
ESTADO DE DIREITO E OS LIMITES AOS LIMITES À LIBERDADE DE PROFISSÃO

Fábio Carvalho Leite

Professor de Direito Constitucional da PUC-Rio.
Doutorando em Direito Público (UERJ)
Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-Rio)

“Muchos opinan que la inteligencia es un estorbo para la felicidad. El verdadero estorbo es la imaginación”.
(Bioy Casares)

Resumo: Tomando por referência o princípio da legalidade e o da tutela dos direitos fundamentais, o autor analisa o problema da constitucionalidade da limitação ao exercício profissional; considerando para tanto realidades frente as quais a limitação é dever do Estado e realidades sobre as quais o Poder Público deve eximir-se de intervenções, justamente em função da liberdade de atuação profissional.

Palavras-Chave: Princípio da legalidade; tutela dos direitos fundamentais; liberdade de profissão.

ESTADO DE DERECHO Y LOS LÍMITES A LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE LA PROFESIÓN

Resumen: Tomando por referencia el principio de la legalidad y el de la tutela de los derechos fundamentales, el autor analiza el problema de la constitucionalidad de la limitación al ejercicio profesional; considerando para tal realidades frente a las cuales la limitación es deber del Estado y realidades sobre las cuales el Poder Público debe eximirse de intervenciones, justamente en función de la libertad de actuación profesional.

Palabras-Clave: Principio de la legalidad; tutela de los derechos fundamentales; libertad de profesión.

A idéia de Estado de Direito, em que pese a existência de outros subprincípios dele decorrentes, sempre teve uma peculiar identificação com o princípio da legalidade. Nesse sentido, se por um lado se reconhece também como uma nota essencial ao Estado de Direito, por exemplo, a tutela dos direitos fundamentais, por outro estes direitos muitas vezes podem ter seu alcance delimitado – e até mesmo definido – pelo legislador, quando autorizado a tanto pelo texto constitucional. Desse modo, embora neste caso se respeite a um só tempo ambos os princípios caracterizadores do Estado de Direito, não há como negar uma posição de destaque ao princípio da legalidade, cabendo assim à lei definir o alcance do direito a ser tutelado.

Esta forma de se conferir harmonia a estes subprincípios do Estado de Direito, no entanto, encontra limites, pois, ainda que se reconheça que a Constituição autorizou ao legislador a própria definição do direito a ser tutelado, não se pode admitir que a atuação legiferante, ainda que constitucionalmente autorizada, descaracterize o próprio direito que se pretende defender. Assim, por exemplo, se uma norma que assegura o direito à intimidade “na forma da lei” pode, a partir da atuação do legislador, limitar o alcance daquele direito, ela também assegura uma essência a ser protegida – a intimidade – que pode ser limitada, mas não descaracterizada pela atuação do legislador.

É importante observar que tal afirmação, embora não implique um afastamento do princípio da legalidade, seguramente faz com que este ceda espaço a outros subprincípios decorrentes do Estado de Direito, o que ainda assim parece muito caro à idéia tradicional que se tem deste Estado. Convém, no entanto, recordar que José Afonso da Silva já havia observado que,

“(...) se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante”. Em seguida, concluiu o autor: “Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente”. (SILVA: 2005, p. 114)

Embora em contexto diverso, Ronald Dworkin também já havia alertado para a existência de concepções distintas a respeito do Estado de Direito. Em suas palavras:

“O que é o Estado de Direito? Os juristas (e quase todas as outras pessoas) pensam que há um ideal político distinto e importante chamado o Estado de Direito. Mas discordam quanto ao que é esse ideal. Há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de Direito, cada qual com seus partidários. A primeira é a que chamarei de concepção ‘centrada no texto legal’. (...) Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção ‘centrada nos direitos’.” (DWORKIN, 2002, pp. 6-7)

A própria doutrina, portanto, já reconhece a ambigüidade da idéia de Estado de Direito, admitindo – mas também de certo modo alertando para – o prestígio muitas vezes conferido ao princípio da legalidade na definição deste Estado.

Nesse sentido, reconhecendo que o Estado de Direito se sustenta, dentre outros, pelos subprincípios da legalidade e da tutela dos direitos fundamentais, e afastando desde já qualquer prevalência de um sobre o outro, pretende-se no presente trabalho identificar quais são os limites que a idéia de Estado de Direito impõe ao próprio legislador quando este, no exercício de sua função típica e, no caso, autorizada pela Constituição, limita o gozo da liberdade de exercício profissional, ainda que sob o pretexto de estar garantido-a nos termos do texto constitucional.

A Constituição brasileira assegura, em seu art. 5º, XIII, que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Desse modo, verifica-se que a liberdade profissional pode sofrer uma restrição, desde que decorrente de lei, em obediência ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) e em conformidade, portanto, com o Estado de Direito. De fato, atualmente não mais se concebe a possibilidade de uma espécie de irrestrita liberdade profissional, sem qualquer espécie de exigência, muito embora já se tenha experimentado tal modelo, como o fez a primeira Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de inspiração positivista traduzida ali por Júlio de Castilhos, e que estabelecia, *in verbis*:

“Art. 71 (garantias gerais de ordem e progresso no Estado) – A Constituição oferece aos habitantes do Estado as seguintes garantias:

§ 5º Não são admitidos também no serviço do Estado os privilégios de diplomas escolásticos ou acadêmicos, quaisquer que sejam, sendo livre no seu território o exercício de todas as profissões de ordem moral, intelectu-

al e industrial.

§17 Nenhuma espécie de trabalho, indústria ou comércio poderá ser proibida pelas autoridades do Estado, não sendo permitido estabelecer leis que regulamentem qualquer profissão ou que obriguem a qualquer trabalho ou indústria”.

Há hoje um certo consenso de que o exercício de determinadas profissões deve sofrer restrições, em decorrência do interesse público. A questão que se coloca, todavia, é saber se a Constituição, que adota como princípio fundamental o Estado de Direito, confiou ao legislador, em caráter absoluto, a determinação do que seria este interesse público a justificar a restrição ao exercício daquela liberdade.

A abordagem doutrinária a este respeito revela-se insatisfatória, pois ao justificar a exigência de lei para restringir o exercício da liberdade profissional, recorre, em geral, à arquitetura, à engenharia civil ou à medicina – exemplos que demonstrariam a necessidade da regulamentação legal. Esta ilustração, todavia, é apenas parcialmente eficaz, pois contesta apenas a corrente de que “nenhuma profissão” deve ter o seu exercício limitado, tal como previsto no dispositivo acima citado, mas não permite concluir que todas as profissões sejam passíveis de regulamentação pelo legislador – o que levaria a uma inevitável descaracterização da liberdade de profissão assegurada como direito fundamental.

É relativamente simples argumentar que uma lei que imponha determinadas exigências ao exercício da medicina atende a um interesse público. Tarefa não tão simples seria argumentar que uma lei que regulasse as profissões de diretor teatral ou técnico de time de futebol atenderia a um interesse público – isto se não se argumentar, é claro, que o simples fato de que há uma lei neste sentido é suficiente para caracterizar o interesse público.

Partindo do pressuposto de que a existência de lei é condição necessária, mas não condição suficiente para a limitação da liberdade de exercício profissional, cabe investigar justamente esta zona cinzenta entre as atividades de médico e engenheiro civil, de um lado, e diretor de teatro e técnico de time de futebol, por outro, a fim de identificar que profissões podem ser regulamentadas e como se pode identificar tal possibilidade.

A doutrina tradicional não cuida desta zona cinzenta e deixa à orfandade indagações a respeito da constitucionalidade das leis que regulamen-

tam profissões como a de músico ou jornalista, que, com ou sem doutrina, têm sido questionadas e muitas vezes declaradas inconstitucionais em sede judicial.

É importante frisar que nos casos em que se entende que não cabe à lei regulamentar o exercício da profissão, não se trata apenas da inconstitucionalidade de uma lei, mas também da superação do princípio da legalidade, uma vez que a Constituição deixou exatamente ao legislador (e portanto à lei), sem maiores reservas, a competência para estabelecer as qualificações necessárias ao exercício de qualquer atividade profissional. Desse modo, afirmar que uma lei que regula uma categoria profissional é inconstitucional significa, antes de tudo, reconhecer a inaplicação do princípio da legalidade em determinada situação, em prol do reconhecimento do direito fundamental ao exercício de uma profissão.

A doutrina brasileira, embora admita de algum modo esta possibilidade, não desenvolve os critérios que devem ser utilizados pelo intérprete a fim de identificar se uma determinada profissão pode ou não sofrer algum tipo de regulamentação. Nesse sentido, vale transcrever os comentários de Pinto Ferreira acerca da liberdade de profissão:

“No que tange à escolha da profissão, a liberdade é inviolável, porém é legítimo o poder da polícia para legalizar e permitir *in totum* a admissão e o exercício da profissão. Determinadas profissões exigem habilitações especiais para o seu exercício (advocacia, medicina, engenharia etc.); outras atividades preveem condições materiais adequadas (p. ex., estabelecimento de ensino) para seu funcionamento. Não somente as atividades liberais estão sujeitas à vigilância do poder de polícia, mas também outras, por razões de segurança pública (hospedagem, hotéis, indústrias pirotécnicas), como por motivo de saúde (produção de produtos farmacêuticos), como afinal por motivos de polícia penal, vedando a prática de crimes e contravenções. Quando o exercício de determinada atividade concerne ao interesse público, exigindo regulamentação, a parte pode recorrer à justiça, caso julgue arbitrária a regulamentação”.

(FERREIRA: 1989, vol. 1, p. 89)

Como se pode verificar, o autor conclui a análise justamente no ponto onde mais importa prosseguir: quando uma regulamentação seria arbitrária e, portanto, inconstitucional? Por outra: quando se deve superar o princípio da legalidade em benefício da defesa da liberdade de profissão?

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, em seus

comentários à Constituição, observam que:

“Uma forma muito sutil pela qual o Estado por vezes acaba com a liberdade de opção profissional é a excessiva regulamentação. Regulamentar uma profissão significa exercer a competência fixada na parte final do dispositivo que diz: ‘observadas as qualificações profissionais que a lei exigir’.

Para obviar este inconveniente é necessário que esta faculdade seja sempre exercida nos termos constitucionais”.¹

Em seguida, após apontarem a existência de lei federal como um requisito formal para esta restrição, afirmam:

“Mas é evidente que esta lei há de satisfazer requisitos de cunho substancial, sob pena de incidir em abuso de direito e conseqüentemente tornar-se inconstitucional. Assim é que hão de ser observadas qualificações profissionais. Para que uma determinada atividade exija qualificações profissionais para o seu desempenho, duas condições são necessárias: uma, consistente no fato de a atividade em pauta implicar conhecimentos técnicos e científicos avançados. É lógico que toda profissão implica algum grau de conhecimento. Mas muitas delas, muito provavelmente a maioria, contentam-se com um aprendizado mediante algo parecido com um estágio profissional. A iniciação destas profissões pode-se dar pela assunção de atividades junto às pessoas que as exercem, as quais, de maneira informal, vão transmitindo os novos conhecimentos. Outras contudo demandam conhecimento anterior de caráter formal em instituições reconhecidas. As dimensões extremamente agigantadas dos conhecimentos aprofundados para o exercício de certos, assim como o embasamento teórico que eles pressupõem, obrigam na verdade a este aprendizado formal. Outro requisito a ser atendido para regulamentação é que a profissão a ser regulamentada possa trazer um sério dano social. É óbvio que determinadas atividades ligadas à medicina, à engenharia, nas suas diversas modalidades, ao direito, poderão ser geradoras de grandes malefícios, quer quanto aos danos materiais, quer quanto à liberdade e quer ainda quanto à saúde do ente humano. Nestes casos, a exigência de cumprimentos de cursos específicos se impõe como uma

¹ BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, vol. 2., p. 77.

garantia oferecida à sociedade. Em outros casos, a própria pessoa interessada pode perfeitamente acautelar-se contra o profissional desqualificado, obtendo informações sobre o mesmo. É certo que a evolução tecnológica recente torna cada vez mais complexas certas profissões. Alguma sorte de curso faz-se quase sempre necessária. Nestes casos no entanto, em que inexitem grandes riscos para a sociedade, é preferível manter-se a atividade livre em nome precisamente do direito à livre opção profissional. O excesso de regulamentação nega este direito".²

Dentro deste contexto, cumpre identificar que critérios devem ser adotados para se verificar a constitucionalidade de uma lei que regula determinada categoria profissional, limitando o exercício da liberdade profissional.

Como restou demonstrado, há uma forte tensão entre liberdade e legalidade no que se refere à identificação dos limites ao legislador infraconstitucional na regulamentação do exercício de uma determinada profissão. O simples reconhecimento de que a liberdade só pode ser limitada se o interesse público assim o exigir tem se revelado frágil, pois sempre há quem argumente que há interesse público na medida em que a limitação foi aprovada pelo órgão de representação popular, que seria justamente o poder legítimo para definir o que é interesse público.

Assim, se pretendemos afastar o arbítrio do legislador no que tange ao estabelecimento de exigências para o exercício profissional, alguns pontos revelam-se essenciais. Em primeiro lugar, deve-se tomar como premissa que a liberdade de profissão é um direito fundamental e assim deve ser considerado. Este ponto é de grande importância no quadro brasileiro, pois a corrida em direção à regulamentação de profissões no País tem sido favorecida justamente pelo fato de não se reconhecer que se trata de um direito constitucional fundamental que está sendo restringido. Objetivamente, o estabelecimento de exigências para o exercício de determinada atividade profissional, em um primeiro momento, nada mais faz do que dificultar o acesso a este. Trata-se, portanto, de uma limitação a um direito fundamental, que deve ser, por conseguinte, analisada com grande cautela.

Em segundo lugar é importante compreender que, como decorrência da premissa anterior, não é qualquer profissão que pode sofrer restrição legal em relação ao seu exercício, sob pena de descaracterizar aquele direito

² Op. cit., pp. 77-78.

fundamental constitucionalmente assegurado. Não reconhecer isto seria admitir que todas as profissões podem ser regulamentadas, desde que assim entenda o poder legislativo, o que nos levaria a indagar o sentido e até mesmo o porquê daquele direito estar assegurado no texto constitucional.

É importante esclarecer que não se propõe aqui qualquer espécie de hierarquia valorativa em relação às categorias profissionais, mas apenas o reconhecimento de que determinadas atividades, por conta da sua própria essência, não devem sofrer um controle social – o que em nada diminui a sua importância. O que se pretende, quando se diferencia profissões como a de garçom e a de médico, no que tange aos propósitos do presente trabalho, não é identificar qual destas é a mais “importante” – conceito, aliás, sem qualquer sentido na presente análise –, mas apenas se há um interesse social que justifique a dificuldade de acesso dos cidadãos a um ofício para o qual apresentam eventual talento, aptidão e vontade de exercê-lo.

Assim, se há diferentes tipos de profissão, alguns que permitem o estabelecimento de exigências e outros que, em respeito à liberdade profissional, não admitem restrições legais, deve-se verificar o que exatamente diferencia tais atividades. É dizer, por que o exercício da medicina exige uma formação em nível superior e a atividade de garçom prescinde de qualquer tipo de exigência legal?

Quando se reconhece a legitimidade de uma exigência legal ao exercício de determinada profissão, em verdade admite-se como legítimo um controle por parte da sociedade sobre aquela atividade – o que, por suposto, há de ser a exceção, e não a regra. Assim, a responsabilidade envolvida na atividade desempenhada pelo médico, o conhecimento complexo necessário ao desenvolvimento desta atividade, o objeto com o qual este profissional lida, são elementos que – frise-se – reunidos, justificam a exigência de um diploma de nível superior para o exercício da profissão, restringindo, de maneira razoável e proporcional, o acesso dos cidadãos a este ofício. O mesmo não ocorre com a atividade de garçom, onde a Constituição deixa aos cidadãos com vontade de exercer o ofício a liberdade para escolher os caminhos que levam aos conhecimentos necessários para o seu exercício profissional, e deixa aos empregadores de estabelecimentos comerciais a liberdade de escolha dos profissionais nos processos de seleção.

Nesse sentido, uma lei exigindo a realização de cursos para o exercício da atividade de garçom (para permanecermos com o exemplo citado), ainda que sob o pretexto de aperfeiçoar o serviço, garantido assim aos consumidores uma melhora no atendimento, seria flagrantemente inconstitucional.

Embora não haja dúvida de que a exigência é adequada ao objetivo, não se pode reconhecer este como um fim a ser perseguido pelo Estado. A melhoria no atendimento ao público é do interesse do estabelecimento comercial, não do Estado, e qualquer responsabilidade em relação ao atendimento recairá, em um primeiro momento, sobre o estabelecimento, e não sobre o profissional.

É claro que não há qualquer impedimento à criação de cursos de formação e aperfeiçoamento das mais diversas atividades profissionais; o problema refere-se exclusivamente à exigência legal de realização de cursos como condição necessária para o exercício das atividades, impedindo assim o livre acesso ao ofício àqueles que tenham adquirido o conhecimento necessário por outros meios. Entender de outra forma seria tomar como presunção absoluta a afirmação de que não existem outras formas de se adquirir conhecimento e habilidade para o desempenho de determinadas atividades, ou de que estes casos seriam extremamente raros. Pode-se afirmar, com certa segurança, que este seria o caso da medicina, que envolve um conhecimento suficientemente complexo a ponto de ser difícil (ainda que não impossível) adquiri-lo por outros meios, que não pela realização de um curso superior.

A partir destas considerações, que tiveram por objetivo distinguir uma situação em que a exigência de formação profissional é devida de outra em que seria ilegítima, identificando as peculiaridades de cada situação, pretende-se agora passar ao exame da constitucionalidade das exigências legais estabelecidas para o exercício das profissões de jornalista e músico, que têm sido alvo de ações judiciais pelos tribunais do País.

A profissão de músico, no Brasil, é regulamentada pela Lei nº 3.857, de 22/12/1960, a qual estabelece que o profissional deve ser membro da Ordem dos Músicos do Brasil, após admissão por meio de exame, devendo arcar com o pagamento da anuidade junto àquela entidade. Grosso modo, apenas se atendidas estas exigências um cidadão pode se apresentar como músico no País.

Como foi dito anteriormente, não basta alegar que a Constituição permite restrições legais ao exercício profissional para se defender a validade de uma lei neste sentido. Ainda assim, este parece ser o único argumento a favor da legitimidade desta legislação. Não por coincidência, a inconstitucionalidade da lei que regulamenta a profissão de músico, no que tange às exigências para o exercício profissional, tem sido declarada em diversas ações judiciais, valendo aqui citar reportagem em que se noticia sen-

tença em mandado de segurança garantindo o exercício da profissão de músico sem a necessidade de regular inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil:

“Juiz ironiza Ordem dos Músicos do Brasil em sentença

Com tiradas irônicas e comparações bem-humoradas, um juiz gaúcho concedeu um mandado de segurança para que os integrantes da banda de rock alternativo Video Hits possam se apresentar sem possuir carteirinha ou inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB).

Desde 1960, uma lei federal obriga que o músico seja inscrito na OMB para exercer a profissão. Para isso, deve pagar atualmente uma anuidade de R\$ 80 à OMB.

Em sua sentença, Eduardo Gomes Philippsen, juiz federal substituto da 11ª Vara de Porto Alegre, argumenta que uma entidade fiscalizadora é desnecessária porque o músico não causa dano à sociedade, mesmo que seja completamente incompetente.

‘Muitos músicos podem não saber ler uma pauta musical, mas e daí?’, escreveu (...). Philippsen também considera que, se fosse necessária a Ordem dos Músicos, deveriam ser criadas entidades para regulamentar bailarinos, humoristas e poetas. (...) Em Curitiba, onde quase 200 músicos já conseguiram liminar contra a OMB, o bom humor do juiz gaúcho foi comemorado. ‘Os fiscais aqui viraram motivo de piada’, diz o músico Julian Barg, um dos primeiros a conseguir liminar na cidade. ‘Brincamos que vamos instaurar a Ordem dos Respiradores de Rua, porque, daqui a pouco, vamos ter que pagar para sair na rua e respirar’, diz Barg, que só canta e toca com sua liminar no bolso”.³

Dois pontos interessantes em relação a esta decisão judicial merecem ser ressaltados: a afirmação de que o músico não causa dano à sociedade, “*mesmo que seja completamente incompetente*”, e a idéia de que o fundamento de validade da OMB valeria também para entidades que viessem a ser criadas para regulamentar as profissões de bailarino, humorista e poeta, de modo que o reconhecimento da constitucionalidade da primeira implicaria o reconhecimento da legitimidade das demais. O primeiro ponto revela que o direito fundamental à liberdade de exercício desta profissão não merece um controle social, e o segundo indica por quê. É que além do fato de a garantia de qualidade dos músicos, assim como de bailarinos, humoristas

³ Folha de S. Paulo, 10/04/2002, p. E3.

e poetas, não ser um fim legítimo a ser perseguido pelo Estado – razão pela qual nem mesmo caberia avaliar se há uma adequação entre meios e fins – todas estas atividades estão fortemente vinculadas às liberdades de expressão e artística, afastando liminarmente, pela sua própria essência, qualquer ingerência estatal. Cumpre ressaltar que não é porque não há interesse da sociedade que estas profissões não podem ser regulamentadas, mas é justamente porque elas não podem sofrer qualquer tipo de regulamentação que não se pode alegar interesse social neste sentido. Frise-se: a imunidade a qualquer espécie de controle social neste caso é algo que decorre da sua própria natureza artística.

Verifica-se assim que, para a restrição da liberdade profissional, não basta a existência de uma lei em sentido formal, e nem que esta tenha uma finalidade clara no sentido de se conferir uma garantia de qualidade na prestação dos serviços profissionais. Afinal, sempre se poderá alegar, em relação a qualquer atividade, que a realização de um curso – seja técnico, de formação ou aperfeiçoamento – proporciona maior conhecimento àquele que o realiza, o que justificaria qualquer legislação que determinasse como obrigatória a realização de tais cursos para qualquer atividade. O que se ignora neste caso é que tal objetivo, além de implicar a restrição a um direito fundamental, não representa uma finalidade a ser perseguida pelo Estado – no máximo, interessaria àqueles que pretendem contratar tais profissionais, seja uma orquestra que pretendesse contratar músicos, seja um estabelecimento comercial que pretendesse contratar garçons, e que poderiam assim, por mera liberalidade, exigir eventual qualificação profissional.

Desse modo, parece que a lei que estabelece como requisito para o exercício da profissão de músico a aprovação em exame junto à Ordem dos Músicos do Brasil, bem como a regular inscrição naquela entidade, incorre em vício de inconstitucionalidade, como já reconhecido em diversas ações judiciais no País, e atualmente aguardando pronunciamento do Supremo Tribunal Federal⁴.

⁴ Conforme publicado no Informativo nº 406 do STF, a respeito do RE 414426: “A Turma iniciou julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do TRF da 4ª Região que, com base no art. 5º, incisos IX e XIII, da CF, entendera que a atividade de músico não depende de registro ou licença e que a sua livre expressão não pode ser impedida por interesses do órgão de classe, haja vista que este dispõe de meios próprios para executar anuidades devidas, sem vincular sua cobrança à proibição do exercício da profissão. A recorrente, Ordem dos Músicos do Brasil/OMB - Conselho Regional de Santa Catarina, sustenta, na espécie, a inadequação do mandamus contra lei em tese e a afronta aos arts. 5º, IX, XIII, e 170, parágrafo único, ambos da CF, sob a alegação de que o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho está condicionado pelas referidas normas constitucionais às qualificações específicas de cada profissão e que, no caso dos músicos, a Lei 3.857/60 estabelece essas restrições. Aduz, ainda, que possui

Quanto à profissão de jornalista, esta apresenta algumas peculiaridades que não permitem uma equiparação com as de músico, bailarino, humorista ou poeta, mas tampouco com a de médico. Sem dúvida o jornalismo não se enquadra como uma forma de expressão artística, ao menos não no mesmo nível da música, do balé ou da poesia, relativizando assim aquela imunidade à ingerência estatal própria de manifestações de caráter artístico. No entanto, se não é uma expressão artística, não deixa de ser de todo modo uma forma de expressão, encontrando assim abrigo na liberdade de expressão assegurada pela Constituição. Por estas e outras razões, que pretendemos expor a seguir, a constitucionalidade da lei⁵ que regula a profissão de jornalista tem sido alvo de discussões acaloradas, sobretudo após sentença

poder de polícia. A Min. Ellen Gracie, relatora, negou provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelo Min. Joaquim Barbosa. Inicialmente, considerou adequada a via do mandado de segurança, porquanto os recorridos insurgem-se contra ato concreto de fiscalização emanado da OMB, e que afronta ao art. 170 da CF não fora prequestionada (Súmulas 282 e 356 do STF). No tocante à alegada ofensa aos incisos IX e XIII do art. 5º da CF, as severando que a liberdade do exercício de profissão neles assegurada pode sofrer limitações com vistas ao interesse público, entendeu que as exigências de inscrição na OMB e de o afiliado estar em dia com o pagamento de anuidade ferem o livre exercício da profissão. Afirmou que, na hipótese da música, a livre expressão artística é de sua essência e, por conseguinte, a obrigatoriedade de inscrição na OMB para que os profissionais da música se apresentem profissionalmente equivale à exigência de licença expressamente proibida pelo art. 5º, IX, da CF. Ademais, salientou que a exigência de comprovação de pagamento de anuidade é despropositada, visto que, conforme acentuara o acórdão impugnado, a recorrente possui outros meios legais para efetuar a cobrança. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. RE 414426/SC, rel. Min. Ellen Gracie, 18.10.2005. (RE-414426)”

⁵ Trata-se do decreto-lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, que estabelece, em seu artigo 4º, que: “o exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante apresentação de: (...)”

V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de “a” a “g” no artigo 6º. “O art. 6º, por seu turno, dispõe que: “As funções desempenhadas pelos jornalistas profissionais, como empregados, serão assim classificadas: a) Redator: aquele que além da incumbência de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários; b) Noticiarista: aquele quem tem encargo de redigir matéria de caráter informativo, desprovido de apreciação ou comentário; c) Repórter: aquele que cumpre a determinação de colher notícias ou informações preparando-as para divulgação; d) Repórter de Setor: aquele que tem o encargo de colher notícias ou informações sobre assuntos pré-determinados, preparando-as para divulgação; e) Rádio-repórter: aquele a quem cabe a difusão oral de acontecimento ou entrevista pelo rádio ou pela televisão, no instante ou no local em que ocorreram, assim como o comentário ou crônica, pelos mesmos veículos; f) Arquivista-pesquisador: aquele que tem a incumbência de organizar e conservar cultural ou tecnicamente, o arquivo redatorial, procedendo à pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias; g) Revisor: aquele que tem o encargo de rever as provas tipográficas de matérias jornalísticas.” No mesmo sentido dispõe o art. 40, III do decreto nº 83.248, de 13 de março de 1979, que estabelece que: “Art. 40 – O exercício da profissão de Jornalista requer prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho, que se fará mediante a apresentação de: (...) III – diploma de curso de nível superior de Jornalismo ou de Comunicação Social, habilitação Jornalismo, fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido na forma da lei, para as funções relacionadas nos itens I a VII do artigo 11”. Vale assinalar que o conteúdo do art. 11 é exatamente o mesmo do art. 6º do Decreto-lei nº 972/69.

proferida em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal junto à 16ª Vara Federal de São Paulo que desobrigou em todo o país a observância da exigência de diploma universitário para o exercício daquela profissão. Pode-se afirmar que o debate, dessa forma, subiu um tom não apenas por conta dos efeitos da sentença proferida em ação civil pública, mas também pelo fato de o autor do processo ter sido o Ministério Público Federal, e não um cidadão movendo uma ação judicial em interesse próprio, conforme reconheceu a própria FENAJ, embora em tom de lamentação, ao afirmar: *“esta não é a única liminar concedida com esta finalidade e, provavelmente, não será a última. A diferença é de que esta foi concedida numa ação de autoria do Ministério Público”*.

Nestes casos em que não figura clara a inconstitucionalidade de uma lei impondo restrições ao exercício de uma determinada profissão, casos em que se faz notar a tensão entre os princípios da liberdade e da legalidade, cada qual munido de aspectos que devem ser valorados, parece adequado o recurso à proporcionalidade, considerada esta, como leciona Humberto Ávila⁶, como um postulado normativo, ou seja, uma metanorma ou norma de segundo grau, que estrutura a aplicação das demais normas, não se confundindo, portanto, com as mesmas. O recurso ao método da proporcionalidade justifica-se por se tratar de um conflito de princípios decorrentes de um mesmo sobreprincípio – o Estado de Direito – e tem o mérito de ao menos reduzir significativamente (se não mesmo afastar) o grau de subjetivismo na identificação ou avaliação do chamado “interesse público” em cada caso concreto.

É interessante observar que o próprio Ministério Público Federal, na referida ação civil pública, afirmou em diversos momentos que a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista é desproporcional e irrazoável. No entanto, não apontou, ao menos não com exatidão, por violação a que elemento integrante do postulado normativo da proporcionalidade esta exigência poderia ser caracterizada como desproporcional. O postulado da proporcionalidade, como é sabido, desdobra-se em três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro elemento determina que se verifique a adequação da medida adotada a fim de se alcançar o fim proposto, ou por outra, que se constate se o meio adotado contribui para a obtenção do resultado pretendido, presumindo-se,

⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – a definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004, 4.ª ed., pp. 88-89.

como já visto, que este resultado enquadre-se como um fim a ser perseguido pelo Estado.

Em relação ao caso em análise, significa verificar se a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista (meio) contribui para o fim desejado, seja este simplesmente garantir a qualidade da informação jornalística, seja mesmo o desenvolvimento de uma esfera pública democrática nas sociedades complexas. A este respeito, não há dúvida de que existe uma relação de causalidade, ou seja, existe uma relação entre o meio (formação universitária em curso de jornalismo) e o fim almejado (maior qualidade de informação jornalística). Não se trata de afirmar que este é o melhor ou o único meio de se atingir este fim. É uma simples constatação de que há de fato uma relação de causalidade, ou de que o meio escolhido pelo legislador, que tem legitimidade para tanto, é adequado ao fim pretendido. Como observa Suzana de Toledo Barros, em sua obra *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*:

“Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional”.⁷

Também observa que *“sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade”*⁸.

De certo modo, o próprio Ministério Público Federal, na referida ação civil pública, reconhece o valor da formação universitária em um curso de jornalismo, ao alertar: *“não se afirma aqui, frise-se desde já, que o diploma de jornalismo não poderia ser de auxílio no percurso profissional de um indivíduo, todavia, de modo algum é indispensável”*.

Colocado de outra forma, pode-se identificar na manifestação do Ministério Público, embora não de forma explícita, o reconhecimento da

⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 74.

⁸ Idem.

adequação, mas não da necessidade da medida. A verificação da necessidade é o passo seguinte para a caracterização da proporcionalidade. Segundo Suzana Toledo:

“O princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional. GILMAR FERREIRA MENDES, citando PIEROTH e SCHLINK, observa: ‘apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado’.”
(TOLEDO: 1996, p. 78)

De acordo com o elemento necessidade, a medida restritiva deve ser – frise-se – indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e não poderia ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. É aqui que parece residir a força da argumentação pela inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalismo. De fato, é tarefa no mínimo difícil apontar a necessidade do diploma de jornalismo para o exercício da atividade, mormente quando se constata que nenhum país do mundo adota tal exigência, e que este fato não impede o exercício da profissão, revelando, em alguns casos, um jornalismo (e portanto qualidade de informação) apontado até mesmo como uma referência. Como afirmou Geraldo Ataliba, defendendo a inconstitucionalidade da exigência do diploma para o exercício da atividade de jornalista:

*“A interpretação que propomos mostra que o Brasil é um Estado de Direito democrático, com responsabilidades definidas e proteção a valores sociais e individuais fundamentais, como se dá em **todos** os países civilizados, que adotam princípios semelhantes e que jamais cogitaram de – como o fez, para nossa vergonha, a Junta Militar – exigir diploma para exercício da profissão de jornalista”. (ATALIBA: Parecer de 21 de fevereiro de 1992, grifo no original)*

Além disso, é importante assinalar que a profissão de jornalista guarda um vínculo com a liberdade de expressão, reforçando assim para o seu exercício o valor de liberdade individual contra uma ingerência estatal. Não reconhecer esta relação seria afirmar que há apenas uma forma “correta” de se expressar jornalisticamente (não havendo assim propriamente “liberdade”).

A referida ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal alegava também que a legislação brasileira que exige o diploma de graduação em curso de jornalismo para o exercício da profissão violaria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Escapa ao propósito deste trabalho confirmar tal assertiva, eis que o que se pretende aqui é apenas analisar o sentido da liberdade de profissão na Constituição de 1988 – e para tanto o estudo da profissão de jornalista figura como mero exemplo. No entanto, ainda assim parece válido ressaltar a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Parecer Consultivo n. 5, onde firmou entendimento de que a legislação da Costa Rica, que estabelecia restrição ao exercício da profissão de jornalista correspondente à contida no decreto-lei 972/69, violava a referida Convenção. Em suas palavras, assim entendeu a Corte:

“no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas”.⁹

A referência a este parecer é, para os propósitos deste trabalho, menos importante pelos efeitos jurídicos no ordenamento brasileiro do que por se tratar de uma manifestação de uma Corte internacional corroborando a idéia de que o diploma de graduação em jornalismo não é condição imprescindível ao exercício da profissão. Em outras palavras, a Corte, ainda que por via reflexa, reconhece não se tratar de uma restrição “necessária”. E o fato de ser uma Corte com jurisdição internacional parece reforçar ainda mais esta idéia.

Como se pôde verificar, a discussão a respeito dos limites ao exercício da liberdade de profissão, bem como dos limites ao legislador na imposição daquela primeira limitação, quando sob a égide do sobreprincípio do

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo n. 05/85 de 13 de novembro de 1985, Série A n° 5, § 81.

Estado de Direito, obriga que se realize uma ponderação envolvendo os subprincípios da legalidade e da tutela dos direitos fundamentais, daí decorrentes.

O recurso ao método da proporcionalidade, enquanto um postulado normativo insito ao Estado de Direito, parece adequado à identificação do momento em que se deve afastar o princípio da legalidade – mesmo quando a atuação legislativa tenha sido expressamente autorizada pelo texto constitucional – em função da tutela dos direitos fundamentais, que seria um outro subprincípio decorrente do Estado de Direito. O recurso ao método, no entanto, pressupõe um reconhecimento preliminar de que o fim a ser alcançado pela medida restritiva, no caso a lei regulamentadora da categoria profissional, seja um objetivo legítimo a ser perseguido pelo Estado – o que não ocorre em muitos casos. De fato, não se tratando de um fim legítimo não importa verificar sequer se há adequação entre meios e fins, quanto mais necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito.

A importância desta questão revela-se indiscutível, mormente no período que o país atravessa, onde a proliferação de novos cursos de ensino superior, impulsionada pela garantia corporativista da chamada “reserva de mercado”, tem retirado substancialmente o sentido da liberdade de profissão assegurada na Constituição. Com o presente trabalho, busca-se evitar que a realidade – no caso, movida por *lobbies* e interesses corporativistas – acabe por definir o Estado de Direito, e não o contrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: a definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, 2v.

CASTILHOS, Julio de. *Idéias Políticas de Júlio de Castilhos*. Brasília: Senado Federal, 1981.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1v, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1v, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.