

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – UFJF
FACULDADE DE DIREITO**

**DIREITO FUNDAMENTAL AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL: UMA
ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL ACERCA DO TEMA**

Juiz de Fora
2012

CAYLE GROSSI PETERSEN

**DIREITO FUNDAMENTAL AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL:
UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO TEMA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mário Cesar da Silva Andrade.

Juiz de Fora
2012

CAYLE GROSSI PETTERSEN

**DIREITO FUNDAMENTAL AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL: UMA
ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL ACERCA DO TEMA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de Direito Constitucional, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito, e aprovada em pela seguinte banca examinadora:

Prof. Mário Cesar da Silva Andrade
Orientador – Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Renato Chaves Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Leonardo Vinícius Cordeiro
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

A liberdade ao exercício de atividade profissional é um Direito Fundamental e está previsto no inciso XIII, do art. 5º da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal proferiu o entendimento de que a falta de regulamentação para o exercício da profissão de músico (RE 414.426/SC) e jornalista (511.961/SP) não apresenta dano efetivo ou potencial para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental. Profissão. Reserva legal. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The freedom to exercise professional activity is a fundamental right. The Supreme Court delivered the understanding that the lack of regulation for the profession of musician (RE 414.426/SC) and journalist (511.961/SP) has no actual or potential harm to society.

KEYWORDS: fundamental right. Profession. Legal reserve. Proportionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. TEORIA DOS PRINCÍPIOS	10
3. SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
4. RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
5. TEORIA INTERNA E TEORIA EXTERNA	17
6. PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE	19
7. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O TEMA	24
7.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426/SC	24
7.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 511.961/SP.....	26
8. CONCLUSÃO	34
9. BIBLIOGRAFIA	36

1. INTRODUÇÃO

O tema desta monografia consiste na análise da fundamentação das seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal - STF: Recurso Extraordinário 511.961/SP e Recurso Extraordinário 414.426/SC. Tais decisões versam sobre as restrições ao exercício da atividade profissional.

Nesses julgados, o STF proferiu entendimento pela inconstitucionalidade da imposição de certas restrições ao exercício de atividades profissionais, a saber, a exigência de diploma de jornalista (RE 511.961/SP), e a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos (RE 414.426/SC).

A partir disso, foi elaborada a pergunta norteadora desta monografia: a fundamentação adotada pelo STF no julgamento dos REs 511.961/SP e 414.426/SC garante uma proteção efetiva ao direito fundamental à liberdade de profissão?

A liberdade ao exercício de atividade profissional é um Direito Fundamental e está previsto no inciso XIII, do art. 5º da Constituição Federal, que segue: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Para a ampla maioria da doutrina, ao permitir a regulamentação das profissões pelo legislador a fim de assegurar ao titular do direito fundamental o exercício seguro desse direito, a Constituição Federal adota o modelo de reserva legal simples.

Contudo, como se verá mais adiante, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, divergindo dessa maioria, reconhece no texto do referido inc. XIII uma reserva legal qualificada.

Todavia, independentemente do qualificativo dado a reserva legal do art. 5º, XIII, da CF/88, não há relevantes divergências quanto ao reconhecimento da liberdade de exercício profissional como regra, tendo a exigência de condicionantes natureza excepcional, e como tal carecedora da devida fundamentação.

Destarte, a exigência de qualificações deve fundamentar-se na demonstração de a ausência de tais qualificações pode representar dano efetivo ou potencial lesivo à sociedade.

Nos casos em tela, o Supremo Tribunal Federal proferiu o entendimento de que a falta de regulamentação para o exercício da profissão de músico e jornalista não apresenta dano efetivo ou potencial para a sociedade.

Nesses julgados, a Excelsa Corte invocou o princípio da liberdade de expressão, aduzindo que a restrição ao exercício das profissões de músico e jornalista representa ofensa ao artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal, que segue: “IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

O Supremo Tribunal Federal manifestou que, além de não haver lesão ou dano efetivo a sociedade pela dispensa no preenchimento de determinadas condições para o exercício das profissões de músico e jornalista, a saber, a inscrição em uma Ordem profissional específica e a graduação superior, essas profissões representam a exteriorização das liberdades de expressão e artística.

Os direitos individuais podem sofrer dois tipos de limitações constitucionais: por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante promulgação de lei com fundamento na própria constituição (restrição mediata).

Alexy (2008, p. 130) sistematiza as restrições constitucionais em reserva legal simples e reserva legal qualificada.

Na reserva legal simples, a Constituição exige que as restrições a um direito fundamental sejam veiculadas, necessariamente, mediante previsão legal (lei em sentido estrito). Dessa forma, somente ao legislador é autorizado intervir no âmbito de proteção de direitos individuais a fim de restringi-los. Portanto, exige-se que eventual restrição a um direito fundamental esteja prevista em lei.

Na reserva legal qualificada, a Constituição estabelece, além da necessidade de previsão legal, as condições especiais, os fins pretendidos e os meios empregados para se estabelecer a restrição ao âmbito de proteção de determinado direito fundamental. Assim sendo, a restrição à liberdade profissional seria um exemplo de reserva legal simples, haja vista que o dispositivo constitucional não arrola os fins, meios ou as qualificações a serem exigidas. A Constituição limitou-se a prever a abstrata possibilidade de lei estabelecer qualificações, sem qualquer especificação, tais como idades mínimas ou máximas, formação educacional etc.

Entretanto, reitera-se que o Ministro Gilmar Mendes reconhece tal reserva legal como qualificada, uma vez que ela não se limita a autorizar a regulamentação legal, mas expõe a possibilidade de o legislador estabelecer qualificações profissionais específicas.

A análise da fundamentação das decisões que versem sobre o tema é de fundamental importância, tendo em vista sua imediata repercussão sobre a liberdade

profissional, direito fundamental cujo exercício consubstancia a fonte de subsistência dos titulares dos direitos constitucionalmente assegurados.

Conforme se buscará evidenciar no presente estudo, a necessária compatibilização entre a proteção da sociedade e a efetividade da liberdade profissional, demanda uma compreensão constitucionalmente adequada da técnica de restrição a direitos fundamentais, bem como das diferentes teorias que regem a delimitação e harmonização entre tais direitos.

Somente um entendimento sistemático e teoricamente fundamentado das possibilidades de restrições aos direitos constitucionalmente previstos pode impedir que as exigências para o exercício profissional, bem como as decisões sobre a constitucionalidade de tais exigências seja fruto de juízos casuísticos.

2. TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A compreensão da teoria dos princípios de Alexy é o ponto de partida para a análise da fundamentação adotada pelo STF no Recurso Extraordinário 511.961/SP e Recurso Extraordinário 414.426/SC.

Alexy (2008, p. 85) defende a tese da separação qualitativa entre as espécies normativas princípios e regras. Segundo o autor a distinção entre as espécies normativas seria de caráter lógico.

A teoria defendida por Alexy concebe os direitos fundamentais como princípios. Tal teoria não exclui a possibilidade de o rol dos direitos fundamentais conterem definições precisas e definitivas, ou seja, regras. A teoria dos princípios acentua que ao lado das estruturas de definições precisas e definitivas encontram-se os princípios.

O citado autor define princípios como mandamentos de otimização. Isto significa dizer que os princípios são normas que devem ser aplicadas na maior medida possível, possibilitando, portanto, variados graus de concretização. Esta tese aduz que somente diante de um dado caso concreto é possível verificar se um princípio é aplicável ou não, bem como a medida de sua efetivação.

Numa determinada situação fática podem incidir mais de um princípio. Nesse caso, havendo colisão entre princípios, deverá o intérprete/aplicador do direito buscar a norma que chegue a um resultado ótimo, para que através da construção de uma concordância prática entre os princípios em colisão, estes sejam efetivados, simultaneamente, em sua máxima medida possível.

No caso de colisão entre princípios, para se buscar um resultado ótimo o intérprete/aplicador do direito deve adotar o critério de sopesamento, de ponderação.

Através do princípio da proporcionalidade, é possível a construção tecnicamente orientada e juridicamente fundamentada de uma concordância prática que assegure, na maior medida concretamente possível, a efetivação de todos os princípios colidentes.

Por isso, não é correto afirmar que um princípio P^1 sempre prevalecerá sobre o princípio P^2 ($P^1 \text{ Pr } P^2$). O certo é que em determinadas condições fáticas e jurídicas o princípio P^1 prevalece sobre o princípio P^2 , $C - (P^1 \text{ Pr } P^2)C$. (ALEXY, 2008, p. 94) Esse esquema é chamado por Alexy (2008, p. 98) de precedência condicionada, a

qual opera somente *a priori, prima facie*, antes que sejam apresentadas as particularidades de um dado caso concreto.

Segundo o autor (ALEXY, 2008, p. 85), as regras, diferentemente dos princípios, expressam direitos e deveres definitivos. Daí, a afirmação de que as regras são orientadas de acordo com o sistema do “tudo ou nada”. A regra válida é aplicável em sua inteireza, ou não é aplicável. Daí, ser possível afirmar que, numa dada situação fática, valerá, exclusivamente, a consequência jurídica prevista em uma das regras em conflito. Neste sistema, não podem coexistir normas/regras incompatíveis, uma vez que as regras são aplicáveis de acordo com o plano da validade.

Isso posto, pode-se afirmar que a principal distinção entre princípios e regras está no fato de que as regras garantem direitos e impõe deveres definitivos enquanto os princípios garantem direitos e impõe deveres *prima facie*. (ALEXY, 2008, p. 90)

3. SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na temática relativa à restrição a direitos fundamentais é de suma importância delimitar a conceituação de suporte fático.

Segundo Alexy (2008, p. 301), o conceito de suporte fático engloba o âmbito de proteção (AP) ao direito fundamental e a intervenção estatal (IE).

Entende-se por âmbito de proteção dos direitos fundamentais a fração do mundo fático que o constituinte estabeleceu como objeto de proteção especial.

Conforme exposto por MENDES (2008, p. 294):

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais.

Quanto maior a amplitude do âmbito de proteção de um direito fundamental maior a possibilidade de um conflito entre uma intervenção estatal (IE) e um direito individual. (MENDES, 2008, p. 295)

Há duas correntes que definem o suporte fático de acordo com a amplitude: a teoria do suporte fático restrito e a teoria do suporte fático amplo. (ALEXY, 2008, p. 307)

A teoria do suporte fático restrito estabelece uma exclusão *a priori* de ações, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção das normas garantidoras de direitos fundamentais.

Ao abordar o tema, Virgílio Afonso da Silva destacou (2006, p. 32):

A característica principal das teorias que pressupõe um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é a não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas.

A teoria do suporte fático amplo não faz exclusão *a priori* no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. De acordo com esta teoria, toda ação, estado ou posição jurídica que tiver, isoladamente, relação com o âmbito temático do direito fundamental estará protegida *prima facie*.

Essa corrente faz distinção entre a proteção *prima facie* e a proteção definitiva. Conforme exposto, todo acontecimento de relevância no mundo jurídico que tiver relação com o âmbito temático de um direito fundamental estará protegido *prima facie*.

A proteção definitiva só ocorre no caso concreto, oportunidade na qual o interprete/aplicador do direito deve analisar o caso e, se valendo do princípio da proporcionalidade, estabelecer se a ação, estado ou posição jurídica integra o âmbito de proteção do direito fundamental.

4. RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição adota o sistema de restrição legal a direitos fundamentais, conforme imperativo mandamental característico do moderno Estado Democrático de Direito.

Os direitos individuais somente podem ser restringidos por expressa previsão constitucional ou por lei com fundamento na própria Constituição. (MENDES, 2008, p. 302)

Canotilho (1997, p. 1142), ao abordar o tema das restrições legais de direitos fundamentais, qualifica como restrição direta ou imediata aquela estabelecida pela própria Constituição. Exemplo desta restrição é a prevista no artigo 5º, XVI, da Constituição brasileira que estipula que as reuniões deverão ser pacíficas, sem armas, sendo apenas exigido previamente a comunicação da autoridade competente.

Segundo o supracitado autor, a norma de restrição imediata ou direta possui uma estrutura garantidora e limitadora dos direitos individuais. Esta norma garante, constitui ou reconhece que determinada ação, estado ou posição jurídica está protegida pelo âmbito de proteção normativo do direito fundamental. Simultaneamente, esta previsão constitucional já estabelece uma restrição ao âmbito de proteção do direito fundamental constitucionalmente assegurado. (CANOTILHO, 1997, p. 1143)

Restrições indiretas ou mediatas são aquelas expressamente autorizadas por normas constitucionais, desde que veiculadas por meio de lei em sentido estrito. Exemplo desta categoria é a prevista no artigo 5º, XIII, da Constituição que assegura a liberdade ao exercício profissional, uma vez atendidas as qualificações profissionais que “a lei” estabelecer. (CANOTILHO, 1997, p. 1142)

As restrições indiretas ou mediatas possuem em sua estrutura normativa uma garantia ao âmbito de proteção do direito fundamental e uma autorização ao legislador para limitar o âmbito de proteção da norma de direito fundamental.

A teoria da interpretação sustenta que todas as restrições a direitos fundamentais seriam limitações imanentes. O legislador estaria vinculado a estes limites imanentes da norma de direito individual e sua atuação seria interpretar e “declarar” esses limites. (MENDES, 2008, p. 306)

Alexy (2008, p. 277) defende que o legislador não se limita a declarar os limites imanentes da norma de direito fundamental, mas, efetivamente, constrói tais limites, delimitando os âmbitos de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais.

Alexy (2008, p. 130) adota a classificação das restrições indiretas ou imediatas em reserva legal simples e reserva legal qualificada.

Na reserva legal simples, bastaria o legislador estar autorizado pelo constituinte a restringir o âmbito de proteção do direito fundamental. A lei editada pelo legislador não sofre limitações quanto ao conteúdo e a finalidade. Exemplo da reserva legal simples é o artigo 5º, VI, da Constituição que aduz que a liberdade de consciência e de crença são invioláveis, sendo assegurados o livre exercício dos cultos religiosos e garantido, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.

Na reserva legal qualificada, o constituinte estabelece condições especiais para o legislador restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental. Neste caso, o legislador deve buscar os fins pretendidos no texto constitucional se valendo dos meios adequados para atingir o objetivo orquestrado pelo constituinte. Conforme já mencionado neste trabalho, exemplo de reserva legal qualificada é a prevista no artigo 14, § 9º, da Constituição da República, na qual o constituinte previu o meio específico a ser utilizado para a previsão da restrição, a saber, lei complementar, bem como estabeleceu o fim específico a ser buscado pelo legislador infraconstitucional para produzir a norma legal limitadora, assegurar a moralidade no exercício dos mandatos eletivos.

Dentro dessa sistemática das restrições a direitos individuais, há uma categoria definida como limites imanentes ou limites constitucionais não escritos. (CANOTILHO, 1997, p. 1145)

O reconhecimento dos limites imanentes se justificaria como salvaguarda a outros direitos ou bens igualmente objetos de tutela jurídica.

Os limites imanentes não se fundamentariam em normas de caráter legal ou constitucional. (CANOTILHO, 1997, p. 1145)

Canotilho (1997, p. 1147), ao abordar o tema, defende a ideia de que os direitos individuais *prima facie* não estão sujeitos a restrições. Todavia, *a posteriori*, poder-se-ia chegar à necessidade de uma otimização racional.

Segundo o citado autor, a “*optibilização*” racional seria viável uma vez que os princípios possuem uma dimensão objetiva, o que possibilita a ponderação entre os

bens jurídico-constitucionais que esses princípios expressam. (CANOTILHO, 1997, p. 1147)

Não obstante, Canotilho (1997, p. 1147) ressalta que a ponderação entre bens jurídico-constitucionais parte da premissa de que: a) não há hierarquia normativa material entre normas constitucionais; b) a ponderação é feita através de bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos; c) não se presume que a “optibilização” racional, produto da ponderação, seja considerada uma intervenção arbitrária ou abusiva fora do âmbito de proteção do direito tutelado.

Ao se abordar o tema da restrição a direito fundamental é necessário expor as concepções acerca da relação entre o direito e suas restrições. Para tanto, é essencial a compreensão da distinção entre a teoria interna e a teoria externa.

5. TEORIA INTERNA E TEORIA EXTERNA

Pode-se afirmar, a partir do conteúdo apresentado, que os direitos fundamentais podem sofrer restrições.

Contudo, para a adequada percepção da interação entre um dado direito fundamental e suas eventuais restrições é imprescindível a compreensão das teorias interna e externa.

A teoria interna defende a ideia de que o direito e suas restrições ou limites formam um só objeto. Isto significa dizer que a definição de limite é interna ao direito. Tal teoria não admite interferências externas na delimitação dos limites. Segundo a teoria interna, os limites são imanentes ao direito. (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 37)

Essa teoria entende que os limites de um direito constituem o âmbito de proteção de um direito fundamental. Destarte, seria impossível definir-se o âmbito de proteção de um direito fundamental sem que estejam postas as restrições que incidem sobre ele. Em razão disso, nessa teoria, o conceito de *restrição* é comumente substituído pelo de *limite*, haja vista que, antes da “restrição” não haveria propriamente um âmbito de proteção já formado a ser restringido, havendo antes um direito fundamental carecedor de delimitação. (ALEXY, 2006, p. 277)

Diferentemente da teoria interna, a teoria externa entende que o direito e suas restrições não formam um único objeto, mas dois objetos – um objeto representado pelo direito e outro pelas suas restrições. No entanto, o conceito de direito e de restrição não estão necessariamente ligados. Isto se justifica pelo fato de que a relação existente entre o direito e sua restrição é uma relação de restrição. Deste modo, pode-se dizer que no primeiro plano há o direito em si, no segundo plano, o resultado da restrição do direito, o direito restringido. (ALEXY, 2006, p. 277)

A teoria externa defende que o direito pode ser concebido sem que haja restrições. O direito só sofrerá restrições por fatores externos ao direito.

Conforme expõe Robert Alexy (2006, p. 278):

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou como posições *prima facie*. Se se parte de posições

definitivas, então a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser.

A partir da análise das teorias externa e interna pode-se afirmar que a teoria interna é incompatível com a teoria dos princípios, pois esta teoria restringe posições definitivas, enquanto no modelo da teoria dos princípios o que é restringido são posições *prima facie*.

Isso posto, somente a teoria externa admite reconhecer os direitos constitucionalmente assegurados, entre eles a liberdade profissional, como mandados de otimização, isto é, como direitos *prima facie* ilimitados. Serão somente o exercício da reserva legal pelo legislador e as eventuais concordâncias práticas realizadas diante dos casos de colisão de direitos fundamentais que estabelecerão restrições aos direitos fundamentais.

Essa teoria traz a imprescindível vantagem de reconhecer eficácia protetiva às normas garantidoras de direitos fundamentais independentemente da existência de disciplina infraconstitucional regulamentando tais direitos.

Portanto, somente a teoria externa pode se coadunar com a própria idéia de Supremacia Constitucional, bem como com a de um Sistema de Direitos (realmente) Fundamentais, pois liberta a proteção de tais direitos da necessidade de prévia atuação do legislador infraconstitucional.

Assim, a liberdade de ação garantida por um direito fundamental existe a partir de sua mera previsão constitucional, ainda que careça de regulamentação legal.

A concordância prática em caso de colisão de direitos fundamentais diante dos casos concretos revelará novas restrições aos direitos fundamentais, possibilitando a harmonização dos direitos conflitantes. Todavia, a liberdade de ação dos titulares dos direitos envolvidos já estava garantida antes da colisão, ainda que o exercício conjunto de tais direitos possa gerar dúvidas quanto aos respectivos âmbitos de proteção, demandando uma delimitação prática, necessidade essa que não afasta a natureza fundamental dos direitos colidentes.

6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Segundo Alexy (2006, p. 120), o fundamento do princípio da proporcionalidade reside nos direitos fundamentais:

Ela pode ser chamada de “fundamentação a partir dos direitos fundamentais”. Outras fundamentações, como aquelas que se baseiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça, não são por ela excluídas. Na medida em que forem relevantes, são elas reforços bem vindos à fundamentação a partir dos direitos fundamentais.

Ao legislador foi outorgado o poder de conformação dentro dos limites previstos na Constituição (MENDES, 2008, p. 298). Este poder conferido ao legislador legitima a produção legislativa, desde que exercido dentro dos referidos limites. Todavia, é vedado o excesso de poder por parte do poder legislativo, quando a pretexto de conformação legal a produção legislativa ultrapassa os limites constitucionais.

A violação ao princípio da proporcionalidade representa um exemplo desse excesso de poder por parte do poder legislativo.

O excesso de poder legislativo é um dos temas que mais repercutem na esfera do controle de constitucionalidade.

Nesse ponto, eis as palavras de MENDES (2008, p. 330):

A aferição de constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata em decisão do *Bundesverfassungsgericht* na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, concluiu-se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada.

Vale ressaltar que no Direito português o princípio da proporcionalidade, ganha a denominação de princípio da proibição de excesso e foi contemplado na Constituição no artigo 18º, 2, que segue:

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Do exposto, é correto afirmar que em se tratando de restrição a direitos fundamentais a norma restritiva deve ser compatível tanto sob o prisma da reserva legal quanto sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

Essa afirmativa trouxe ao princípio da reserva legal uma nova perspectiva: que as condutas legislativas devem-se pautar pelo princípio da proporcionalidade. Assim, cunhou-se o termo *princípio da reserva legal proporcional*. Conforme exposto a seguir:

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). (MENDES, 2008, p. 331)

O princípio da proporcionalidade se subdivide em outros subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A não-satisfação dos subprincípios tem como consequência jurídica uma ilegalidade. (ALEXY, 2008, p. 117)

O subprincípio da adequação aduz que a intervenção estatal deve ser apta a atingir os objetivos pretendidos, conforme exposto a seguir:

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestadamente inadequado ou desnecessário” (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*). (MENDES, 2008, p. 332)

O subprincípio da necessidade diz que o meio empregado deve ser o menos gravoso para se atingir os objetivos almejados, conforme diz Mendes (2008, p. 332): “Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.”

Importante ressaltar que quando se constatar que o meio é o menos oneroso para se alcançar a finalidade pretendida isto significa dizer que o subprincípio da adequação foi satisfeito. Por isso, é correto afirmar que o que é necessário não pode ser considerado inadequado. (MENDES, 2008, p. 332)

Depois de superada a etapa da adequação e da necessidade se passa ao terceiro elemento do princípio da proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito é o último subprincípio da proporcionalidade em sentido amplo. Este subprincípio aduz que os benefícios da solução jurídica apresentada devem ser maiores que os ônus emanados dessa solução.

Esse subprincípio parte da premissa de que todas as normas constitucionais têm o mesmo *status* hierárquico. Não obstante, os princípios constitucionais carregam consigo um caráter objetivo. Com isso, pode-se dizer que os princípios constitucionais, do ponto de vista abstrato, podem ter pesos diferentes.

O sopesamento deve ser realizado considerando todas as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Somado a isto, deve-se considerar no juízo de ponderação o grau de interferência sobre o direito preterido e a confiabilidade das premissas empíricas que servem de base argumentativa para a solução proposta. (MENDES, 2008, p. 285)

Conforme se observa nos trechos que seguem:

Alexy fala, aqui, da primeira lei da ponderação segundo a qual quanto maior o grau de não-satisfação de um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o princípio conflitante. Essa avaliação se desenvolve em três estádios. No primeiro, busca-se estabelecer o grau de não-satisfação ou de detrimento ao princípio que tende a ser relegado no caso concreto. No momento seguinte afere-se a importância de satisfazer o princípio que tende a prevalecer. No terceiro instante, apura-se a importância de satisfazer um dos princípios justifica o prejuízo a ser carregado ao outro princípio colidente (Robert Alexy, On balancing and subsumption. A structural comparison, *Ratio Juris*, v. 16, n.4, p. 436-437, dez. 2003). (MENDES, 2008, p. 285)

Alexy se refere a uma segunda lei de ponderação ou à lei epistemológica da ponderação. Por ela, quanto mais intensa a interferência sobre um direito constitucional, maior deve ser o grau de certeza das premissas que os justificam (On balancing ..., *Ratio Juris*, cit., p. 446-447). (MENDES, 2008, p. 286)

A ponderação deve ser analisada sob três aspectos: o primeiro deles se refere à intensidade da intervenção; o segundo se refere aos fundamentos desta intervenção; e o terceiro se refere à ponderação em sentido estrito. (MENDES, 2008, p. 302)

Conforme segue trecho da obra, que segue:

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção'. (MENDES, 2008, p. 302)

Canotilho ao abordar o tema chega a seguinte conclusão, que segue:

A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Müller), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: princípio da concordância prática (Hesse); ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes (Lerche). (CANOTILHO, 1997, p. 1141)

Por outro lado, cumpre ressaltar que a total ausência de regulamentação infraconstitucional também pode significar uma afronta ao princípio da proporcionalidade.

A insuficiência de uma suficiente regulamentação legal afronta o princípio da proporcionalidade, não na sua tão conhecida perspectiva de proibição do excesso, mas na de *proibição de proteção deficiente ou insuficiente*. (CANARIS, 2003, p. 173)

Tal violação decorre do fato de que a tarefa de legislar, comporta o dever de estabelecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os quais, como é óbvio, não tem existência meramente subjetiva.

O legislador tem o dever de definir satisfatoriamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois isso é imprescindível para construir uma proteção efetiva desses direitos contra a intervenção de terceiros, além de publicizar o conteúdo normativo do direito, tornando mais seguro seu regular exercício (STF, 2008).

Negligenciar esse dever ou realizá-lo de forma insuficiente, põe em risco os direitos fundamentais, ofendendo o princípio da proibição da proteção insuficiente.

Portanto, o princípio da proporcionalidade impõe ao Estado o dever de, *também através da produção legislativa*, proteger os direitos fundamentais (STF, 2008).

Nesse sentido, o exercício de algumas profissões demandam uma regulamentação mínima, haja vista o potencial lesivo a bens jurídicos alheios. Imagine-se, por exemplo, as possíveis consequências para os direitos fundamentais de terceiros de uma total ausência de regulamentação legal para o exercício da atividade médica.

7. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O TEMA

Nesta primeira parte do trabalho foi dada ênfase a parte teórica tendo como ponto de partida a teoria dos princípios. A próxima parte deste trabalho consistirá na análise da fundamentação das decisões do STF, quais sejam: o Recurso extraordinário 511.961/SP e o Recurso extraordinário 414.426/SC.

7.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426/SC

O Recurso Extraordinário 411.426/SP foi interposto pela Ordem dos Músicos do Brasil (OMB) contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Nesse acórdão, o Tribunal decidiu que a atividade de músico independe de qualquer registro ou licença.

A Lei nº 3.857/60, que regulamenta a profissão de músico 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.

Segundo a Ordem dos Músicos do Brasil (OMB) os desembargadores federais negaram vigência aos artigos 5º, incisos IX e XIII, 170 e 220, todos da Constituição que seguem:

Artigo 5º. (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 220. 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.

O Supremo Tribunal Federal julgou por unanimidade a matéria, negando provimento ao recurso.

A Ministra relatora Ellen Gracie destacou em seu voto que a regra geral adotada na Constituição de 1988 é a liberdade de exercício profissional, sendo as restrições casos excepcionais.

A Relatora ressaltou que as restrições ao exercício profissional têm por finalidade preservar o interesse coletivo contra possíveis danos decorrentes da atividade. Ela afirmou ainda que a restrição ao exercício de atividade profissional deve ter como critério restritivo o caráter técnico e científico da atividade e eventuais riscos de danos a terceiros que a ausência de uma formação técnica e regulamentação da atividade podem acarretar.

Segundo ela, a atividade de músico não representa risco a terceiros. Isto posto, a Ministra afirmou que a liberdade deve prevalecer.

A relatora destacou que a profissão de músico, assim como a de jornalista, está intimamente relacionada com as liberdades de expressão e artística. Afirmou que as liberdades de expressão e artística estão asseguradas em diversos artigos da Constituição, destacando os artigos 5º, inciso IX e 220 da Constituição, já mencionados no tópico anterior.

Eis um trecho do voto da Ministra Relatora:

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. (RE 414. 426, p. 91)

No caso em tela, a Corte Suprema ratificou o posicionamento jurisprudencial no sentido de que as restrições a direitos fundamentais devem respeitar a máxima da reserva legal proporcional.

Portanto, afere-se que esse precedente constitucional se coaduna com a teoria dos princípios apresentada neste trabalho, tendo sido resultado de uma compreensão do direito fundamental à liberdade profissional como princípio ilimitado *prima facie*, cujas restrições, tais como a qualificação de inscrição em uma ordem profissional como requisito para a atuação laboral, têm natureza externa, incidindo sobre um direito de eficácia plena e imediata.

Ademais, no presente julgado, a delimitação do âmbito de proteção do referido direito fundamental é corroborada pelo princípio da proporcionalidade, haja vista que os possíveis efeitos maléficos do embaraço às liberdades de expressão e artística em muito ultrapassariam os eventuais benefícios que pudessem decorrer da obrigatoriedade de inscrição na ordem dos músicos como condicionante para a atuação profissional como músico.

Importante destacar que tramita no STF a ADPF 183, na qual a Procuradoria Geral da República requer a não-recepção de vários dispositivos da Lei 3.857/60 por eventual incompatibilidade com os incisos IV, IX e XIII do artigo 5º da Constituição. A referida ação não foi julgada. (RE 414.426, p. 88).

7.2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 511.961/SP

O Recurso Extraordinário 511.961/SP foi interposto pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo – SERTESP, este na condição de assistente simples, contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos da Ação Civil Pública nº 2001.61.025946-3.

Na Ação Civil Pública nº 2001.61.025946-3 o Ministério Público Federal defendeu a tese de que o artigo 4º, inciso V, do decreto-lei nº 972/1969 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O referido artigo exige diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, como requisito para o exercício da profissão de jornalista.

Eis o texto do dispositivo questionado pelo *Parquet*:

Art. 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a 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.

Art. 6º As funções desempenhadas pelos jornalistas profissionais, como empregados, serão assim classificadas:

a) Redator: aquele que além das incumbências de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários;

b) Noticiarista: aquele que tem o encargo de redigir matéria de caráter informativo, desprovida de apreciação ou comentários;

c) Repórter: aquele que cumpre a determinação de colher notícias ou informações, preparando-a 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 ocorram, assim como o comentário ou crônica, pelos mesmos veículos;

f) Arquivista-Pesquisador: aquele que tem a incumbência de organizar e conservar cultural e 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 matéria jornalística; (Decreto-lei 972/1969)

Os principais argumentos que sustentaram a tese apresentada pelo Ministério Público Federal foram: a) o legislador não pode se valer do poder de conformação para fazer exigências indevidas ou não razoáveis ao estabelecer condições para o exercício da liberdade de exercício profissional; b) a exigência de diploma de curso superior de jornalismo como requisito para o exercício da profissão de jornalista viola o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O juiz da 16ª Vara Cível Federal de São Paulo ao julgar a lide proferiu sentença na qual julgou parcialmente procedente os pedidos do Ministério Público Federal e concluiu que não é cabível a exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reformou a sentença e proferiu acórdão aduzindo que o diploma de curso superior de jornalismo é requisito para o exercício da profissão de jornalista.

Feito breve relato dos fatos, passar-se-á a análise da fundamentação dada pelo Supremo Tribunal Federal neste caso.

Neste momento será analisada a matéria de mérito do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso. Não será dada ênfase a questões preliminares suscitadas no processo, tais como legitimidade do Ministério Público Federal para propositura da ação civil pública e cabimento da ação civil pública como instrumento para suscitar o controle de constitucionalidade.

O Ministro Gilmar Mendes começa seu voto expondo que a questão principal a ser decidida na ação civil pública se refere à constitucionalidade da exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

O Ministro relator destaca que para se chegar a uma posição conclusiva é necessária a delimitação do âmbito de proteção da liberdade ao exercício profissional prevista no artigo 5º, XIII, da Constituição, conforme segue:

(...) a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e a identificação das reservas legais de índole restritiva. (RE 511.961, p. 739)

O Ministro afirma que o artigo 5º, XIII, da Constituição é um exemplo de reserva legal qualificada.

Conforme exposto neste trabalho, na reserva legal qualificada a Constituição prescreve as condições especiais, os fins pretendidos e os meios empregados para se estabelecer as restrições, conforme segue:

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 reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, 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. (RE 511.961, p. 741)

Dando prosseguimento ao seu voto, o Ministro relator ressaltou que a doutrina constitucional mais moderna não se restringe à análise da legalidade das restrições a direitos fundamentais.

Faz-se imperioso analisar a restrição imposta ao direito fundamental sob a ótica do princípio da proporcionalidade, inclusive como instrumento de aferição da adequação entre a restrição imposta e o alcance dos fins pretendidos.

Seguindo essa linha de raciocínio, o relator concluiu que o princípio da proporcionalidade é o instrumento apto para se aferir se a medida restritiva, qual seja, a exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista é constitucional.

O Ministro destacou que a Corte Suprema tem entendimento firmado que as restrições legais ao exercício de atividade profissional deverão versar sobre as qualificações profissionais. Isto significa dizer que a regra é a liberdade no exercício profissional. As restrições são situações excepcionais e devem demonstrar que o livre exercício da profissão representa dano efetivo ou potencial lesivo à sociedade.

Nesse sentido, o relator transcreveu em seu voto o parecer do Ministro Eros Grau, que segue:

“(...) a profissão de jornalista não reclama qualificações profissionais específicas, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos; ou, em outros termos, o exercício da profissão de jornalista não se dá de modo a poder causar danos irreparáveis ou prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas. Dir-se-á, eventualmente, que a atuação do jornalista poderá, sim, prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa da vítima, quando, por exemplo, uma notícia não verídica, a respeito determinada pessoa, vier a ser divulgada. Sucede que esse não é um risco inerente à atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista frequente regularmente um curso de formação profissional, na qual deva obter aprovação. Estamos no caso, diante de uma patologia semelhante à que se manifesta quando um motorista atropela deliberadamente um seu desafeto ou quando, em uma página de romance, o cozinheiro introduza veneno no prato a ser servido a determinado comensal. Ainda que o regular exercício da profissão de motorista coloque em risco a coletividade, o exercício regular da profissão de cozinheiro, como da profissão de jornalista, não o faz. De qualquer forma, nenhuma dessas patologias poderá ser evitada mediante qualificação profissional, que não tem o condão de conformar o caráter de cada um. De outra parte, a divulgação de notícia não verídica por engano, o que não é corrente, decorre de causas estranhas à qualificação profissional de jornalista; basta a atenção ordinária para que erros desse tipo sejam evitados.” (RE 511.961, p. 753-754)

Diante dessas considerações, o relator afirma que as qualificações profissionais a que se refere o artigo 5º, XIII, da Constituição somente podem ser

exigidas quando a profissão representar dano à sociedade ou prejuízo direto a direito de terceiros, sem culpa da vítima, conforme segue:

(...) a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou a vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto as condições de capacidade técnica para o seu exercício. Eventuais riscos ou danos efetivos a terceiros causados pelo profissional do jornalismo não seriam inerentes à atividade e, dessa forma, não seriam evitáveis pela exigência de um diploma de graduação. (RE 511.961, p. 755)

O Ministro Gilmar Mendes destaca que ao analisar o artigo 4º, inciso V, do decreto-lei 972/1969 sob o crivo do princípio da proporcionalidade a referida norma não satisfaz sequer o subprincípio da adequação. Conforme mencionado neste trabalho o princípio da adequação aduz que a intervenção estatal deve ser apta para atingir os objetivos pretendidos. O relator conclui que o diploma de ensino superior no curso de jornalismo não é meio apto para evitar riscos ou danos efetivos a terceiros.

O Ministro ressaltou em seu voto que eventuais violações aos direitos de personalidade, como a honra e a intimidade, não representam riscos inerentes à profissão de jornalista. Estes eventuais atos decorrem do exercício abusivo e antiético da profissão, devendo o responsável ser responsabilizado civil e penalmente, conforme segue:

Representam, portanto, um problema ético, moral, penal e civil, que não encontra solução na formação técnica do jornalista. Dizem respeito, antes, à formação cultural e ética do profissional, que pode ser reforçada, mas nunca completamente acabada, nos bancos de uma faculdade. (RE 511.961, p. 756-757)

O Ministro ressaltou em seu voto que a exigência de diploma de curso superior de jornalismo é manifestamente inconstitucional por afronta ao artigo 5º, incisos IV, IX, XIV, da Constituição.

Apontou o relator que a profissão de jornalismo está intimamente ligada às liberdades de expressão e informação, conforme segue:

O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da

informação de forma contínua, profissional e remunerada. (RE 511.961, p. 758)

Em virtude das peculiaridades da profissão de jornalista o relator destacou que o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição tem que ser analisado concomitantemente com os artigos 5º, incisos IV, IX e XIV e artigo 220 da Constituição, que seguem:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
Artigo 220 - 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;
§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Após essas considerações, o relator assinalou que a interpretação conjunta desses artigos leva ao entendimento que as restrições à liberdade de expressão e informação são excepcionais, somente sendo admitidas em vista de outros valores constitucionalmente assegurados. Citou, ainda, que a Corte Suprema ao julgar a ADPF 130, declarou que a lei 5.250/1967 (lei de imprensa) não foi recepcionada pela Constituição, uma vez que a Carta Magna veda restrições ao exercício da liberdade de expressão e informação, conforme artigo 220, §1º, da Constituição.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes constantes em seu voto:

No recente julgamento da ADPF nº 130, rel. Ministro Carlos Britto, na qual se declarou a não recepção da Lei Imprensa (Lei nº 5250/1967), o Tribunal enfaticamente deixou consignado o entendimento segundo o qual as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente poderiam ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionalíssimas, 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. (RE 511.961, p. 759)

Dando continuidade ao seu voto o relator destacou que não cabe ao Estado a criação de agências reguladoras (autarquias) para fiscalizar a profissão de jornalista.

Segundo o relator, depreende-se a partir de uma interpretação sistemática da Constituição que a forma constitucionalmente adequada de fiscalização e controle da atividade jornalística é a autorregulação.

O relator finalizou seu voto ressaltando que a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, manifestou entendimento no sentido de que a exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão jornalista, bem como a inscrição na ordem de classe que regulamenta esta profissão representa uma violação ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que segue:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Diante do exposto, o relator concluiu que o artigo 4º, inciso V, do decreto-lei 972/1969 não foi recepcionado pela Constituição de 1988 e, portanto, a exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão não é compatível com a nova ordem constitucional.

Importante mencionar que neste julgamento os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Carmem Lúcia, Ellen Gracie, Eros Grau e Ricardo Lewandowski, acompanharam o voto do Ministro relator e decidiram que o artigo 4º, inciso V, do decreto-lei 972/1969 não foi recepcionado pela Constituição de 1988. O Ministro Marco Aurélio foi voto vencido.

Tendo em vista a posição divergente do Ministro Marco Aurélio, será feita uma análise de seu voto.

O Ministro Marco Aurélio inicia seu voto apontando, que do ponto de vista formal, não há inconstitucionalidade superveniente na matéria alegada.

Ponderou o Ministro que desde a vigência do decreto-lei 972/1969 a sociedade se organizou como um todo para dar cumprimento a suas normas. Ressaltou, ainda, que o artigo 4º, inciso V, do decreto-lei 972/1969 não viola o artigo 220, §1º, da Constituição, uma vez que não cerceia a liberdade de expressão e informação, ao revés, estabelece requisito essencial para o exercício da profissão de jornalista, o diploma de ensino superior no curso de jornalismo.

Eis um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

Hoje, há uma profissão, um segmento organizado, com sistema sindical próprio. Indago: no tocante à profissão de jornalista, a exigência do inciso V do artigo 4º - observado, imagino, porque tenho de presumir que os diplomas legais sejam observados, durante quarenta anos – é extravagante? Deixa de atender a exigência da sociedade, em termos de veiculação de ideias, em termos do que é estampado diariamente nos veículos de comunicação? Tem-se uma cláusula que pode ser rotulada como desproporcional, a ponto de ser declarada incompatível com o artigo 220, § 1º, e mais especificamente, com o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal? A resposta, para mim, é negativa. (RE 511.961, p. 822)

Destacou o Ministro que a exigência legal de diploma no curso superior de jornalismo representa uma segurança jurídica para a sociedade, uma vez que estabelece critérios técnicos de capacitação dando subsídios para o exercício da profissão.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, ao longo de seu voto se valeu da teoria dos princípios e conseqüentemente do princípio da proporcionalidade para julgar a questão.

Com tais instrumentais, necessária é a conclusão de que a exigência de diploma de ensino superior para o exercício da atividade jornalística não se mostra compatível com a ordem constitucional vigente.

O relator destacou que a exigência não satisfaz sequer o subprincípio da adequação.

Não obstante, foi apontado que a Constituição veda expressamente qualquer meio de restrição às liberdades de expressão e informação, de acordo com o artigo 220, § 1º, da Constituição.

O relator concluiu, portanto, que a obtenção de diploma de ensino superior em jornalismo ou comunicação social como requisito para a atuação como jornalista é

manifestamente inconstitucional, por afronta ao artigo 5º, incisos IV, IX e XIV e artigo 220, da Constituição.

8. CONCLUSÃO

A teoria dos princípios constitui importante ferramenta de salvaguarda dos direitos fundamentais.

Especificamente, este trabalho analisou duas decisões, proferidas no Recurso Extraordinário 511.961/SP e no Recurso Extraordinário 411.426/SC.

Da análise das decisões proferidas nos referidos recursos pode-se observar a incidência da teoria dos princípios nas fundamentações adotadas pelos Ministros. A teoria dos princípios ficou mais evidenciada no julgamento do RE 511.961/SP oportunidade na qual o Ministro Gilmar Mendes abordou a temática da restrição a direitos fundamentais.

A matéria levantada no RE 411.426/SC teve a questão de fundo similar à matéria alegada no RE 511.961/SP. Em ambos os casos, a análise deu-se sobre o direito fundamental ao livre exercício profissional.

A Corte Suprema ao julgar os recursos posicionou-se no sentido de que as restrições ao exercício de atividade profissional somente poderão ocorrer em casos excepcionais, que se justifiquem pela exigência de capacitação técnica e científica para o exercício de determinada profissão.

A temática relativa ao direito fundamental de liberdade de exercício profissional é de fundamental importância, tendo em vista sua imediata repercussão sobre a fonte de subsistência dos titulares dos direitos constitucionalmente assegurados.

Cabe destacar que, recentemente, a Corte Suprema ao julgar o Recurso Extraordinário 603.583/RS, em que se questionou a constitucionalidade do exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) como requisito essencial para o exercício da advocacia, manifestou entendimento no sentido de que a exigência do exame não viola o artigo 5º, XIII, da Constituição.

No presente estudo, buscou-se demonstrar que a necessária compatibilização entre a proteção da sociedade e a efetividade da liberdade profissional, demanda uma compreensão constitucionalmente adequada da técnica de restrição a direitos fundamentais, bem como das diferentes teorias que regem a delimitação e harmonização entre tais direitos.

Somente uma compreensão constitucional sistemática e teoricamente fundamentada das possibilidades de restrições a direitos fundamentais pode impedir

que as exigências para o exercício profissional, bem como as decisões sobre a constitucionalidade de tais exigências sejam fruto de juízos casuísticos.

Nestes termos, é imperioso concluir que a teoria externa de restrição aos direitos fundamentais é a constitucionalmente adequada, haja vista ser ela a que se coaduna com a percepção dos direitos fundamentais a partir de uma teoria dos princípios.

Conclui-se ainda o acerto das decisões do Supremo Tribunal Federal nos analisados Recursos Extraordinários uma vez que, ainda que não expressamente, fundamentaram-se em uma compreensão da imposição de restrições a direitos fundamentais baseada na teoria externa.

Contudo, a garantia da proteção da liberdade profissional não deve ser confundida com a necessidade de ausência de condicionantes para o exercício profissional, haja vista o risco que a atuação de certos profissionais pode representar para outros direitos fundamentais como a saúde, integridade física, segurança e incolumidade públicas.

Por todo o exposto, as decisões do STF nos REs 411.426/SC e 511.961/SP evidenciam o mais correto entendimento sobre a produção legislativa de restrições ou limites a direitos fundamentais, bem como sobre a elaboração legal de qualificações condizentes com o princípio da proporcionalidade, seja quanto a proibição do excesso, seja quanto a proibição da proteção insuficiente, visto que o STF não afastou a hipótese de, por via legal, serem instituídas qualificações profissionais, como parece ser, aliás, o escopo do art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

9. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo nº 217, jul/set, Rio de Janeiro, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 414.426**. Relatora: Ministra Elen Graice. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 3.510**. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/09/2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1997

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado. nº 4 out/dez de 2006.