

## **Importação seletiva de modelos e técnicas constitucionais: o caso da técnica da proporcionalidade no direito brasileiro e alemão**

Selective import of constitutional models and techniques: the case of the proportionality technique in Brazilian and German law

**Isabela de Assis de Assis Godoy<sup>1</sup>**

*Escola Paulista de Direito*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Proporcionalidade no direito alemão. 2.1 Adequação. 2.2 Necessidade. 2.3 Proporcionalidade em sentido estrito. 3 Proporcionalidade no direito brasileiro. 3.1 Caso do diploma de jornalistas. 3.2 Caso da ordem dos músicos. 3.3 Caso do exame da OAB. 4 Análise crítica. 5 Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que o modelo alemão da proporcionalidade é do que uma dentre muitas faces que essa técnica assume na jurisprudência constitucional alemã por meio de uma análise comparativa entre os modelos alemão e brasileiro de proporcionalidade, especialmente sobre sua aplicação à liberdade de profissão. A proporcionalidade surgiu no Estado para conter excessos de poder estatal. Todavia, passou a ser utilizada no Tribunal Constitucional alemão com base em noções de ponderação, trazidos pela teoria principiológica de Robert Alexy. No presente artigo, descreve-se o nascimento desse modelo e seu funcionamento na Alemanha, onde é basicamente dividido em três etapas. Debruça-se então sobre o modelo brasileiro por meio da análise jurisprudencial de casos que trataram da liberdade de profissão no território nacional: Ordem dos Músicos, Jornalistas e do Exame de Ordem dos Advogados. Ao final, conclui-se com análise crítica que propõe a reformulação da prova da proporcionalidade quanto ao processo trifásico apenas na aplicação à liberdade de profissão e questiona-se a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como decisor dos meios restritivos de cada profissão.

**Palavras-chave:** Proporcionalidade. Liberdade de Ofício. Técnicas Constitucionais.

**Abstract:** The present work aims to demonstrate that the German model of proportionality is one of the many faces that this technique assumes in German constitutional jurisprudence through a comparative analysis between the German and Brazilian models of proportionality, especially regarding its application to the freedom of profession. Proportionality emerged in the state to contain excesses of state power. However, it started to be used in the German Constitutional Court based on weighting notions, brought by Robert Alexy's principled theory. This article describes the birth of this model and its operation in Germany, where it is divided into three stages. It then focuses on the Brazilian model through the jurisprudential analysis of cases that dealt with the freedom of the profession in the national territory: the Order of Musicians, Journalists, and the Bar Association Examination. At the end, it concludes with a critical analysis that proposes the reformulation of the proof of proportionality regarding the three-phase process only in the application to freedom of profession and questions the legitimacy of the Federal Supreme Court as decision-maker of the restrictive means of each profession.

---

<sup>1</sup> Mestre em Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-graduanda em Direito Digital e Compliance (2020) pelo Instituto Damásio de Direito (Damásio). Graduada em Direito (2018) pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

**Keywords:** Proportionality. Professional freedom. Constitutional Techniques.

## 1 Introdução

Um autor que disserta sobre as noções do cenário de importação de técnicas interpretativas no contexto constitucional brasileiro é Virgílio Afonso da Silva, no caso, em artigo que aborda o tema da interpretação constitucional.<sup>2</sup> Em sua tese, esse autor mostra como as importações muitas vezes descuidadas de conceitos e técnicas acarretam o sincretismo metodológico recorrente na jurisprudência pátria, diversas vezes verificado em razão da importação de técnicas ou ideias que conflitam com o sistema jurídico-constitucional implantado no Brasil. O autor demonstra como variadas técnicas e teses constitucionais são levemente trazidas às decisões judiciais, muitas vezes com uma referência tão remota que nem sequer traduzem aquilo que os doutrinadores e juristas estrangeiros tinham em mente.

No que tange ao tema deste trabalho, tal referencial de sincretismo se faz extremamente importante, pois como restará posteriormente demonstrado, decisões judiciais que citam a proporcionalidade o fazem na mesma fundamentação que cita ainda outros métodos de resolução como se coesos fossem, contudo, em verdade, a aplicação de diferentes caminhos metodológicos alcança resultados distintos, tornando as fundamentações conflitantes.

Tendo em vista que, no presente, o mencionado modelo interpretativo será estudado em sua aplicação a um direito fundamental, entender a natureza deste tipo de norma tornou-se também um passo necessário, porém aqui será estudada de maneira insuficientemente aprofundada por não ser o cerne do debate e sim uma conceituação subsidiária para melhor compreensão da análise e conclusão aqui expostas. Assim, as noções de direito fundamental serão expostas apenas na introdução para que a verdadeira análise se concentre posteriormente no método da proporcionalidade.

Um dos primeiros autores a diferenciar regra e princípio foi Ronald Dworkin,<sup>3</sup> para quem as regras são uma espécie de normas mais rígidas, que, em suas palavras, são aplicadas segundo o padrão “tudo ou nada”, enquanto princípios teriam uma natureza mais flexível, isto é, são normas dotadas de “pesos” diferentes, sendo aplicados conforme o caso concreto ou situação fática variasse. Nesta toada, a análise da obra de Robert Alexy também se tornou muito engrandecedora, porque ele esclarece a valoração por trás destes princípios, em especial quando se trata de direitos fundamentais. Princípios são, segundo este autor, mandamentos de otimização,<sup>4</sup> ou seja, quando se tratando desta espécie de norma, a busca do intérprete deve ser por realizar o direito referente ao princípio da maneira mais ótima possível.

O conceito de direito fundamental nesse sentido se confunde com as nomenclaturas “princípio” ou “liberdade”. Por exemplo, ao longo deste trabalho haverá referências à liberdade de profissão, significando esta o direito fundamental à livre escolha de ofício. Ao trazer esta ideia de liberdade fica mais evidente a ponte que doutrinariamente se constrói à nomenclatura “princípio”, pois, por sua natureza abrangente, sob os ideais dworknianos, liberdades como as trazidas em postulados de direito fundamental não são regras. Não haveria como aplicar o “tudo ou nada” a elas, passando assim a serem chamadas de princípios e estando sujeitas à teoria de Alexy da otimização. Assim, pode se dizer que o “princípio da liberdade de ofício” deriva do direito fundamental ao livre ofício.

Uma vez entendidas as diversas teorias de direitos fundamentais, inclusive estudadas as que são atualmente utilizadas no país, a compreensão da atuação do modelo da proporcionalidade em face desses direitos poderá ser mais facilmente esplanada, vez que esta visão de que direitos fundamentais são princípios que se sopesam é justamente o núcleo do debate.

O tema se justifica em vista da constante retomada dos debates sobre as limitações à liberdade de ofício no cenário nacional. Além dos casos aqui abordados visto já existir

<sup>2</sup> SILVA, V. A. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 115-143.

<sup>3</sup> DWORKIN, R. *O império do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.

<sup>4</sup> ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2008.

pronunciamento do STF, órgão guardião da Constituição Federal e portanto suposto defensor de seus dispositivos, quais sejam, caso da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), dos Jornalistas, e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), recentemente, em 2017, retornou ao judiciário o natimorto debate sobre a possibilidade de atuação dos Psicólogos no exercício de uma "cura gay", isto é, reversão da homossexualidade em heterossexualidade, dada sua liberdade de ofício. Ainda, em caso que não chegou ao judiciário, contudo é debatida no cenário legislativo brasileiro a descaracterização da profissão artística como ofício, reduzindo o exercício a mera expressão artística cultural, porém sem cunho profissional.

Com a pertinência do tema comprovada, resta compreender o objetivo do presente na realização deste debate. Faz-se necessário esclarecer que a metodologia guia foi a análise crítica por meio de estudos de casos, num sistema comparativo bilateral entre os casos alemães, e a aplicação da proporcionalidade nesses, *versus* os casos brasileiros e sua aplicação do método. Desse método chegou-se a uma conclusão crítica do sistema judiciário nacional e as fundamentações das decisões tomadas. Assim, nota-se o objetivo crítico analítico do trabalho, que almeja desconstruir e questionar a validade, legitimidade e coesão do processo decisório do STF enquanto se utilizando da proporcionalidade para julgar casos relacionados à liberdade de ofício.

Finalmente, destaca-se que o estudo está estruturado em duas partes principais. Após a introdução, a primeira cuida de uma breve descrição do histórico de aplicação da proporcionalidade no direito alemão, subdividindo-se em breve elucidação sobre o funcionamento de cada uma das fases contidas nesse procedimento metodológico. A segunda abordará a utilização do método no sistema brasileiro, subdividindo-se nos relatos dos casos estudados, ao que se chegará na presente análise crítica, cuja hipótese é de sincretismo, legitimidade questionável, incoerência e importação inadequada da ferramenta alemã. E finalmente uma breve conclusão.

## **2 Proporcionalidade no direito alemão**

Para iniciar as explicações sobre a proporcionalidade, faz-se interessante destacar o comparativo traçado por Dieter Grimm,<sup>5</sup> que, apesar de estudar o direito canadense, em seu relato aborda a origem da proporcionalidade alemã no caso das Farmácias (*Apotheke*), há uma breve descrição histórica e estrutural da proporcionalidade que será abortada durante o artigo. Em tal precedente, havia, de um lado, o direito à liberdade de profissão do cidadão, que ingressara com a ação, e por outro uma preocupação com a proteção da saúde pública, pois, segundo a decisão alemã, como o sistema capitalista busca o lucro, a inauguração de uma nova farmácia num bairro em que já havia outras poderia fazer com que, por conta da concorrência, os remédios oferecidos tivessem uma queda de qualidade para que os preços fossem mais competitivos.

Outro momento de utilização deste modelo interpretativo pelo Tribunal Constitucional alemão foi caso Lüth, no qual Erich Lüth, crítico de cinema, redigiu um manifesto contrário ao novo filme do renomado diretor Veit Harlan, apoiado pelo regime do terceiro Reich. A produtora do filme e seu diretor demandaram, então, a concessão de uma ordem inibitória que impediria Lüth de conclamar a população contra a exibição do filme, sendo esta concedida pelo tribunal local, mas cassada por decisão do Tribunal Constitucional alemão.

Estes dois casos representam a trajetória transacional da proporcionalidade no direito constitucional alemão, isto porque em sua origem prussiana ela era aplicada em casos de proibição de excesso do poder de polícia, ou atuação estatal genérica.

A ideia da proporcionalidade, que se iniciou com o objetivo de limitar a atuação Estatal, foi ao longo da história se reconfigurando até ganhar o acréscimo da proteção insuficiente. Isto é, não apenas o Estado deve ter suas ações limitadas diante de certos direitos fundamentais como pode ainda, paradoxalmente, ser extremamente interventivo em outras situações para proteger esses mesmos direitos. Essa é uma abordagem sem lógica ou sentido, pois ao mesmo tempo em que é dado ao Estado o dever de se restringir e justificar, também é possível sua expansão autoritária para proteger outros direitos.

O caso Lüth se difere do *Apotheke* no sentido de que, não apenas houve uma guinada jurisprudencial ao longo de ambos, como também as partes envolvidas são distintas. No

---

5 GRIMM, D. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *The University of Toronto Law Journal*, v. 57, nº. 2, 2007, p. 383-397.

primeiro trata-se de uma ação entre particulares, no segundo de uma relação entre Estado e sociedade Civil. Esse detalhe é muito interessante, pois embora a proporcionalidade não deva necessariamente se restringir à casos que incluam o Estado como parte, a suspeita de limitação entre particulares é menor e não se parte diretamente de um ponto de desigualdade entre os polos, devendo ser analisado com mais cautela.

Leonardo Martins traz, a este respeito, artigo muito enriquecedor, no qual realiza um apanhado histórico das diversas teorias de direitos fundamentais, sendo que a mais interessante delas, que inclusive tem relação direta com a visão aqui explorada da aplicação do modelo de proporcionalidade a ser posteriormente tratado, é a reconstrução da teoria liberal,<sup>6</sup> que traz a ideia de que direitos fundamentais podem ser limitados pelo Estado, desde que este arque com o ônus de justificar tal limitação. Esta noção será abordada novamente nos tópicos sobre fases da proporcionalidade.

Tratando ainda de direitos fundamentais, artigo do atual ministro Luís Roberto Barroso, escrito em conjunto com Ana Paula de Barcelos, demonstra como o STF, justamente o órgão alvo deste estudo, encara a natureza dessas normas e a própria ponderação. Neste relato, os autores apresentam um método para controle da ponderação,<sup>7</sup> adotando inclusive uma trilha argumentativa que já não é seguida pelo Tribunal Constitucional nacional.

A proporcionalidade, tal qual concebida em sua fonte germânica no recorte histórico mencionado, é um processo trifásico e hierárquico. Trata-se, portanto, de um teste com três fases, cuja ordem de escalonamento é fixa e relevante para o processo desse modelo.

Antes de iniciar a explicação do funcionamento desse processo, é de suma importância relembrar o exposto quanto a natureza dos direitos fundamentais. Conforme antecipado, as normas se dividem em duas subespécies: regras e princípios. Desde a conceituação dworkiniana, entende-se que regras são comandos absolutos, enquanto princípios são comandos relativos. Alexy traduz tal distinção, afirmando que regras são mandamentos de realização e princípios são mandamentos de otimização. Dentro desse contexto, direitos fundamentais são princípios, que devem ser aplicados no ordenamento da melhor maneira possível.

A proporcionalidade tem, então, o intuito de solucionar conflitos entre dois princípios fundamentais. Princípios são valores, e como já atestava Carl Schmitt, “valorar é desvalorar”,<sup>8</sup> e não é diferente o que ocorre com a utilização desse modelo. Um direito será limitado para que outro igualmente fundamental possa prevalecer.

No caso das Farmácias, os direitos em conflito eram a liberdade de profissão e a saúde pública, havendo o entendimento final da Corte Constitucional de que deveria prevalecer o segundo. Para chegar a essa conclusão, segundo o modelo alemão, ocorre o processo trifásico respectivamente hierárquico: adequação; necessidade; proporcionalidade em sentido estrito.<sup>9</sup>

## 2.1 Adequação

Em primeiro lugar, a medida, isto é, meio pelo qual se limitará a liberdade de ofício, intentada deve ao menos ser apta a alcançar o objeto – manutenção de outras liberdades, direitos e garantias constitucionais por meio da restrição da liberdade de profissão – ainda que o faça apenas parcialmente. Isso quer dizer que a solução sugerida deve minimamente fomentar (*fördern*) a efetiva solução do caso. Não há necessidade nesse momento que haja uma real prova de que o fará, porém deve haver adequação na medida promovida.

As ideias de *Übermaßverbot* e *Untermaßverbot* merecem menção neste momento. *Über* vem de excesso, extrapolar, enquanto *Unter* tem significado diametralmente oposto de insuficiência. *Verbot* é proibição. Ou seja, a proibição Estatal, isto é, a restrição à liberdade debatida, deve se atentar a estes dois limites: excesso e insuficiência.

<sup>6</sup> MARTINS, L. “Repercussões jurídico-dogmáticas da teoria liberal clássica dos direitos fundamentais”, in MARTINS, L., *Liberdade e Estado Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2012.

<sup>7</sup> BARROSO, L. R.; BARCELOS, A. P. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”, in SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005.

<sup>8</sup> SCHMITT, C. *La tirania de los valores*, Comares, Granada, 2010, p. 73.

<sup>9</sup> SILVA, V. A. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, nº. 798, 2002, p. 23-50.

Portanto, se a medida intentada exceder o objetivo ou for insuficiente para promovê-lo, sua adequação deve ser questionada.

Para ilustrar a aplicação da adequação tem-se como exemplo a ADC 9-6, que debatia o racionamento de energia. Em suma, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu “demonstrada, em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas” previstas nos artigos 14 a 18 da MP 2152-2, que disciplinam as metas de consumo de energia elétrica e preveem as sanções para aqueles que não as cumprirem. A medida limitadora sob análise é a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

Como dito, o teste da adequação da medida limita-se, ao exame de sua aptidão para fomentar os objetivos visados. Considerando que o objetivo do plano de racionamento de energia elétrica é, como prevê o próprio art. 1º da MP 2152-2, “compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica”, inegável que, dado seu caráter coercitivo, a medida pressiona os consumidores a economizar energia elétrica e, ainda que superficialmente, colabora para que esse objetivo possa ser alcançado. Assim sendo, pode-se dizer que as medidas previstas nos arts. 14 a 18 da MP 2152-2 são adequadas, nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade.<sup>10</sup>

## **2.2 Necessidade**

Uma vez superado o teste da adequação inicia-se a segunda fase: Necessidade. Esse segundo teste se difere do primeiro por se tratar de um passo comparativo. Enquanto na adequação a medida era avaliada somente quanto a sua eficácia em promover o alcance do objetivo, a necessidade por sua vez compara as medidas propostas entre si. Ato estatais que limitam direitos fundamentais somente são necessários caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido e, ao mesmo tempo, atinja a finalidade almejada com a mesma intensidade<sup>11</sup>.

Ao final dessa fase deve restar apenas uma medida necessária, afinal, sendo o teste comparativo, haverá somente um vencedor no topo da lista.

Dando continuação ao exemplo anterior quanto à ADC 9-6, restou comprovada a aplicabilidade da medida restritiva. Quanto à necessidade, faz-se necessário verificar num exercício comparativo qual das medidas que ensejam um mesmo objetivo o atinge com mesma intensidade restringido o direito do cidadão ao mínimo. Uma aplicação real do teste da necessidade, implica analisar medidas alternativas que satisfaçam a condição de “evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica”.

O mero racionamento de energia como proposto afeta de forma desigual o consumidor e interfere na livre iniciativa das empresas do ramo. Medidas alternativas foram propostas à época, provável que uma análise minuciosa dessas alternativas revelasse a existência de medidas tão, se não mais, adequadas do que as adotadas pelo Governo, mas que restringissem em menor intensidade os direitos fundamentais. Nesse caso, as medidas previstas pela MP 2152-2 deveriam ser consideradas desproporcionais.

Algumas correntes que estudam a proporcionalidade, como por exemplo a canadense, terminam o modelo aqui. Todavia, a origem alemã propõe ainda um último passo: Proporcionalidade em sentido estrito. Essa fase é muito controversa, inclusive entre autores alemães, pois tem uma carga valorativa muito alta, chegando a beirar (ou até atingir) a arbitrariedade.

## **2.3 Proporcionalidade em sentido estrito**

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide.

<sup>10</sup> SILVA, V. A. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, nº. 798, 2002, p. 23-50.

<sup>11</sup> SILVA, V. A. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, nº. 798, 2002, p. 23-50.

Schlink,<sup>12</sup> Böckenforde,<sup>13</sup> Müller,<sup>14</sup> Habermas,<sup>15</sup> entre outros, são autores que postulam contra a ponderação, essência dessa fase final. Fazem isso por entenderem que esse é o caminho mais fácil que tem um efeito perverso sobre os direitos fundamentais chegando a ser antidemocrático.

Basicamente será efetuada uma restrição no conteúdo de algum dos direitos fundamentais na balança. No caso das Farmácias: liberdade de profissão do comerciante farmacêutico *versus* a possibilidade de queda na saúde pública. Um deles será obrigatoriamente limitado para que o outro possa prevalecer.

A proporcionalidade *strictu sensu* cuida, então, de ponderar qual invasão tem uma fundamentação mais justificável. Para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

A proporcionalidade em sentido estrito quanto aplicada em sua forma clássica abre muito espaço para arbitrariedades, porém um novo entendimento tem buscado solucionar esta subjetividade propondo nova forma de aplicação desse teste, como se vê na obra de Laurentiis.<sup>16</sup>

Todavia o que se demonstrará a seguir é que este último teste é desnecessário ao caso da liberdade de profissão, que, ao contrário de muitos direitos fundamentais que tem sua previsão irrestrita no texto constitucional, o ofício já se apresenta desde sua primeira previsão legal como restringível pelo poder público, visto que o artigo 5º da Constituição Federal prevê ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Finalizadas todas essas fases, está concluída a técnica da proporcionalidade e solucionado o conflito entre direitos fundamentais. Se satisfatoriamente ou não, caberá a uma discussão futura responder.

### 3 Proporcionalidade no direito brasileiro

Em que pese toda a fundamentação teórica antes exposta, o processo trifásico não é sempre aplicado em suas minúcias e totalidade no Brasil. Apesar das menções jurisprudenciais à proporcionalidade, o que se apresenta nacionalmente é um sincretismo total e frequente utilização de apenas uma de todas essas que compõe todo o modelo original. Embora por vezes os julgadores realmente enfrentem todas as três fases em julgamentos do STF, outras vezes há somente uma menção ao chamado "princípio da proporcionalidade", sem destrinchar sua aplicação. Este problema se assevera ainda mais nas instâncias inferiores.

O Tribunal constitucional pátrio confunde, por vezes, a razoabilidade com a proporcionalidade, sendo que o segundo se trata de um teste muito mais amplo. Como se não bastasse, a aplicação nacional da proporcionalidade, apesar de ter esse nome, é em regra apenas o sopesamento (ou ponderação) de direitos fundamentais.

Ironicamente, a fase mais questionada na Alemanha é a única que se aplica em todos os casos no Brasil. Isto porque, como já defendido pelos próprios doutrinadores alemães, é o momento em que arbitrariedades são mais possíveis. De fato, a jurisprudência atual, em casos que não tangem a liberdade de profissão, tem trazido esperanças à metodologia jurídica moderna e realizado a aplicação minuciosa do teste, todavia ainda não está presente na totalidade dos votos dos ministros do STF.

Quando se estuda os casos de liberdade de profissão no Brasil, não se observa, na grande maioria, a discussão quanto à adequação ou necessidade das medidas tomadas. Apenas um discurso seco sobre como esta medida se justifica a limitar aquele direito fundamental. Ou seja, há apenas a proporcionalidade em sentido estrito. E, por mais que ela seja realmente citada no decorrer dos votos e acórdãos, não há uma real preocupação em seguir o modelo original.

<sup>12</sup> SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976.

<sup>13</sup> BÖCKENFÖRDE, E-W. *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken*

<sup>14</sup> MÜLLER, J. P. "Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte"

<sup>15</sup> HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*

<sup>16</sup> LAURENTIIS, L. C. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*, Malheiros Editores, 2017.

Neste ponto, entram questões importantes, como o próprio funcionamento do sistema constitucional brasileiro em face do alemão, que tem diferenças elementares e podem fazer com que a utilização da proporcionalidade seja mais questionável em um sistema que no outro. Num país onde o controle de constitucionalidade é difuso, a proporcionalidade deveria ser compreendida em sua completude por todos que operam de maneira decisória no judiciário pátrio. Havendo ainda a enorme possibilidade de oscilações jurisprudenciais.

De fato, até o presente momento, as decisões do STF merecem suspeitas sobre seu cunho político, tendo em vista a maneira como usam da proporcionalidade arbitrariamente. Passa-se aqui a uma análise mais minuciosa de alguns casos quanto à liberdade de profissão que foram apreciados pelo STF.

### **3.1 Caso do diploma de jornalistas**

Nesse caso, analisado pelo STF em 2009, o cerne da disputa judicial residiu na exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista conforme decreto-lei de 1969, que assim determinava.<sup>17</sup>

No processo citado, o órgão de classe dos jornalistas, a Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), teve a oportunidade de se manifestar e o fez favoravelmente à constitucionalidade do dispositivo restritivo que demandava a diplomação dos jornalistas. Todavia, o Supremo, ao realizar sua análise, concluiu pela interpretação inversa baseando-se em seu próprio precedente<sup>18</sup> sob citação da obra de Sampaio Dória<sup>19</sup> cujo entendimento é, na rasa compreensão elucidada segundo o STF, de que para haver uma limitação ao exercício profissional tal atividade deve ser confrontada com o seu valor e periculosidade social. Ou seja, somente se pode restringir o direito de profissão na medida em que esta apresentar riscos à sociedade.

Utilizando os próprios exemplos incansavelmente citados na jurisprudência do Supremo sobre o tópico, entende-se que o exercício da profissão de médico pode ser limitado pois há um claro risco à vida dos membros da sociedade caso essa atividade seja pobremente exercida. Ou ainda um engenheiro, que pode ter sua liberdade de profissão igualmente limitada pois um pequeno erro de cálculo numa construção poderia causar danos imensuráveis não apenas à vida como também ao patrimônio, saúde e demais direitos sociais. Considerando o poder econômico e social de grandes meios de comunicação, não se deveria concluir também que a profissão de jornalista tem um potencial lesivo à sociedade? Uma informação falsa ou parcial não é tão danosa quanto um prédio que desmorona?

O incômodo gerado por essa interpretação do STF é grande. Não porque os ministros entendam que médicos e engenheiros são importantes e potencialmente perigosos, mas porque a visão do jornalismo ignora os suplícios do próprio órgão de classe que desenvolve essa profissão e desconsidera a importância assumida por essa atividade na atualidade.

Em verdade, o STF se utiliza da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, para travar um embate entre liberdade de expressão e profissão que inexiste no mundo fático. Quanto a esse ponto, os longos votos e análises que concernem à liberdade de expressão são completamente inúteis uma vez que não se faz necessário balancear expressão e profissão para que a segunda seja limitada. Essa crítica será mais amplamente realizada em tópico posterior, mas momentaneamente basta demonstrar que a não realização da profissão de jornalista não impede a livre expressão de nenhum indivíduo.

Imagine-se, caso o único meio de se expressar fosse em veículo jornalístico, toda a sociedade passaria dias escrevendo e editando artigos a serem publicados para que suas ideias pudessem efetivamente ser expostas e ouvidas, ou lidas. No atual avançar da tecnologia, e em nenhum outro momento histórico por mais precárias as condições, tal ferramenta de expressão era necessária, pois existem diversos outros meios que veiculam

<sup>17</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511961*, Relator Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009.

<sup>18</sup> Caso dos corretores de imóveis: Representação n. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Rel. para o Acórdão: Min. Rodrigues Alckmin, Tribunal Pleno, julgado em 5 de maio de 1976 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511961*, Relator Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009, p. 745.).

<sup>19</sup> DÓRIA, S. *Comentários à Constituição de 1946*, Max Limonad, São Paulo, 1960.

igualmente ideias e que podem servir à população geral para se expressar. Limitar o uso de apenas um desses veículos é apenas limitar a profissão, não a expressão. Portanto qualquer debate nesse sentido se mostra de pouca utilidade.

Os ministros do STF criam esta incompatibilidade ficta apenas para que a ponderação possa ser aplicada, sendo sujeita às arbitrariedades do subjetivismo como fica evidenciado em algumas passagens do acórdão deste caso. Trecho que evidencia não apenas o inútil embate travado entre a liberdade de expressão contra a profissão e ainda demonstra o sincretismo de conceitos da proporcionalidade e razoabilidade sem explorá-las é o voto do Min. Gilmar Mendes:

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 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>20</sup>

### 3.2 Caso da ordem dos músicos

Cronologicamente anterior ao caso dos jornalistas, este processo teve um cenário semelhante e chegou à mesma conclusão, mas desta vez a ponderação tem como base o direito fundamental à liberdade de expressão pela liberdade artística. O cerne da lide residia na necessidade de músicos possuírem a carteira da Ordem dos Músicos e estarem em dia com as devidas prestações da classe para poder performar artisticamente.<sup>21</sup>

Mais uma vez, o órgão de classe, Ordem dos Músicos do Brasil (OMB) teve oportunidade de se expressar e o fez favoravelmente à limitação imposta ao exercício profissional artístico.

Novamente, usando a ponderação para justificar seus votos e longos textos elucidando o que é arte e como ela pode ou deve ser expressa, o STF declarou a inconstitucionalidade da norma que exigia a apresentação da carteirinha da OMB para performances artísticas.

Neste caso, assim como no anterior, tem-se novamente o confronto desnecessário entre duas liberdades, expressão artística e profissão. O exercício profissional de música não impede a livre expressão artística, apenas, nesse caso, determina em quais lugares de finalidade privada poder-se-á fazê-lo. Note: espaços públicos permanecem livres e completamente permitidos, apenas restringindo-se a atividade dentro de espaços que, por sua natureza privativa, já estariam de qualquer maneira sujeitos a outras formas de limitação.

Apesar de ser altamente questionável o critério contributivo imposto aos músicos para sua atuação profissional, o debate travado pelo STF poderia ser facilmente resolvido por edição normativa pelo órgão verdadeiramente legítimo que derogasse a imposição questionada. A elucubração interpretativa aqui presente demonstra como o guardião da constituição busca qualquer ferramenta interpretativa, ainda que sem coerência, para tentar fundamentar decisões ilegítimas.

Os trechos deste voto que demonstram a confusão entre métodos criada pelo STF são:

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo”, e de fato o é, porém não se confunde com a proporcionalidade como na frase subsequente da mesma passagem “o exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da

<sup>20</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511961*, Relator Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009, p. 29.

<sup>21</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414426*, Relatora Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011.

Recentemente, reafirmando essa orientação jurisprudencial e declarando a repercussão geral de tal tema: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 795467 RG*, Relator Min. Teori Zavascki, 5 de junho de 2014.



proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade [...] inclui-se por isso mesmo no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade.<sup>22</sup>

Ora, o exame da adequação está inserido dentro do método, não princípio, da proporcionalidade e não sujeito a este. Totalmente errônea a aplicação da metodologia. Ademais, em passagem trecho seguinte ainda afirma o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello que “o tema concernente ao princípio da proporcionalidade [...] enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais”<sup>23</sup> novamente demonstra a confusão jurisprudencial entre ambos os métodos.

### 3.3 Caso do exame da OAB

A jurisprudência do STF apresenta neste último processo uma guinada diametralmente oposta quando a constitucionalidade do Exame de Ordem, realizado para inscrição dos bacharéis em Direito, é colocada em xeque.<sup>24</sup>

No decorrer do caso muitos aspectos da prova da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) foram questionados, como por exemplo a inadequação do próprio órgão de classe realizar o exame, visto que para essa entidade não é interessante mercadologicamente que haja mais advogados concorrendo por espaço e clientes.

Inúteis todos os argumentos da parte que ingressou com a ação, o STF mais uma vez uso da ponderação entre a segurança social e a possível má qualidade dos advogados formados pelas universidades do Brasil, chegando então a Corte à conclusão de ser adequado o “filtro” chamado Exame de Ordem.

Esta é a primeira vez em que se observa a aplicação meticulosa de cada uma das fases contidas no teste da proporcionalidade, embora continue sendo tratada como princípio.

O questionamento quanto à aplicação da proporcionalidade neste caso está mais concentrado à terceira fase, qual seja a da proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

De óbvia constatação, então, será o atendimento do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que os benefícios gerados superam as restrições impostas. De fato, uma limitação ao exercício de atividade profissional que será superável em qualquer tempo pelo indivíduo que lograr aprovação no Exame de Ordem é muito reduzida diante do evidente ganho da sociedade com o licenciamento profissional de advogados que tenham demonstrado, à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia.<sup>25</sup>

Após realizar a aplicação da adequação e necessidade da medida interventiva do Exame de Ordem à profissão de Advogado, o ministro argui pela proporcionalidade da limitação quanto ao sentido estrito, terceira fase. Note-se que o relator argumenta serem os benefícios gerados superiores às restrições impostas.

Nesse caso o teste falho em verdade se deu na fase anterior, a da necessidade, que, quando analisada pelo relator concluiu que “[...] não se consegue imaginar alguma forma menos gravosa de condicionar o exercício da profissão à prévia demonstração de qualificação técnica”. Ora, assim como na esmagadora maioria das outras profissões, o exercício da Advocacia já está condicionado à graduação em curso de bacharelado com atual duração de cinco anos, sendo o Exame de Ordem filtro secundário vinculado a este primeiro. Medida menos interventora e de igual resultado social seria a verdadeira

<sup>22</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414426*, Relatora Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011, p. 107.

<sup>23</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414426*, Relatora Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011, p. 108.

<sup>24</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 603583*, Relator Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2011.

<sup>25</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 603583*, Relator Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2011, p. 10.

fiscalização desses cursos, para que assim os bacharéis em direito não fossem submetidos a um segundo filtro desnecessário, em ambos os sentidos do termo.

#### 4 Análise crítica

Passa-se à parte final do trabalho que tem por objetivo costurar todos os casos estudados numa análise crítica no que tange à técnica proporcionalidade e sua utilização na jurisprudência do Tribunal Constitucional pátrio.

No decorrer da construção da proporcionalidade em sua origem alemã, as novas teorias sobre a função dos direitos fundamentais, o contexto histórico e visão do direito se alteraram de maneira tão profunda que afetaram totalmente o resultado de aplicação dessa técnica interpretativa.

Inicialmente aplicada contra o poder de polícia prussiano, a raiz da proporcionalidade mostrava sua primeira face de "limite dos limites", como diria Bernhard Schlink.<sup>26</sup> É, portanto, uma forma real de proteção constitucional contra os abusos das intervenções Estatais. Com a criação da teoria dos valores, a ferramenta de otimização dos direitos e, enfim, a diferenciação de normas entre princípios e regra, a proporcionalidade tomou uma guinada diferente e passou a incorporar a aclamada ponderação. A força propulsora desse processo de transformação foi a necessidade histórico-social de superação do passado e do positivismo cego alemão que levou o país a um cenário democraticamente questionável.<sup>27</sup>

Essa trajetória levou o Tribunal Constitucional germânico a decidir os casos *Apotheke* e *Lüth* sem necessariamente aplicar a estrutura originária da técnica interpretativa da proporcionalidade como forma de limitar as intervenções estatais. Após esses julgamentos a estrutura dessa prova já havia incorporado a ponderação aos passos da proporcionalidade.

Ao chegar ao Brasil, a técnica, aqui chamada de princípio, tomou a forma trifásica importada desse cenário pós-segunda guerra alemão, e o próprio Tribunal Constitucional brasileiro também apresentando suas preocupações históricas após a ditadura de 1964, deixando transparecer seu ímpeto pela renovação e mudança. Aqui a teoria dos valores impregnou os direitos fundamentais intensamente, gerando a profunda mutação jurisprudencial da chamada "era dos princípios". Nem mesmo a proporcionalidade conseguiu escapar dessa inovadora geração. Não apenas direitos fundamentais explicitamente normatizados nos postulados pátrios foram convertidos em princípios, como absolutamente qualquer grande *motto* passou a ser conversível em princípio. Estavam instalados os elementos necessários para o reinado da ponderação.

No Brasil a proporcionalidade por vezes se confunde com suas importações interpretativas e incorpora o *american balancing*, vulgo ponderação, na fase final da proporcionalidade alemã e passa a misturar sistemas de *civil* e *common law* para tentar fundamentar decisões essencialmente políticas a serem tomadas pelo STF.

Nesse momento afloram os debates sobre "núcleo essencial" dos direitos fundamentais, limites constitucionais e entra-se no recorte específico da liberdade profissional.<sup>28</sup>

No que diz respeito à liberdade de profissão, o STF utilizou a proporcionalidade nos três casos nacionais analisados e o fez conforme a crença majoritária na estrutura trifásica, que aparta adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como filtros hierárquicos e sequenciados, destinados a aferir a constitucionalidade de uma intervenção por parte do poder público.

Nesse momento, dois pontos devem ser questionados. Primeiro: o STF tem legitimidade para realizar essa operação de ponderação de direitos fundamentais? Segundo: é realmente necessário que se apliquem as três fases de prova nos casos que envolvem a regulação da liberdade de profissão?

<sup>26</sup> SCHLINK, B. "Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", *EuGRZ*, nº. 17, 1984, p. 457-469.

<sup>27</sup> A esse respeito, ver: LAURENTIIS, L. C. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconfiguração dogmática*, Malheiros, São Paulo, 2017.

<sup>28</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 603583*, Relator Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2011, p. 8.

Nos casos dos jornalistas e dos músicos o Supremo confronta a liberdade de profissão com, respectivamente, a liberdade de expressão e liberdade de manifestação artística. Porém, não há motivos para que se faça tal comparativo, como já recém exposto nos tópicos supra, até porque em o fazendo a liberdade de profissão estaria de imediato num patamar de suspeita de proteção inferior aos outros dois direitos. Isso porque a liberdade de ofício foi assegurada pelo texto constitucional com uma reserva qualificada de lei (art. 5º, XIII, CF), enquanto os direitos à liberdade de expressão e a liberdade artística foram asseguradas sem tal ressalva.

Ou seja, o poder constituinte originário entendeu que a liberdade de profissão, ao contrário à manifestação artística e do pensamento, não é plena e pode ser restringida pelo Legislador. Ela deve sim ser regulamentada pelo Estado pois há, e nisso o STF está correto em tentar defender, um risco social no exercício de ofícios. Seja este risco técnico ou qualitativo, ele de fato existe e por isso há para cada profissão diferentes níveis de exigência técnico teórica para exercê-las. Essa limitação pode e deve ocorrer, todavia a maneira como ela é efetivada deve partir de uma avaliação dos titulares desse direito.

Voltando à análise dos casos antes expostos vislumbra-se que as limitações impostas aos ofícios analisados são adequadas. Inclusive no polêmico caso do Exame de Ordem, a medida se mostra de fato adequada. Afinal, implementar uma prova final realmente serve de filtro para que haja advogados mais qualificados no mercado. O inadequado, nesse último caso, não é a limitação avaliativa escolhida e sim o órgão aplicador da prova. A OAB é inadequada para avaliar seus futuros colegas, futuros concorrentes de mercado, pois os advogados que formulam e corrigem o exame da OAB tendem a tolher novos ingressantes de competir por mercado junto a eles. Nesse sentido, tal qual aplicada, a prova está baseada em evidente conflito de interesses, que desvirtua a sua função.

A questão da carteira da ordem dos músicos é similar, porém divergente em alguns pontos. Para conquistar a carteira da OMB, um músico deveria apenas se apresentar perante uma banca avaliadora, frisa-se, era composta pelos mesmos membros desde a ditadura militar cujos conhecimentos musicais eram muito questionados no universo artístico. Em que pese a simplicidade da conquista dessa autorização, tal restrição era inadequada, em razão da existência de um órgão que realiza a prova, afinal tratava-se de uma banca totalmente desimpedida, mas porque, e isso fica claro na dificuldade que a própria OMB tem em defender a obrigatoriedade da carteira, o verdadeiro motivo pelo qual se fazia tal exigência era financeiro e não qualitativo artístico.

A OMB utilizava-se da obrigatoriedade da carteira de músico para exigir a mensalidade de seus membros em troca da manutenção de sua autorização. Não houve qualquer argumento desse órgão de classe que justificasse o filtro técnico-qualitativo para o exercício da profissão que ele protege.

Ao contrário, a medida restritiva quanto à diplomação em nível superior para o jornalismo é a única de todas que se mostrou realmente adequada. Conforme elucidou o FENAJ, existem matérias a serem cursadas e lições a serem aprendidas num curso universitário que são de suma importância para o exercício profissional do jornalismo.

Apenas para que não reste ignorado nesse ponto qualquer a respeito da liberdade de expressão, vale ressaltar que quando se trata de jornalismo profissional não se está falando de liberdade de manifestação do pensamento. O jornalismo requer técnica, comprovação, ética, pesquisa. Fora isso, há nos meios de comunicação um espaço específico e determinado para que ocorra o exercício da livre expressão da opinião como é o Editorial. Por isso mesmo, o decreto que regulava a profissão de jornalista previa a figura do colaborador e do editorialista. Há, por isso, uma diferença entre o espaço utilizado pelo jornalista para exercer sua profissão e o espaço no qual ele pode manifestar seus pensamentos livremente. Um jornalista pode criar um blog, página do *Facebook*, *Twitter*, qualquer rede social, escrever um livro ou utilizar qualquer outro veículo público que para manifestar suas opiniões particulares. Porém, quando o assunto é informação pública, os veículos pelos quais a sociedade paga para obtê-la, devem ser cravejados da mais plena técnica e qualidade. Informação é poder.

A onda de *fake news* que alastra o país e o surgimento de diversos canais de jornalismo (profissional) que tem por objetivo o *fact cheking* mostram a clara necessidade de profissionalismo nesse ofício.

Passada a análise da adequação, segue-se ao debate sobre a necessidade das medidas. Recorde-se, neste ponto, que no teste da necessidade avalia se e quando a

medida interventiva escolhida é, sendo igualmente eficaz que outras alternativas, é menos restritiva em relação ao direito fundamental afetado.

Considerando que o caso dos Músicos restou solucionado no próprio teste de adequação, não há por que realizar a prova da necessidade com tal situação por conta da hierarquia existente entre as fases.

Quanto ao caso do Exame de Ordem dos advogados, há espaço para discussão da necessidade pois a aplicação do exame, em si, é adequada. Nessa toada podemos dar prosseguimento ao segundo teste: necessidade. Realizar uma prova onerosa para filtrar os advogados que buscam exercer esta profissão depois de já terem cursado cinco anos de um curso superior é realmente necessário? Por que então não se realizam provas para todas as outras carreiras jurídicas possíveis se elas lidarão com o mesmo bem jurídico?

Aqui, ressalta-se, não cabe qualquer referência aos concursos públicos tendo em vista a diferença entre as provas que são aplicadas. Para as carreiras públicas realizam-se provas não porque os conhecimentos mínimos dos ingressantes devem ser testados, mas porque há um número limitado de vagas a serem preenchidas e o critério objetivo de seleção historicamente escolhido foi o concurso público. Poderia ser uma seleção curricular, média aritmética da graduação, qualquer outro critério.

Já o exame da Ordem não é uma competição entre examinandos. Não busca selecionar os melhores advogados e sim apenas verificar se um "mínimo" de conhecimento foi obtido em anos de curso. Bem, seria mais interessante que, uma vez que há esta preocupação com as "lacunas jurídicas" que podem existir no conhecimento dos futuros Doutores e Doutoradas, ao invés de se gastar (mais) dinheiro com uma nova avaliação nacional, simplesmente fosse cobrado das instituições de ensino superior que sua grade, corpo docente, métodos avaliativos e demais técnicas pedagógicas abordassem e suprissem todo o conhecimento necessário a ser obtido pelos juristas. E essa é uma alternativa viável que, além de preservar a liberdade profissional, contribui com a melhoria do ensino e da cultura jurídica em geral.

Essa proposta é a mais necessária, mas politicamente não é a mais interessante. Afinal, com um ensino superior de direito fraco e um exame com altos índices de reprovação, os ganhos financeiros tanto de faculdades de baixa qualidade, quanto de cursos preparatórios são muito maiores. Lucra-se com o ensino custoso, os caros materiais, os cursinhos para realizar o exame e, enfim, o próprio exame em si.

Não é tudo, pois a aplicação do exame da OAB no formato atual é discriminatória. Afinal, tantos filtros são exigidos dos advogados enquanto jornalistas podem livremente dizer o que como e onde bem quiserem, sem qualquer estudo técnico. Inclusive, no que diz respeito ao caso dos jornalistas, isso mostra que a exigência de diplomação em ensino superior é a medida mais eficaz e menos invasiva apresentada para o ofício, uma vez que alguns aprendizados que se fazem necessários somente são obtidos neste nível educacional e é ainda um impedimento apenas para áreas bem específicas do jornalismo, sendo ele livre em outras medidas.

A última fase da proporcionalidade seria agora a ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito, que não será aqui analisada por se entender que, no que tange à liberdade de profissão, não há debates a serem submetidos à prova da proporcionalidade.

De fato, é questionável uso da ponderação de direitos fundamentais, pois valorar é desvalorar e não há qualquer forma de controle de quem e como são determinados tais valores. Aqui utiliza-se um critério objetivo para descartar totalmente a proporcionalidade em sentido estrito em qualquer forma que ela se apresente, ainda que não seja a clássica ponderação: a liberdade de profissão tem desde sua previsão constitucional uma autorização de restrição. Portanto, parte-se do princípio de que toda e qualquer profissão é limitável e as duas provas anteriores são suficientes para fundamentar e justificar as restrições.

Finalmente alcança-se o debate sobre a legitimidade do STF para decidir sobre todas as limitações estudadas. Com exceção ao caso da OAB, no qual o Supremo realmente tinha seu espaço de fala e infelizmente o utilizou de forma bairrista e corporativista, nos outros dois casos os órgãos de classe foram completamente ignorados para que prevalecesse a opinião de pessoas cujo conhecimento nessas áreas é ínfimo, se não nulo.

Quando a Federação Nacional dos Jornalistas se posiciona dizendo ser sim importante que jornalistas cursem um ensino superior para exercer adequadamente seu ofício, o STF

não pode simplesmente ignorar esta manifestação e dizer que essa exigência é falaciosa. Ao contrário, para legitimar seu julgamento, o Supremo deve estar aberto às opiniões vindas da comunidade, nesse caso, os órgãos de classe profissionais.

Concorda-se que a Ordem dos Músicos não conseguiu em seus argumentos demonstrar a necessidade da avaliação para obtenção da carteirinha de músico e, por isso, a limitação foi considerada inadequada. Mas há outras limitações profissionais que são impostas aos músicos que são sim adequadas, como por exemplo a exigência de diploma de nível técnico para lecionar música. O STF não poderia ignorar a defesa da OMB sobre este tópico, pois ao agir dessa forma ele se deslegitima como Tribunal constitucional.

Preocupante analisar acórdãos que ignoram os órgãos de classe para dar ouvidos a pareceres do Ministério Público, que sofre da mesma problemática de ilegitimidade que os excelentíssimos ministros. Mais do que isso, parece que decisões políticas tomadas pelo Poder Legislativo, ele sim um órgão representativo dotado de legitimidade para regular a atividade profissional e econômica dos cidadãos, podem ser facilmente reescritas por um órgão judiciário sem representatividade. O mais grave é que a proporcionalidade ter servido de instrumento para que os Tribunais brasileiros realizem essa invasão da competência legislativa. E se é essa a função a que está destinada a proporcionalidade no direito brasileiro, sinceramente parece melhor que ela não existisse.

## 5 Conclusão

A proporcionalidade prevê um processo trifásico hierárquico que consiste respectivamente nos testes de: adequação, responsável por identificar se a medida restritiva ao direito fundamental minimamente fomenta o objetivo visado; necessidade, momento em que diversas medidas já adequadas são comparadas, vencendo aquela que melhor atingir o objetivo com menor invasão do direito; e proporcionalidade em sentido estrito, que da forma como é classicamente aplicada pelo Supremo Tribunal, consiste em sopesar, os direitos tidos como conflitantes no caso.

Conclui-se pelo exposto que este último teste é desnecessário no que tange a liberdade de ofício, vez que, diferentemente da grande maioria dos direitos fundamentais, está desde sua previsão constitucional já se prostra como limitável em "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Desse mesmo trecho entende-se que tem legitimidade para realizar tal intervenção ao direito é o poder legislativo, visto sua função de legislar e, portanto, estabelecer tais leis. Assim, compreensível mais uma vez a suspeita de ilegitimidade defendida do Tribunal Constitucional pátrio para realizar controle posterior das medidas escolhidas.

De qualquer modo, a proporcionalidade pode ser aplicada em sede de controle constitucional, porém, para que sejam evitadas as arbitrariedades que se mostraram nos três casos estudados, deve ser feita apenas aplicando suas duas primeiras fases, descartada a proporcionalidade em sentido estrito.

## Referências

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2008.
- BARROSO, L. R; BARCELOS, A. P. "O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro", in SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005.
- BÖCKENFÖRDE, E-W. *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken*.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414426*, Relatora Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511961*, Relator Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 603583*, Relator Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 795467 RG*, Relator Min. Teori Zavascki, 5 de junho de 2014.
- DÓRIA, S. *Comentários à Constituição de 1946*, Max Limonad, São Paulo, 1960.
- DWORKIN, R. *O império do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- GRIMM, D. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *The University of Toronto Law Journal*, v. 57, nº. 2, 2007, p. 383-397.

- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*.
- LAURENTIIS, L. C. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconfiguração dogmática*, Malheiros, São Paulo, 2017.
- MARTINS, L. "Repercussões jurídico-dogmáticas da teoria liberal clássica dos direitos fundamentais", in MARTINS, L., *Liberdade e Estado Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2012.
- MÜLLER, J. P. "*Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte*".
- SCHMITT, C. *La tirania de los valores*, Comares, Granada, 2010.
- SILVA, V. A. "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005.
- SILVA, V. A. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais*, nº. 798, 2002, p. 23-50.
- SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976.
- SCHLINK, B. "Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", *EuGRZ*, nº. 17, 1984, p. 457-469.