criticada. Uma passagem de um escrito recente de Alexy traduz bem essa afirmação:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

This formula represents the core of a complex argument-structure. In standard cases, where only two principles are involved, balancing begins with the subsumption of the case under two competing principles (P_i , P_j), and continues with an assignment of values, first, to the intensity of interferences (I_i , I_j) with P_i and P_j , second, to the abstract weights (W_i , W_j) of both principles, and, third, to the degree of reliability of the empirical assumption (R_i , R_j) respecting what the measure in question means for the non-realization of P_i and the realization of P_j . (ALEXY, 2010, p. 11)

Portanto, para a decisão no caso de colisão, a diferença abstrata entre os pesos dos princípios é considerada juntamente com o peso concreto dos princípios e com circunstâncias empíricas. Ou seja, para Alexy o peso abstrato dos princípios é mais um elemento a ser analisado quando do sopesamento, e não o único como fez o ministro.

Em relação ao voto do ministro Marco Aurélio, fica claro que ele não realiza o sopesamento entre dois princípios colidentes, e sim a relação do meio empregado com o fim obtido. Vejamos:

Finalmente o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como “lei da ponderação”. O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento vigente. (BRASIL, 2003, p. 897/898)

No decorrer do presente trabalho, pode-se perceber que não há relação de meio e fim no sopesamento. O sopesamento é a expressão da otimização em face das possibilidades jurídicas tomando-se em conta as regras e os princípios colidentes: *é a máxima realização de um princípio com a menor restrição possível ao princípio contraposto*. (ALEXY, 2008).

É interessante notar a complementação que faz o ministro Marco Aurélio na análise da proporcionalidade em sentido estrito:

Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizando-o por ideia que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a internet. (BRASIL, 2003, p. 898)

Nesse ponto do voto do ministro fica claro que ele não sopesou princípios colidentes, mas realizou a análise do ponto de vista da razoabilidade, que não pode ser confundida com a proporcionalidade em sentido estrito tampouco com a máxima da proporcionalidade tampouco. Nesse sentido, posiciona-se Silva:

Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins. (SILVA, 2002, p. 45)

Ainda sobre as diferenças entre a proporcionalidade e a razoabilidade, esclarece Silva que a última seria, quando muito, a expressão da adequação:

[...] o conceito de razoabilidade, na forma como exposto [relação entre meio e fim], *corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação*. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins. (SILVA, 2002, p. 30 grifo do autor)

Desse modo, percebe-se que a “aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade” (SILVA, 2002, p. 45), não tendo relação com a máxima da proporcionalidade.

Que fique claro, pois, que se cobra apenas coerência nos julgados no STF, e não a aplicação da regra da proporcionalidade. Se o Supremo Tribunal Federal, por ter outra concepção acerca da estrutura dos direitos fundamentais ou da forma de controlar a colisão entre eles, sustentasse que a regra da proporcionalidade não é aplicável ao caso brasileiro, poder-se-ia criticar essa concepção, mas não a sua coerência. Mas, a partir do momento em que o STF sustenta que a regra da proporcionalidade tem “fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, e assim o faz não com o intuito de se manter meramente no plano retórico, isto é, de recorrer a um *topos* - como acontece quando menciona o princípio da razoabilidade -, mas com o *expresso* intuito de ir além, e passar para o plano da aplicação sistemática e estruturada *de um modelo pré-existente*, é de se esperar, então, que dele seja cobrada coerência. (SILVA, 2002, p. 50)

Como visto, as máximas parciais não são corretamente aplicadas, e os ministros ainda consideram diferentes valores a serem sopesados. Logo, o resultado completamente diferente a que chegaram não pode ser atribuído à máxima da proporcionalidade como fazem entender alguns críticos (OLIVEIRA, 2007), *isso porque eles aplicam tudo, menos a máxima da proporcionalidade*.

Contudo não seria impossível ou irracional se uma aplicação correta da proporcionalidade por dois julgadores diferentes levasse a duas decisões com resultados contrários. Esses julgadores poderiam, por exemplo, divergir sobre a intensidade da realização de um princípio ou sobre a importância de satisfação do princípio contraposto, considerando um deles que a satisfação ou importância seria *leve* e outro, que seria *moderada* ou *grave*, nos termos da escala triádica que Alexy (2003a) faz referência. Uma construção desse tipo levaria a um resultado diferente no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito e poderia ser racionalmente fundamentada.

Conclusão

Convém esclarecer, de maneira sucinta, a posição dos demais ministros em face dos princípios da liberdade de expressão e da dignidade humana. A grande maioria dos ministros entendeu não haver colisão, pelo fato de a liberdade de expressão não poder ser interpretada de forma a permitir a prática de condutas criminosas. Dessa, forma não haveria conflito real e sim apenas aparente, uma vez que a dignidade humana se constituiria em limitação externa à liberdade de expressão, votando-se no sentido de denegar o habeas corpus. Essa foi a posição dos ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim e Cezar Peluso.

Já os ministros Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence, que também denegaram o ordem de hábeas corpus, restringiram-se a discutir o conceito de raça, sem tratar de maneira específica da existência ou não de eventual colisão. O ministro Moreira Alves, relator originário do hábeas corpus, nega claramente a existência de uma colisão entre direitos fundamentais e afirma que o mérito da causa se limita à imprescritibilidade, ou seja, se o crime cometido foi ou não racismo. Com base nessa argumentação, considera que não houve racismo e concede o hábeas corpus.

Apenas o ministro Carlos Ayres de Britto, além de Gilmar Mendes e Marco Aurélio, admite a existência de uma colisão entre os direitos fundamentais da liberdade e da dignidade da pessoa humana, para, ao final de longa argumentação, conceder a ordem. Para o deslinde da questão, evoca como método a ponderação dos interesses em jogo, distinguindo entre usos e abusos da liberdade de expressão. Afirma que a ação estatal só poderia ser efetivada *a posteriori* em relação à conduta, mas não chega a fazer menção expressa à máxima da proporcionalidade. Assim, ao realizar ampla análise do mérito do suposto crime, investigando e citando os livros editados e escritos pelo paciente, conclui pela atipicidade da conduta e verifica que foi feito apenas o uso da liberdade de expressão, e não seu abuso.

Posto isso, pode-se então concluir que, no voto do ministro Marco Aurélio, não há a aplicação da máxima da proporcionalidade, tal como por ele é afirmada. A conclusão a que se chega da análise do voto do ministro Gilmar Mendes é a mesma. Este, apesar de uma conceituação correta da máxima da proporcionalidade, com a ressalva quanto à máxima parcial da adequação, realiza uma aplicação completamente dissociada da própria explicação teórica que apresenta.

A proporcionalidade supostamente aplicada pelo STF não é da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão nem se liga à teoria dos princípios entendidos como mandamentos de otimização como se procurou demonstrar neste trabalho.

Por fim, como ressalta Virgílio Afonso da Silva, a crítica principal não se dirige a não aplicação pelo tribunal da máxima da proporcionalidade, pois se poderia entender que há outras formas de preservação dos direitos fundamentais. O que se busca é afirmar é que, apesar da alegação de aplicação da proporcionalidade em seus julgados, o STF não o faz. E isso é que se tentou demonstrar neste trabalho, pelo menos em relação ao HC nº 82.424. Se a tarefa se mostrou exitosa, cabe ao leitor o juízo.

THE APPLICATION OF MAXIMUM OF THE PROPORTIONALITY AND THE SUPREME COURT: A CASE

ABSTRACT: This article investigates the use of the proportionality maximum by two Justices of the Supreme Tribunal Federal (STF) drawing on *Hábeas Corpus* n. 82,424. Will be adopted as theoretical support the conception of Robert Alexy, of the principles while optimization commands, explaining the proportionality maximum in its three partial maximum: suitability, necessity and proportionality in the narrow sense. After that, there will be a detailed analysis of the votes of Justices and a comparison between the theoretical view that they have on the maxim of proportionality and how applied in the case. So will be checked if there is the application of the maximum of proportionality what STF Justices said they had done when the trial of this case. Finally, it will be seen that the use of proportionality is a mere rhetorical artifice.

KEYWORDS: Maximum of proportionality. Principles. Supreme Court.

Referências

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. *DOXA*, n. 5, Madrid, 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

_____. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*. Oxford, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000.

_____. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*. Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003a.

_____. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*. Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449. 2003b.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Two or three? In: BOROWSKI, Martin (Hg.). *On the nature of legal principles*: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119, 2010, S. 9-18.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus* n° 82.424-2/RS. Rel.: Min. Moreira Alves. DJ 19/3/2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípio, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 76-107, jan./mar. 2006.

_____. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 171, p. 81-90, 2006.

DUARTE, Fernanda; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A estrutura das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 14, p. 89-109, jul. 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, jul.-set. 1999. p. 191-209.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB Jurisprudência: Tributária Constit. Adm.*, v. 4, 2001; p. 23-44.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? *DOXA*, n. 30, Madrid, p. 273-291, 2007. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 5. jun. 2012.

PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y límites de la ponderación. *DOXA*, n. 26, Madrid, p. 225-238, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, São Paulo, p. 23-50, 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. São Paulo, Del Rey, v. 1, p. 607-630, 2003.

Notas

¹ A proporcionalidade é muitas vezes denominada de princípio e outras vezes de máxima, ambas como tradução do termo “Grundsatz”, em alemão. Contudo, entendemos o termo “máxima” como mais adequado para expressar a proporcionalidade, visto que ela não é sopesada contra algo e por ser um método de aplicação em caso de colisão entre princípios. É por esse termo que a proporcionalidade será tratada no trabalho. V. Alexy (2008, nota do tradutor, p. 11, e nota de rodapé 84, no capítulo 3, p. 117).

² A origem da máxima da proporcionalidade está ligada à Corte Constitucional Alemã, convergindo à literatura para considerar que o início da formulação se deu no caso Lüth em 1958. Para uma reconstrução histórica da proporcionalidade, v. Silva (2002).

³ Trecho original: “el punto decisivo para a distinción entre reglas e principios es que los principios son *mandados de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandados definitivos*”.

⁴ Trecho original: “All three principles express the idea of optimisation. Constitutional rights as principles are optimisation requirements”

⁵ Trecho original: “Excludes the adoption of means obstructing the realization of at least one principle without promoting any principle or goal for which they were adopted”.

⁶ Trecho original: “This shows that the principle of suitability is nothing other than an expression of the idea of Pareto-optimality: One position can be improved without detriment to another”.

⁷ Trecho original: “Third sub-principle of the principle of proportionality, the principle of proportionality in the narrow sense”.

⁸ O presente trabalho se restringirá a um julgado. Para a análise da aplicação da máxima da proporcionalidade em outros julgados da Corte, v. Silva (2002) e Mendes (2001).