

# CONTEÚDO ESSENCIAL E PROPORCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO DE CASO

*Tiago Antunes de Aguiar*

Juiz Federal

**RESUMO:** O texto trata de um estudo de caso envolvendo a restrição do Direito Fundamental ao livre exercício da profissão em face da atividade Estatal legislativa, abordando-se sucintamente as teorias do conteúdo essencial e do critério ou princípio da proporcionalidade como tentativas dogmáticas de justificar restrições a direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O estudo de caso. 3. Intervenção estatal e reserva legal. 4. Conteúdo essencial do direito fundamental e proporcionalidade. 5. Conclusões. 6. Referências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais, Restrições, Conteúdo essencial, Proporcionalidade.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de um Estado Democrático, como produto do embate ou do diálogo de diferentes representantes dos mais diversos grupos sociais, consagra valores e ideias muitas vezes antagônicas, os quais se refletem no conteúdo dos direitos fundamentais nela contidos. Tal circunstância

evidencia que há casos concretos de colisão de direitos fundamentais, além de intervenções do poder público na área de proteção de um direito fundamental em prol do interesse público.

Neste sentido, não existe direito fundamental absoluto, uma vez que a restrição do seu conteúdo deverá acontecer para garantir o exercício de outro direito também de ordem constitucional, a exemplo de conflitos nas áreas de proteção do direito a liberdade de informação e do direito a intimidade e a privacidade (direitos de personalidade), ou para atender um interesse público (direito coletivo ou social).

O presente trabalho circunscrever-se-á a analisar o julgamento, em 26/10/2011, do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS<sup>1</sup>, no qual se enfrentou a constitucionalidade dos artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), trazendo à discussão elementos para a justificação constitucional do citado dispositivo de lei em restringir o direito ao livre exercício de profissão, previsto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, ao se exigir a aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil como condição para o exercício da advocacia.

Definir qual o limite da restrição do direito fundamental pelo legislador (o limite do limite) é questão que atormenta a hermenêutica constitucional, na tentativa da construção de um discurso racional que o justifique. O presente trabalho fará breves digressões (tendo como referência o caso citado) na teoria do conteúdo essencial do direito fundamental e, principalmente, a respeito do princípio ou critério da proporcionalidade como construções dogmáticas que pretendem atingir tal objetivo.

## 2. O ESTUDO DE CASO

O autor da demanda objeto do Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS pleiteou, em controle difuso de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), os quais condicionam a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados à aprovação em exame de conhecimentos

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012.

jurídicos e delegam à referida autarquia a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, considerou constitucionais todos os dispositivos legais combatidos, conforme ementa a seguir transcrita:

TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau.

ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 8, inciso IV, da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.<sup>2</sup>

A tônica do aludido julgamento foi a justificação constitucional da intervenção legislativa estatal (ao estabelecer como condição para o exercício da advocacia a aprovação em exame promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil) no direito fundamental do livre exercício de profissão.

Sinteticamente, podemos elencar como fundamentos dos votos dos Ministros da Corte Constitucional para concluir pela constitucionalidade da medida restritiva a alusão de que a lei concretiza uma reserva legal qualificada que não suprimiu o conteúdo (núcleo) essencial do direito fundamental ao livre exercício da profissão, bem como se mostrou a intervenção (limitação) proporcional.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012.

### 3. INTERVENÇÃO ESTATAL E RESERVA LEGAL

A intervenção do Estado mediante a edição um ato normativo ou pela sua simples ação ou omissão pode atingir a área de proteção de um direito fundamental que, para não ser considerada inconstitucional, deverá ser justificada constitucionalmente.<sup>3</sup>

Segundo MARTINS, as intervenções estatais permitidas consistem em ações ou omissões que não atingem a área de proteção do direito fundamental ou em restrições ao direito fundamental justificadas constitucionalmente pelo critério da proporcionalidade. Conforme o citado autor:

“Em síntese, uma intervenção será permitida, porque justificada constitucionalmente, em três casos:

a) Quando o comportamento não se situa na área de proteção do respectivo direito (exemplo: reunião de pessoas armadas). Neste caso, não temos uma intervenção em sentido técnico-jurídico e dogmático, vez em que a ação do Estado não recai sobre um comportamento individual ou coletivo abrangido pela área de proteção de um direito fundamental. A ação do Estado não chega a configurar uma intervenção na área de proteção, não encontrando nenhum óbice normativo, sendo *ab initio* permitida. Neste caso, os conceitos de permissão e justificação constitucional não são idênticos como nos demais casos;

b) Quando uma norma infraconstitucional restringir o direito fundamental de forma *a priori* permitida pela Constituição. Como exemplo, tem-se que para exercer a profissão de advogado, o bacharel em Direito e titular do direito ao livre exercício de qualquer profissão deve ser submetido a exames especificados em lei. Neste caso, a intervenção está sendo “coberta” pela norma infraconstitucional em pauta e poderá restar, no final da avaliação de constitucionalidade dessa norma infraconstitucional (controle abstrato)

<sup>3</sup> MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, p. 26.

e de sua aplicação no caso concreto (concretização/ controle concreto), justificada constitucionalmente e, conseqüentemente, permitida;

c) Quando dois direitos fundamentais ou um direito fundamental do indivíduo e um princípio de interesse geral entrarem em conflito. Exemplos: a polícia proíbe uma reunião para possibilitar o exercício da liberdade de locomoção; o diretor de um presídio abre a correspondência dos detentos por razões de segurança pública. Nestes casos, o comportamento proibido situa-se na área de proteção, porém sua proibição ou limitação pode vir a ser constitucionalmente justificada pela existência de um conflito de normas. Seu pressuposto é a atividade legiferante infraconstitucional do Estado que, ao perseguir a proteção de bens jurídicos constitucionais, acaba tendo que limitar o exercício de um direito fundamental. A limitação se dá pela intervenção pontual na área de proteção de um direito fundamental atingido que também terá de ser justificada constitucionalmente com a utilização do critério ora tratado.<sup>4</sup>

No que pese a supremacia constitucional dos direitos fundamentais, o legislador pode restringir seu conteúdo, sobretudo quando a Constituição prevê a possibilidade de tal limitação, o que se denomina pela doutrina de Reserva Legal.<sup>5</sup>

A reserva legal é dita plena ou absoluta, quando a lei remete de forma genérica que o direito será exercido “nos termos da lei” ou “na forma da lei”, como no caso do direito a livre locomoção em tempo de paz no território nacional, previsto no inciso XV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Temos a reserva legal limitada ou qualificada quando a CRFB indica qual o meio a ser utilizado ou qual a finalidade da limitação do direito que a lei pode estabelecer, como na hipótese de restrição do sigilo telefônico (art. 5º, inciso XII) em que a lei só poderá limitá-lo com a finalidade de investigação criminal. A doutrina indica, por fim, a reserva legal indireta ou tácita, nas hipóteses em que a

<sup>4</sup> *ibidem*, p. 27.

<sup>5</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 373.

Constituição não se refere diretamente a lei para o exercício do direito, mas há a necessidade que uma lei intervenha para fixar as condições do seu exercício (ex. art. 5º, inciso LXXV).<sup>6</sup>

O inciso XIII do artigo 5º da CRFB ao estabelecer que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, traz uma hipótese de reserva legal qualificada, sendo o parâmetro para analisar o limite da restrição do direito fundamental pelo legislador, a finalidade constitucional de se garantir uma qualificação ao profissional titular do direito.

A respeito da temática da restrição do exercício do direito fundamental ao livre exercício da profissão pela reserva legal, transcreve-se parte do voto do ministro Luiz Fux, proferido no caso em estudo:

Na escorreita lição de JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, Professora Adjunta de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (*Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297 e seguintes), os “limites dos limites” são “pautas acessórias e dependentes das disposições de cunho material que consagram os direitos”. Dessa forma, é da própria configuração constitucional da liberdade de ofício a possibilidade de sua restrição, cabendo apontar como parâmetros para essa limitação, a exemplo do que se dá no constitucionalismo alemão, a (i) *reserva de lei*, (ii) a observância da *proporcionalidade* e (iii) a *proibição de afronta ao núcleo essencial do direito fundamental*. No que concerne à reserva de lei, percebe-se que se trata daquilo que, em sede doutrinária, o Min. GILMAR MENDES (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 234 e seguintes)

<sup>6</sup> MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, p. 28-29.

denomina **reserva legal qualificada**: a liberdade profissional somente poderá ser restringida por lei formal, e, mesmo assim, exclusivamente com vistas a exigir que o exercício de determinadas atividades seja admitido apenas aos indivíduos profissionalmente qualificados para tanto.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, observe-se parte do voto do ministro Gilmar Mendes, no mesmo julgamento:

O art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988 dispõe que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Tem-se, no citado preceito constitucional, uma inequívoca *reserva legal qualificada*. A Constituição remete à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional.

A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo. (...)

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e à proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, p. 2.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanes 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.<sup>8</sup>

Dessa forma, em uma análise inicial de presunção de constitucionalidade da lei, os artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) representam uma intervenção estatal permitida na área de proteção do direito fundamental ao livre exercício da profissão, quando a norma infraconstitucional restringe o direito fundamental de forma *a priori* permitida pela Constituição, mediante a reserva legal. Entretanto, para que tal restrição produzida pelo legislador seja justificada constitucionalmente ela deverá passar pelo limite material do princípio ou critério da proporcionalidade e, para parte da doutrina e conforme entendimento do STF no caso em estudo, não violar o conteúdo essencial do direito fundamental.

#### **4. CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL E PROPORCIONALIDADE**

Como limite à restrição dos direitos fundamentais pelo legislador, parte da doutrina desenvolveu a teoria ou princípio de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Tal princípio pretende que lei, em nenhum caso, possa restringir o direito fundamental a tal ponto que suprima o seu conteúdo ou núcleo essencial.

Observe-se, neste ponto, que no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS vários votos dos ministros do STF fazem referência ao núcleo essencial do direito fundamental a liberdade de profissão como

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, p. 3-4.

limite à intervenção estatal da Lei nº 8.906/94, conforme acima transcrito.

A ideia do limite ao núcleo essencial do direito fundamental surge a partir da interpretação do artigo 19 II da Lei Fundamental Alemã, a qual prevê que “em caso algum pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial”.<sup>9</sup>

Entretanto, conforme alerta MARTINS, tal dispositivo teria dado azo a teorias pouco fundamentadas dos direitos fundamentais, uma vez que “o problema reside em saber o que seria esse conteúdo essencial de um direito fundamental e a definição da medida estatal capaz de atingi-lo.”<sup>10</sup>

Analisando o mesmo tema, MARMELSTEIN afirma que:

Jane Pereira defende, a meu ver, que a ideia de conteúdo essencial desempenha uma função argumentativa subsidiária no controle das restrições aos direitos fundamentais. Assim, tal conceito deve ser utilizado como um instrumento argumentativo-retórico que joga a favor do direito no processo de ponderação, “não ostentando, porém, um significado normativo autônomo” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.510)

Nessa perspectiva, a proteção do núcleo essencial seria, por assim dizer, um mero cosmético argumentativo, utilizado principalmente para embelezar o discurso jurídico.<sup>11</sup>

Arremata, por fim, o mesmo autor:

É importante observar que a proteção ao núcleo essencial é uma ferramenta argumentativa contra leis que restrinjam direitos fundamentais. Nenhuma lei pode, abstratamente, restringir um direito fundamental a tal ponto que seu conteúdo fique completamente esvaziado.

<sup>9</sup> MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, p. 30.

<sup>10</sup> *ibidem*, p. 30.

<sup>11</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 402.

Isso não impede, contudo, que, em situações concretas, diante de circunstâncias específicas, o Judiciário, ao sopesar valores em conflito, possa afastar por completo um direito fundamental, atingindo, obviamente, seu núcleo essencial. Essa situação nunca será a ideal, mas, em dadas situações, será inevitável, como já visto anteriormente.

Além disso, em situações bastante peculiares, até mesmo a lei poderá eventualmente atingir o núcleo essencial de direitos fundamentais. Há determinados direitos cuja limitação sempre implicará uma restrição total. É o caso, por exemplo, do direito à vida. Quando a Constituição prevê a pena de morte em caso de guerra está atingindo o próprio núcleo essencial do direito à vida. Quando o Código Penal brasileiro autoriza a realização de aborto em caso de gravidez que possa resultar em risco a vida da gestante está autorizando uma restrição total do direito à vida do feto. Não há com limitar apenas parcialmente o direito à vida.

Por isso, pode-se dizer que o princípio da proteção ao núcleo essencial deve ser sempre associado ao princípio da proporcionalidade. Se uma lei que restringe determinado direito fundamental é proporcional, então será válida, mesmo que, eventualmente, atinja o núcleo essencial de um direito.<sup>12</sup>

No que pese a fragilidade do princípio do núcleo essencial para impor limites a intervenção estatal, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado deste na análise da constitucionalidade de leis, ainda que associado a análise de compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, como defende MARMELSTEIN, consoante se observa dos trechos dos votos transcritos acima. Confira-se, ainda, a seguinte passagem do voto do ministro Marco Aurélio, relator do recurso extraordinário em estudo:

No fundo, o principal argumento do recorrente é a desproporcionalidade da exigência contida no artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 8.906/94. Isso porque alega, em síntese, que o exame não se presta à finalidade para a

<sup>12</sup> *ibidem*, p. 405.

qual foi instituído, um problema de adequação. (...)

A esta altura, posso adiantar o entendimento de que o exame de suficiência é compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançou o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício.<sup>13</sup>

Sobre o tema do princípio da proporcionalidade cabe, de início, destacar que este não se confunde ou se limita com a mera exigência da razoabilidade da intervenção estatal ao restringir o direito fundamental.

O princípio da razoabilidade tem origem no direito norte-americano, fundado no direito ao devido processo legal material (*substantive due process*).<sup>14</sup> Este deve ser entendido como um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para se verificar se atendem ao princípio superior da Justiça. “É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”<sup>15</sup>

O princípio ou critério<sup>16</sup> da proporcionalidade tem como elementos: a) a adequação, que exige que os meios eleitos pelo Estado sejam adequados para atingir os fins; b) a necessidade ou vedação de excesso, que impõe que o meio eleito para a intervenção estatal seja o menos gravoso para o cidadão

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, p. 8.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 224; MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp 376, 380.

<sup>16</sup> Sobre o tratamento da proporcionalidade como critério confira-se: MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, pp.17-18; 24. Sinteticamente, o autor alude à teoria de Robert Alexy da diferenciação das normas jurídicas como regras ou princípios, podendo os princípios ser mais ou menos concretizados, enquanto as regras obedecem a dicotomia: regra cumprida/regra descumprida, tudo ou nada. A proporcionalidade é classificada, neste contexto, como uma regra, consistindo em um **critério** decisório para a avaliação de constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais, cuja aplicação pressupõe, dogmaticamente, um processo trifásico: a) análise da área de proteção do direito fundamental supostamente restringido ou violado; b) análise da intervenção estatal; c) análise da possibilidade de justificação constitucional da intervenção estatal, quando o critério da proporcionalidade será utilizado como limite desta intervenção.

para atingir o fim pretendido, de modo que se for possível demonstrar que existem outras medidas mais suaves e tão efetivas como a eleita pelo poder público, a restrição ao direito fundamental será inconstitucional por não passar pelo crivo da proporcionalidade; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, significando a relação de custo-benefício da medida eleita pelo poder público, de modo que o ganho obtido com esta deve ser necessariamente maior do que o prejuízo suportado pelo indivíduo ou coletividade.<sup>17</sup>

A despeito de BARROSO<sup>18</sup> e grande parte da doutrina brasileira afirmarem que o princípio da proporcionalidade encontra sua origem a partir da norma constitucional não escrita, derivada do Estado de direito, parece-nos mais aprofundadas as lições de MARTINS<sup>19</sup> ao afirmar que o critério da proporcionalidade tem fundamento na vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Alude, neste particular, que a partir de uma decisão da década de sessenta do Tribunal Constitucional Alemão, na qual se afirmou que a proporcionalidade “resultaria da própria substância dos direitos fundamentais”, GRABITZ afirmaria em 1973 que esta é derivada do princípio do Estado de Direito, o que é repetido acriticamente por grande parte da literatura brasileira indistintamente.

Entretanto, a ideia de Estado de Direito é insuficiente para fundamentar a análise de proporcionalidade da intervenção estatal, uma vez que garante apenas a exigência de observância da legalidade dos atos administrativos e, no máximo, a necessidade formal de reserva legal para a intervenção nos direitos fundamentais, não se atendo ao conteúdo da intromissão.<sup>20</sup>

Conforme, ainda, MARTINS, os contornos dogmáticos precisos do critério da proporcionalidade como hoje trata a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão resulta dos estudos da vinculação do legislador aos direitos fundamentais (a exemplo das obras de SCHLINK e LERCHE), a qual encontra previsão do artigo 1 III da Lei Fundamental Alemã. Tal vínculo significa que o legislador deve obedecer, quanto ao conteúdo da norma, a

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 229.

<sup>18</sup> *ibidem*, p. 237.

<sup>19</sup> MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, p. 18.

<sup>20</sup> *ibidem*, p.18.

proibição do exagero (excesso), ainda que possa formalmente (atendendo o princípio do Estado de Direito) limitar o direito fundamental.<sup>21</sup>

Apesar da diferença conceitual dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, BARROSO<sup>22</sup> e grande parte da doutrina pátria, como, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>23</sup>, bem como alguns julgados do STF<sup>24</sup>, utilizam o nome de um ou outro princípio indistintamente na análise da produção de normas pelo Estado, a fim de se verificar a simples razoabilidade na relação entre os motivos (circunstâncias de fato), os meios eleitos pelo legislador ou administrador e os fins pretendidos.

MARTINS aponta, inclusive, neste ponto, que tal imprecisão técnica se deve, em parte, pela recepção do conceito de proporcionalidade pela doutrina e jurisdição constitucionais portuguesas que o misturaram a ideia de razoabilidade da *common Law*, cujo resultado é uma construção eclética que reúne elementos de duas tradições jurídicas antagônicas quanto as suas fontes de direito.<sup>25</sup>

Atente-se que no caso em estudo, apesar do Ministro Marco Aurélio, por exemplo, ao delinear os elementos da proporcionalidade, acaba por misturar os conceitos tal como discorrido acima. Senão, vejamos:

(...) consigno que o exame da Ordem atesta conhecimentos jurídicos, o que o faz congruente com o fim pretendido – o de proteger a sociedade dos riscos

<sup>21</sup> MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, pp. 18-19; 40-41.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 229, 236-237.

<sup>23</sup> CF. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 56/57.

<sup>24</sup> CF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.º 635.023 / DF. Órgão Julgador: Segunda turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13.12.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730429>. Acesso em 18/11/2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n.º 1063/ DF. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello *apud* MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 375.

<sup>25</sup> MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, pp. 20-21; 41.

relativos à má operação do Direito. O quadro social antes descrito revela a adequação da exigência do exame da Ordem à realidade brasileira. (...)

O subprincípio da vedação do excesso, normalmente traduzido na expressão “não se abatem pardais disparando canhões”, atribuída ao jurista alemão Jellinek, envolve a análise dos meios alternativos à medida restritiva, impondo ao poder público que escolha o menos gravoso aos direitos fundamentais. (...)

À evidência, os meios devem ser razoavelmente equivalentes em eficácia, sob pena de inviabilizar-se a gestão pública, forçando a opção pelos meios menos gravosos e, na maior parte das vezes, menos eficazes. Nesse ponto, desfaz-se a argumentação do recorrente, porquanto a alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso mostra-se inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. Com parâmetro de comparação díspares, impossível é a declaração de inconstitucionalidade por violação à proibição do excesso. (...)

Por fim, o exame de proporcionalidade em sentido estrito requer o sopesamento entre a importância de realização do fim objetivado pela medida e a intensidade da restrição ao direito fundamental. É dizer: o perigo de dano decorrente da prática da advocacia sem o exame de conhecimentos serve a justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão? Os benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do artigo 5º da Carta? A resposta é positiva, por um conjunto de razões. (...)

A possibilidade de perigo gerada pela atividade profissional justificará, ou não, a atividade interventiva estatal limitando o acesso à profissão ou o respectivo exercício. Quanto mais ensejadora de risco, maior será o espaço de conformação deferido ao Poder Público. Por contraposição lógica, se não existe risco, é inadmissível qualquer restrição. (...)

Enfim, com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, chego à conclusão de que

o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 é compatível com o princípio da proporcionalidade, porquanto fundado no interesse público consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade.<sup>26</sup> (destaques não são do original)

Já o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do caso em estudo, trata o tema da proporcionalidade sem confundir seu conceito com o de razoabilidade:

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*.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Um 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

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, pp. 9-12; 17.

pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*).

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, é preciso analisar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, tal como autorizado pelo texto constitucional, transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade. (...)

A doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, 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 de saúde, à engenharia, à advocacia e à magistratura, entre outras várias.<sup>27</sup>

Por fim, deve ser ressaltada a observação de MARTINS de que a proporcionalidade em sentido estrito não deve, em regra, fazer parte da análise da constitucionalidade da restrição do direito fundamental, por ser de racionalidade duvidosa, ao sugerir um modelo de balança (ponderação de valores ou bens jurídicos). Tal análise de ponderação pelo Poder Judiciário violaria o princípio de separação de funções estatais e o princípio democrático, pois ponderar é tomar decisões políticas e não jurídicas. Implicaria, ainda, em uma hierarquização axiológica dos direitos fundamentais que não existe, ante a “mesma dignidade normativo-constitucional dos bens jurídicos constitucionais”, tendo em conta que sua hierarquização concreta faz parte da política (atribuição do legislador ordinário constitucionalmente competente e democraticamente legitimado para fazê-lo).<sup>28</sup>

Segundo o mesmo autor, os critérios da adequação e necessidade seriam suficientes para a análise da proporcionalidade da intervenção estatal no

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012, pp. 6 e 13.

<sup>28</sup> MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012, pp. 36-37.

direito fundamental, sendo admissível o critério da proporcionalidade em sentido estrito excepcionalmente quando os critérios da adequação e necessidade não forem suficientes, o que não se constata na maioria dos casos em que a justificação constitucional da intervenção é resolvida pelo critério da necessidade. Tal entendimento, inclusive, é comungado por SCHLINK e representa a orientação atual do Tribunal Constitucional Alemão.<sup>29</sup>

Quando a restrição se dá apenas em um direito fundamental em função de um interesse público, o prejuízo a liberdade individual é muito reduzida se considerarmos os interesses coletivos, sociais consagrados. Por outro lado, problemas de difícil solução são aqueles que envolvem a colisão de direitos fundamentais, pois haveria a possibilidade da necessidade de duas intervenções estatais, uma em cada direito conflitante, quando a proporcionalidade em sentido estrito seria admissível, uma vez constatada a insuficiência dos critérios da adequação e necessidade.<sup>30</sup>

## 5. CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo o legislador restringir seu conteúdo no intuito de preservar um princípio de interesse público, sobretudo quando o texto constitucional prevê a limitação do exercício destes direitos, mediante a utilização do instituto da reserva legal, utilizando-se, por exemplo, de expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei” ou “atendidas as qualificações que a lei estabelecer”.

O artigo 5º, inciso XIII, da CRFB ao dispor que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” contém uma reserva legal limitada ou qualificada, a qual ocorre quando a Constituição indica qual o meio a ser utilizado ou qual a finalidade da limitação do direito que a lei pode estabelecer.

Neste caso, a lei só pode limitar o livre exercício do trabalho com a finalidade de elencar meios para garantir “as qualificações profissionais”, visando evitar riscos de dano à coletividade no exercício por trabalhadores desqualificados de determinadas profissões que tenham riscos potenciais, a exemplo de profissionais da medicina e demais profissões ligadas à área

<sup>29</sup> *ibidem*, p. 38.

<sup>30</sup> *ibidem*, p. 38.

de saúde, à engenharia, à advocacia e à magistratura, dentre outras a serem avaliadas no caso concreto, consoante julgamento do Supremo Tribunal Federal no n.º 603.583/RS.

Apesar da CRFB prever uma reserva legal para a limitação do direito fundamental ao livre exercício da profissão (autorizando formalmente sua restrição pelo legislador), a intervenção no direito fundamental não é ilimitada, havendo um limite material a ser verificado sobretudo pela análise do princípio ou critério da proporcionalidade, no que se denomina de reserva legal proporcional, além de parte da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal aludir ao limite de restrição que não atinja o conteúdo essencial do direito fundamental.

O princípio de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais pretende que lei, em nenhum caso, possa restringir o direito fundamental a tal ponto que suprima o seu conteúdo ou núcleo essencial. A fragilidade de tal conceito reside em se determinar o que seria esse conteúdo essencial de um direito fundamental e a definição da medida estatal capaz de atingi-lo, razão pela qual sua utilização na análise da constitucionalidade da lei que restringe um direito fundamental acaba por se transformar em mero argumento de retórica.

O princípio ou critério da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, tendo como fundamento a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, a qual encontra previsão do artigo 1 III da Lei Fundamental Alemã. Tal vínculo significa que o legislador deve obedecer, quanto ao conteúdo da norma, a proibição do exagero (excesso), ainda que possa formalmente (atendendo o princípio do Estado de Direito) limitar o direito fundamental.

O princípio da proporcionalidade, conforme grande parte da doutrina brasileira e entendimento do STF, tem como elementos: a) a adequação, que exige que os meios eleitos pelo Estado sejam adequados para atingir os fins; b) a necessidade ou vedação de excesso, que impõe que o meio eleito para a intervenção estatal seja o menos gravoso para o cidadão para atingir o fim pretendido; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, significando a relação de custo-benefício da medida eleita pelo poder público, de modo que o ganho obtido com esta deve ser necessariamente maior do que o prejuízo suportado pelo indivíduo ou coletividade.

Leonardo Martins, lastreado no entendimento de SCHLINK e na

orientação atual do Tribunal Constitucional Alemão, observa que a proporcionalidade em sentido não deve, em regra, fazer parte da análise da constitucionalidade da restrição do direito fundamental, por ser de racionalidade duvidosa, ao sugerir um modelo de ponderação de valores ou bens jurídicos, que acaba por tornar a decisão do juiz uma decisão tecnicamente política e não jurídica, violando o princípio da separação de funções.

Parece-nos que, de fato, a maioria dos casos envolvendo a análise de constitucionalidade das intervenções estatais nos direitos fundamentais (como no caso em estudo da restrição pela Lei nº 8.906/94 da liberdade de exercício de profissão) é elucidada com a análise tão somente dos critérios da adequação da medida ao fim pretendido e da necessidade de verificação se o meio eleito pelo legislador foi o menos gravoso, dentre todos os possíveis dentre aqueles que tenham a mesma efetividade do meio escolhido.

O princípio ou critério da proporcionalidade parece-nos ser o método dogmático mais seguro e racional para a verificação de constitucionalidade da restrição de direitos fundamentais pelo poder público, a despeito da subjetividade ser inerente a toda atividade de interpretação do juiz, que não pode ser considerado um ser asséptico, desvinculado dos problemas da comunidade e desprovido de ideias próprias, sobretudo quando o caso concreto envolva direitos fundamentais. Neste ponto, ainda que o interprete (juiz) utilize na análise de constitucionalidade da intervenção estatal apenas os critérios da adequação e da necessidade, haverá sempre uma cognição subjetiva inerente as concepções políticas e ideológicas do julgador, sendo a racionalidade plena (neutralidade) inalcançável e indesejável.

## 6. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 26.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em 13/11/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.º 635.023 / DF. Órgão Julgador: Segunda turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13.12.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730429>. Acesso em 18/11/2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez 2003. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/851/374>. Acesso em 13.11.2012.