

01/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): A questão trazida a julgamento diz respeito à liberdade do exercício de atividade profissional, especificamente à obrigatoriedade de os músicos se inscreverem na Ordem dos Músicos do Brasil, pagarem anuidade e ostentarem carteira de identidade de músico como requisito para suas apresentações públicas.

A Lei 3.857/60 dispõe:

“Art. 16. Os músicos só poderão exercer a profissão depois de regularmente registrados no órgão competente do Ministério da Educação e Cultura e no Conselho Regional dos Músicos sob cuja jurisdição estiver compreendido o local de sua atividade.

Art. 17. Aos profissionais registrados de acordo com esta lei, serão entregues as carteiras profissionais que os habilitarão ao exercício da profissão de músico em todo o país.

§ 1º A carteira a que alude este artigo valerá como documento de identidade e terá fé pública;

§ 2º No caso de o músico ter de exercer temporariamente a sua profissão em outra jurisdição, deverá apresentar a carteira profissional para ser visada pelo presidente do Conselho Regional desta jurisdição;

§ 3º Se o músico inscrito no Conselho Regional de um Estado passar a exercer por mais de 90 (noventa) dias atividade em outro estado, deverá requerer inscrição no Conselho Regional da jurisdição deste.

Art. 18. Todo aquele que, mediante anúncios, cartazes, placas, cartões comerciais ou quaisquer outros meios de propaganda se propuser ao exercício da profissão de músico, em qualquer de seus gêneros e especialidades, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado”.

RE 414.426 / SC

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a liberdade profissional, entendendo que *“A atividade de músico, por força da Carta Política de 1988, não depende de qualquer registro ou licença, não podendo ser impedida a sua livre expressão por interesses da Ordem dos Músicos do Brasil”*.

A Ordem pede o provimento do recurso extraordinário alegando que o mandado de segurança não se prestaria à declaração de inconstitucionalidade de lei e que os desembargadores federais *“NEGARAM VIGÊNCIA AOS ARTIGOS 5º, IX e XIII, 170 e 200, da Constituição Federal”*. Em petição posterior, solicitou suspensão ou julgamento concomitante com a ADPF 183, rel. Min. Ministro Ayres Britto, proposta em 14.7.2009 pela então Procuradora-Geral da República, na qual é requerida a declaração de não-recepção de vários dispositivos da Lei 3.857/60 por eventual incompatibilidade com os incisos IV, IX e XIII do art. 5º da Constituição Federal. O referido feito já se encontra aparelhado, mas ainda não foi incluído em pauta.

2. Tenho que não há óbice ao conhecimento do mérito.

A questão constitucional surgiu no processo como fundamento para o afastamento de iminentes atos concretos de restrição ao livre exercício profissional, porquanto os impetrantes são integrantes de grupo musical que realizaria diversas apresentações no próprio mês da impetração e subseqüentes (fl. 13 dos autos). Não se trata, pois, de mandado de segurança contra lei em tese. Ademais, não se tratando de mandado de segurança da competência originária desta Corte, sequer cabe analisar-se tal aspecto, restringindo-se o conhecimento à análise da questão constitucional que aqui chegou em sede de recurso extraordinário, ora trazido a julgamento.

Quanto à existência de ADPF sobre a matéria, não constitui isso impedimento ao julgamento deste recurso extraordinário. Já

RE 414.426 / SC

a reunião dos feitos não se viabiliza, porquanto têm distintos relatores. Ademais, tenho que é de todo conveniente ultimar o julgamento deste recurso extraordinário, com fundamento na garantia de razoável duração do processo, tendo em conta que já aguarda solução há vários anos.

Sendo assim, passo à questão de fundo.

3. A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão no art. 5º, inciso XIII, ressalvando apenas a necessidade de atendimento das qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Tal garantia implica, a um só tempo, a possibilidade de escolha da atividade profissional e a proibição de restrição senão por lei e para a definição das qualificações indispensáveis ao seu exercício.

4. Trata-se, efetivamente, de um dos tantos aspectos em que se desdobra a liberdade da pessoa humana, constituindo instrumento para desenvolvimento da sua personalidade. Pela escolha e exercício do trabalho, o homem conforma a sua identidade, gera riqueza, assegura a sua subsistência, cumpre função social. Para Celso Ribeiro Bastos, em seus *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, escritos em co-autoria com Ives Gandra da Silva Martins, “A escolha do trabalho é pois uma das expressões fundamentais da liberdade humana”.

5. O exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados.

Pontes de Miranda, em seus *Comentários à Constituição de 1967* – que também assegurava a liberdade de exercício profissional –, lembra que esta “significou, de início, exclusão do privilégio de profissão, das

RE 414.426 / SC

corporações de ofício”.

É que as exigências de cunho formal não podem servir a um grupo, não podem se prestar à reserva de mercado, só se justificando a imposição de inscrição em conselho de fiscalização profissional, mediante a comprovação da realização de formação específica e especializada, nos casos em que a atividade, por suas características, demande conhecimentos aprofundados de caráter técnico ou científico, envolvendo algum risco social.

Isso porque o valor fundamental é a liberdade. Toda e qualquer restrição deve decorrer, necessariamente, de uma imposição necessária à proteção do interesse coletivo. Trata-se, no ponto, do imperativo da mínima intervenção.

Jorge Miranda, em seu *Manual de Direito Constitucional* (Tomo IV, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 282), destaca que, na Constituição Portuguesa, chega a estar expresso que as restrições de direitos, liberdades e garantias devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18º, n.º 2, 2ª parte).”

Esse expediente se impõe em qualquer Estado de Direito Democrático, servindo a razoabilidade e a proporcionalidade como critérios para a análise da validade de eventuais restrições aos direitos fundamentais.

6. Há atividades cujo mau exercício pode implicar sério dano, por exemplo, à saúde, à segurança, ao patrimônio ou mesmo à formação intelectual das pessoas.

Daí a exigência de que médicos, psicólogos e enfermeiras, engenheiros e arquitetos, advogados e professores ostentem curso

RE 414.426 / SC

superior como requisito para o exercício das suas atividades. Exige-se o registro do diploma e, na maioria dos casos, também o registro profissional perante o conselho criado para a fiscalização da atividade. Também é indubitavelmente legítima a exigência de habilitação específica para outras atividades profissionais em que a imperícia implicaria risco grave, como a de motorista.

7. No que diz respeito à música, o bem comum prescinde do estabelecimento de quaisquer requisitos para a sua prática.

Vale retomar o que os músicos impetrantes do mandado de segurança que deu origem a este recurso extraordinário ressaltaram na inicial:

"... a música agrada pela melodia... sons que tocam os sentimentos, e não somente pela técnica. Uma música pode ser tecnicamente muito boa, mas não agradar ao público. Ao mesmo tempo em que pode ser tecnicamente fraca, mas agradar pela melodia, pela letra, por uma série de outros critérios.

O dia-a-dia mostra que músicas maravilhosas podem ser tocadas com metais, latas, pedaços de madeira, diversos objetos sem que para isso seja necessário qualquer conhecimento técnico.

A música transcende a teoria, é muito mais que isso, é a expressão da natureza, dos sentimentos, da alma. A verdadeira música não se aprende e não se ensina, a verdadeira música se sente, é absorvida e exteriorizada pelo coração".

Na prática da música, inexistente qualquer risco de dano social, razão pela qual não há que se admitir o estabelecimento de condições à sua manifestação, mesmo a título profissional: a liberdade deve prevalecer.

8. Exigir do músico inscrição em conselho para o exercício da sua atividade equivaleria a exigir do escritor o mesmo, ou do jornalista.

RE 414.426 / SC

Para exercer atividade de músico, para escrever e publicar romances, contos ou poemas, para noticiar e comentar acontecimentos da vida individual e social, não há que se exigir qualificação específica nem requisito formal.

Trata-se de atividades estritamente vinculadas à própria liberdade de expressão, protegida e assegurada por diversos dispositivos constitucionais, entre os quais os artigos 5º, IX, e 220 da Constituição: “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”; “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*”.

Vale rememorar, por pertinente e aplicável ao caso, o que se decidiu no julgamento do RE 511.961, relator o Ministro Gilmar Mendes, muito bem sintetizado na ementa:

“JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969...

4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “condições de capacidade” como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de

RE 414.426 / SC

reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, para 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. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

5. JORNALISMO E LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. INTEPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO XIII, EM CONJUNTO COM OS PRECEITOS DO ART. 5º, INCISOS IV, IX, XIV, E DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

6. DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF nº

RE 414.426 / SC

130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.

7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977.

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de

RE 414.426 / SC

Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso 'La colegiación obligatoria de periodistas' - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009).

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS”.

9. Por todo o exposto, entendo que o acórdão recorrido não infringiu os dispositivos constitucionais apontados, antes os aplicou. Desse modo, **nego provimento** ao recurso extraordinário.