

01/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.(s) : ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - CONSELHO
REGIONAL DE SANTA CATARINA
ADV.(A/S) : AVANI SERAFIM DE SANTANA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : RAFAEL VICENTE ROGLO DE OLIVEIRA

DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO
PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE
INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE.
ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO.

Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 1º de agosto de 2011.

Ministra Ellen Gracie
Relatora



18/10/2005

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426-3 SANTA CATARINA

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
RECORRENTE(S)	: ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - CONSELHO REGIONAL DE SANTA CATARINA
ADVOGADO(A/S)	: AVANI SERAFIM DE SANTANA E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S)	: MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S)	: RAFAEL VICENTE ROGLIO DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

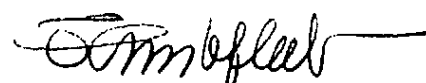
A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que decidiu, com fundamento no art. 5º, incisos IX e XIII, da Constituição Federal, que a atividade de músico não depende de qualquer registro ou licença e que a sua livre expressão não pode ser impedida por interesses da OMB – Ordem dos Músicos do Brasil. O Tribunal *a quo* entendeu, também, que o órgão de classe tem meios próprios para executar anuidades devidas, sem vincular sua cobrança à proibição do exercício da profissão de músico.

2. A recorrente, Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina, sustenta, em resumo, a inadequação do *mandamus* contra a lei em tese e a afronta aos arts. 5º, IX, XIII, e 170, parágrafo único, da Carta Maior. Argumenta, mais, que o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho está condicionado pelas referidas normas constitucionais às qualificações específicas de cada profissão. No caso dos músicos, a Lei 3.857/60 estabelece essas restrições. Ademais, diz, ainda, que a Ordem dos Músicos do Brasil possui poder de polícia.

3. Não foram apresentadas contra-razões (fl. 295 v.).

4. A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento.

É o relatório.



VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. Os impetrantes, em mandado de segurança deferido perante o juízo federal de primeiro grau e confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, impugnam ato concreto da Ordem dos Músicos do Brasil que proibiu os integrantes de banda musical de se apresentarem sem portar as carteiras profissionais e comprovar o pagamento das contribuições à ordem de classe. Não se trata, pois, de insurgência contra lei em tese, como sustenta a recorrente, mas contra ato concreto de fiscalização emanado da Ordem dos Músicos do Brasil. Adequada é, pois, a via do mandado de segurança.

2. Verifico, por outro lado, que a afronta ao art. 170 da Constituição Federal não foi objeto de debate pelo acórdão recorrido. Incidem os óbices das Súmulas STF nº 282 e 356.

3. Com relação à invocada ofensa aos incisos IX e XIII do art. 5º da Constituição Federal, que foram prequestionados, observo que a liberdade de exercício de profissão neles assegurada já encontrava previsão no art. 141, § 14, da Constituição Federal de 1946, assim como na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969¹.

É verdade que a Constituição em vigor, assim como as anteriores, ao garantir a liberdade do exercício de profissão, não o fez de forma absoluta. A liberdade está sujeita às qualificações profissionais que a lei exigir. Essa limitação há que ser posta, entretanto, sempre, com vistas ao interesse público. Nunca aos interesses de grupos profissionais.

¹ Constituição Federal de 1988.

Art. 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;

Constituição Federal de 1946.

Art. 141. (...)

§ 14. É livre o exercício de qualquer trabalho, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Constituição Federal de 1967, não alterada pela Emenda Constitucional 1/69.

Art. 153. (...)

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

A propósito, ensina Sampaio Dória:

“A lei, para fixar as condições de capacidade técnica, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar o desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para o exercício de determinadas profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas” (Comentários à Constituição de 1946, v. IV, p. 637)

Nesse mesmo sentido, entre outros, também Celso Ribeiro Bastos (*Comentário à Constituição do Brasil*, v. 2, Editora Saraiva, 1988).

Sob tal perspectiva, as exigências de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil e de o afiliado estar em dia com o pagamento de anuidade ferem o livre exercício da profissão.

Foi o que, sob a égide da Constituição anterior, decidiu esta Corte, no julgamento da Representação 930-DF, em que foi examinado tema semelhante. Naquela ocasião, foi declarada, por maioria, a inconstitucionalidade da lei que impediu o exercício da profissão aos que não estivessem inscritos no Conselho Federal dos Corretores de Imóveis. O Ministro Rodrigues Alckmin, após excepcionar a legitimidade e a constitucionalidade de Ordens relativas a profissões que reclamam condições especiais de capacidade, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, disse:

“Assim, a exigência de registro num Conselho ou Ordem profissional é absolutamente inconstitucional, porque não há qualquer função pública legítima, de fiscalização dessa profissão, que possa ser atribuído a esse Conselho. Ele permaneceria, assim, como uma superada corporação de ofício, sem desempenhar qualquer função de interesse público que pudesse justificar-lhe a criação, a pretender monopolizar o exercício de uma atividade vulgar. A admitir tal Conselho, todas as atividades, a pretexto de reclamarem moralidade ou honestidade de suas exercentes, se viriam a constituir em Ordens profissionais. E teríamos ressuscitadas, com seus monopólios e privilégios, na sua forma anti-democrática de “recherche de leurs intérêts au détriment de la société générale”, as corporações de ofício.”

(...)

“E não pode a Ordem invocar o poder de polícia do Estado (porque não há legitimidade na regulamentação da profissão) para exigir o aludido registro. Outrossim, como simples associação de classe, não pode a lei impor que nela ingressem os que queiram exercer a atividade (...).”

(...)

“Afastado o exaltado individualismo da Revolução Francesa, em que a lei Le Chapelier visava a impedir que os profissionais se entendessem ou deliberassem na “défense de leurs prétendus intérêts communs”, admitida a legitimidade das associações profissionais livres, para a defesa desses interesses; admitido que o Estado, sob a inspiração do interesse público, regularmente e fiscalize o exercício de determinadas profissões; cumpre jamais perder de vista que essa regulamentação somente poderá legitimar-se, num regime democrático, quando vise, realmente, a satisfazer ao bem público. Permitir que, sob color de regulamentar profissão, se criem, sob a forma de Ordens profissionais, novas corporações de ofícios, para monopólio de certas atividades e para a consecução de privilégios; para restringir o número de profissionais, em benefícios de alguns, ou pra impedir ou dificultar o exercício de uma atividade vulgar, que o interesse público dispensa regulamentada, é um retrocesso incompatível com o regime constitucional em que vivemos.”

4. Na hipótese da música, a livre expressão artística é de sua essência. No seu exercício, com muito mais razão que no que diz respeito ao corretor de imóvel, a atividade é de ser exercida independente de censura ou licença. A obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil para os profissionais da música que se apresentem profissionalmente equivale à exigência de licença expressamente proibida pelo art. 5º, IX, da Constituição Federal em vigor. Já a exigência de comprovação de pagamento de anuidade é ainda mais despropositada também porque, como acentuou o acórdão recorrido, a Ordem dos Músicos do Brasil tem outros meios legais para efetuar a cobrança.

5. **Nego provimento** ao recurso.



Ministra Ellen Gracie

/isl

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426-3

PROCED.: SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S): ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - CONSELHO REGIONAL DE SANTA CATARINA

ADV.(A/S): AVANI SERAFIM DE SANTANA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): RAFAEL VICENTE ROGLIO DE OLIVEIRA

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra-Relatora, conhecendo do recurso e lhe negando provimento, no que foi acompanhada pelo Ministro Joaquim Barbosa, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou, pela recorrente, o Dr. Avani Serafim de Santana. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. **2ª Turma**, 18.10.2005.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

17/11/2009**SEGUNDA TURMA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA**

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.(S)	: ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - CONSELHO REGIONAL DE SANTA CATARINA
ADV.(A/S)	: AVANI SERAFIM DE SANTANA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: RAFAEL VICENTE ROGLO DE OLIVEIRA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Na verdade, diante do caso, que nós já julgamos, sobre o diploma de jornalista, o tema é realmente similar à questão da ordem dos músicos, e tendo em vista que se trata de discussão exatamente sobre a incidência do inciso XIII, da profissão, a liberdade profissional, estou propondo que a matéria seja submetida ao Plenário.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426**

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S) : ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - CONSELHO REGIONAL DE SANTA CATARINA

ADV.(A/S) : AVANI SERAFIM DE SANTANA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RAFAEL VICENTE ROGILIO DE OLIVEIRA

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra-Relatora, conhecendo do recurso e lhe negando provimento, no que foi acompanhada pelo Ministro Joaquim Barbosa, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou, pela recorrente, o Dr. Avani Serafim de Santana. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. **2ª Turma**, 18.10.2005.

Decisão: A Turma, acolhendo proposta do Ministro Gilmar Mendes, deliberou afetar ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento do presente feito. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 17.11.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Compareceu à Turma o Senhor Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

01/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.(S)	: ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - CONSELHO REGIONAL DE SANTA CATARINA
ADV.(A/S)	: AVANI SERAFIM DE SANTANA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: RAFAEL VICENTE ROGLO DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que decidiu, com fundamento no art. 5º, IX e XIII, da Constituição Federal, que a atividade de músico não depende de qualquer registro ou licença e que a sua livre expressão não pode ser impedida por interesses da OMB – Ordem dos Músicos do Brasil.

O Tribunal *a quo* entendeu, ainda, que o referido órgão de classe tem meios próprios para executar anuidades devidas, sem vincular sua cobrança à proibição do exercício da profissão de músico.

A recorrente, Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina, sustenta, em resumo, a inadequação do *mandamus* contra a lei em tese e a afronta aos arts. 5º, IX, XIII, e 170, parágrafo único, da Carta Maior.

Argumenta, ademais, que o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho está condicionado pelas referidas normas constitucionais às qualificações específicas de cada profissão. No caso dos músicos, a Lei 3.857/60 estabelece essas restrições. Sustenta, ainda, que a Ordem dos Músicos do Brasil possui poder de polícia.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 295 v.).

RE 414.426 / SC

A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento.

Iniciado o julgamento na Segunda Turma, em sessão realizada em 18.10.2005, proferi voto no qual conhecia do recurso e negava-lhe provimento, no que fui acompanhada pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa. Nessa mesma assentada, pediu vista o eminente Ministro Gilmar Mendes.

Na sessão de 17.11.2009, a Segunda Turma voltou a apreciar o feito, oportunidade na qual aquele Órgão Fracionário, acolhendo questão de ordem suscitada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, deliberou afetar a este Plenário o julgamento do presente recurso.

É o relatório.

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, inexiste 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. INTERPRETAÇÃO 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.

01/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Acompanho integralmente o voto da Ministra Ellen Gracie, na forma também do parecer exaustivo do Ministério Público exarado e subscrito pela eminente Procuradora Sandra Cureau aqui presente.

01/08/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, acompanho integralmente o belo voto da Ministra Ellen Gracie, acrescentando que o artigo 215 da Constituição garante a todos os brasileiros o acesso aos bens da cultura. E as manifestações artísticas, inegavelmente, integram esse universo.

01/08/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA****VOTO**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, a Constituição, no inciso IX do artigo 5º, deixa claro:

"Art. 5º

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

E, no caso da música, sem dúvida de que estamos diante de arte pura, talvez a mais sublime de todas as artes.

Tenho para mim que a exigência dessa inscrição num instituto, numa autarquia reguladora da chamada "profissão de músico", implica um cerceamento dessa criação, dessa liberdade de criação que deve ser protegida pelo Direito, como de fato é protegida pela Constituição. Também sou contra esse tipo de cerceamento, ainda que oblíquo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Britto, Vossa Excelência me permite um aparte? Vossa Excelência é um conhecido e bem dotado poeta. Já imaginou se houvesse uma ordem brasileira dos poetas e Vossa Excelência só pudesse exercer o seu mister se pagasse uma taxa?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ou dos pintores ou dos escultores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Poetas, pintores, escritores.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Esse cerceamento, ainda que oblíquo, parece-me contraindicado e rechaçado, até veementemente, pela Constituição Federal.

Acompanho o belo voto da eminente Relatora.

01/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, no voto que eu havia preparado, invoco os fundamentos que expendi em torno da questão, hoje bastante controvertida, da liberdade de profissão dos jornalistas, mostrando que este Tribunal talvez tenha tido poucas oportunidades de se manifestar sobre essa temática que, hoje, é a da aplicação do artigo 5º, inciso XIII.

O Ministro Britto chama atenção, também, para a discussão sobre a liberdade de expressão da atividade artística na espécie. Mas eu lembro que, talvez, o julgamento fundante, entre nós, da doutrina da proporcionalidade – Representação nº 930, salvo engano, da relatoria do Ministro Rodrigues Alckmin –, já invocava a ideia de que, aqui, estamos diante – no inciso XIII e na norma que a precedera –, de uma reserva legal qualificada: exige-se que a intervenção do Estado somente se dê quando, de fato, se impuser algum tipo de tutela.

No caso, salvo engano, discutia-se a regulamentação da profissão de corretor de imóvel e dizia-se que, por mais que seja, como qualquer outra, uma profissão relevante, não se configura uma situação tal de risco para a coletividade que justifique a tutela ou a intervenção estatal. Isso corresponde até mesmo a uma jurisprudência já antiga do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A jurisprudência que se consolidou no Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição republicana de 1891, deixava claro que não era absoluto o poder investido no Estado para regular o exercício de atividade profissional.

Na realidade, esta Suprema Corte afirmou, de modo enfático, que a regulação normativa só poderia incidir sobre profissões cujo exercício importasse em dano efetivo ou em risco potencial para a vida, a liberdade, a

RE 414.426 / SC

saúde ou a segurança das pessoas em geral.

Isso significava, como ainda significa, que ofícios e profissões, não obstante o seu relevo, cuja prática se mostrasse despojada de qualquer potencialidade lesiva aos valores e bens jurídicos que venho de mencionar, não se revelavam suscetíveis de disciplinação normativa, pois inexistente, em tal hipótese, qualquer motivo - ditado por razão fundada no interesse coletivo - apto a justificar a intervenção regulamentadora do Estado.

É preciso deixar claro, Senhor Presidente, que regulamentar uma profissão significa restringir-lhe o exercício, o que somente se legitimará, examinado esse tema sob perspectiva constitucional, se a prática de determinado ofício configurar situação de risco para a coletividade.

Vê-se, daí, a excepcionalidade de que se reveste a intervenção normativa do Estado em matéria de regulamentação profissional.

No caso ora em exame, a situação se torna ainda mais grave porque o diploma legislativo em questão, em cláusula normativa manifestamente colidente com o texto constitucional, inibiu, de maneira indevida, o exercício da atividade de músico, impondo-lhe exigência burocrática em tudo incompatível com a liberdade fundamental assegurada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição, que proclama ser livre a expressão da atividade artística!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Daqui a pouco teremos um concurso para músico e a seleção entre o bom e o mal músico a partir de critérios estatais.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É o que ocorrerá se o Congresso Nacional não tiver percepção de que não é qualquer profissão que se expõe à possibilidade constitucional de intervenção normativa do

RE 414.426 / SC

Estado, para efeito de regulamentação profissional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O Ministro Peluso falou na hipótese - que seria absurda - de um pintor ter que preencher qualificações profissionais para exercer a sua arte.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)- Ter de se inscrever na Ordem Nacional dos Pintores!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Que qualificações profissionais são exigidas para a manifestação do talento artístico?

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Imagine se tivesse um novo Picasso no Brasil! Provavelmente nem passaria!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O interessante é que uma das características dos regimes totalitários é exatamente essa: ele imiscui-se na produção artística. Quem não se lembra do realismo soviético, em que se bania a arte abstrata e outras manifestações?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A excessiva intervenção do Estado no âmbito das atividades profissionais, **notadamente** daquelas de natureza intelectual e artística, **além do perigo** que essa intrusão governamental *significa* para as liberdades do pensamento, **também pode** constituir indício revelador de preocupante tendência autocrática em curso no interior do próprio aparelho estatal...

01/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, impressionou-me, num primeiro olhar, a segunda parte da nomenclatura do recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina. Isso porque sabemos que existem, no cenário jurídico, autarquias corporativistas criadas por lei, com a previsão de recolhimento pelos filiados para alcançarem o exercício profissional. Mas não é o caso da Ordem dos Músicos do Brasil. Não há notícia de norma criando a Ordem como um verdadeiro Conselho e, muito menos, prevendo a necessidade de aqueles que estejam compreendidos pela atuação musicista virem a se filiar e a contribuírem para esse mesmo Conselho. Se houvesse, existiria situação jurídica como é a dos conselhos em geral – Conselho de Medicina, Conselho de Engenharia, Conselho dos Representantes Comerciais e até da Ordem dos Advogados do Brasil –, estando, portanto, a situação concreta enquadrada no parágrafo único do artigo 170 da Constituição, ao revelar que é assegurado – e realmente é – a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, se tem a ressalva: "salvo nos casos previstos em lei."

Acompanho a relatora, desprovendo o recurso, consignando que há talentos não despertados.

01/08/2011

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINAV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A vigente Constituição da República, **observando** tradição inaugurada com a Carta Política do Império do Brasil (art. 179, n. 24), **que foi reafirmada** pelos sucessivos estatutos constitucionais (CF/1891, art. 72, § 24; CF/1934, art. 113, n. 13; CF/1937, art. 122, n. 8; CF/1946, art. 141, § 14; CF/1967, art. 150, § 23; CF/1969, art. 153, § 23), proclama e assegura a liberdade de profissão, **dispondo**, em seu art. 5º, inciso XIII, **ser "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"**.

Tratando-se de norma revestida de eficácia contida (ou *restringível*), **mostra-se constitucionalmente lícito**, ao Estado, **impor** exigências, **que, veiculando** requisitos mínimos de capacidade e **estabelecendo** o atendimento de certas qualificações profissionais, **condicionem o regular exercício** de determinado trabalho, ofício ou profissão.

Essa competência constitucional, no entanto, não confere ao Estado poder absoluto **para legislar sobre o exercício de**

RE 414.426 / SC

qualquer atividade profissional, pois essa especial prerrogativa de ordem jurídico-institucional só se legitima quando o Poder Público, ao regulamentar o desempenho de certa atividade profissional, toma em consideração parâmetros fundados em razões de interesse público, como aquelas que concernem à segurança, à proteção e à saúde das pessoas em geral.

Vê-se, portanto, que apenas razões de interesse público podem legitimar a regulação normativa, por parte do Estado, de qualquer ofício, trabalho ou profissão.

Isso significa que, se é certo que o cidadão é livre para escolher qualquer profissão, não é menos exato que essa escolha individual, para concretizar-se, deve observar as condições de capacidade técnica e os requisitos de qualificação profissional ditados por exigências que objetivem atender e proteger o interesse geral da coletividade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não deixo de reconhecer – e chamou-me a atenção o Ministro Gilmar Mendes – que a Ordem dos Músicos foi criada por lei, que não previu a obrigatoriedade de filiação nem tampouco o ônus para os musicistas. Presidente, tenho presente uma lição doutrinária, citada no parecer da Procuradoria, em que o autor apontou que não há liberdade de atividade profissional absoluta. O doutrinador é o Ministro José Celso de Mello Filho.

RE 414.426 / SC

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Na realidade, a **regulação normativa** em torno da liberdade profissional **está sujeita** à estrita observância, pelo Congresso Nacional, **de determinados** parâmetros que devem conformar a ação legislativa da União Federal: **(a) necessidade de grau elevado** de conhecimento técnico ou científico para o desempenho da profissão **e (b) existência** de risco potencial ou de dano efetivo como ocorrências que podem resultar do exercício profissional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ou mesmo inibir, a atividade artística é uma atividade eminentemente livre. Aliás, a Constituição, para a atividade artística, nem falou de ofício, nem falou de trabalho, nem falou de profissão, falou de atividade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Torna-se evidente, pois, que não é qualquer atividade profissional que poderá ser validamente submetida a restrições **impostas** pelo Estado, **eis que profissões**, empregos ou ofícios cujo exercício **não faça instaurar** situações **impregnadas de potencialidade lesiva** constituem atividades **insuscetíveis** de regulação normativa por parte do Poder Público, **porque desnecessário, quanto a tais profissões**, o atendimento de requisitos mínimos **de caráter** técnico-científico ou de determinadas condições de capacidade.

RE 414.426 / SC

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - No voto que conduziu a esse resultado, também há uma explanação muito exaustiva de Pontes de Miranda sobre todas as Constituições e essa liberdade de profissão; há pessoas que são artistas e ao mesmo tempo têm uma profissão regulamentada, como, por exemplo, as filhas do Ministro Ayres Britto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sem falarmos no próprio, que é um musicista.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Como se vê, resulta claro que a regulamentação, por lei, de atividades profissionais implica, sempre, o estabelecimento de restrições normativas que interferem no plano da liberdade de ofício ou de profissão. É por tal motivo que a intervenção normativa do Estado na esfera da liberdade profissional somente se legitima quando presentes razões impostas pela necessidade social de preservação e proteção do interesse público, sob pena de essa atividade do Congresso Nacional configurar abuso do poder de legislar, que tem por consequência o reconhecimento da inconstitucionalidade do próprio diploma legislativo.*

Vale rememorar, no ponto, no sentido que venho de expor, julgado do Supremo Tribunal Federal que reputou incompatível, com o texto da Constituição, a edição de diploma legislativo que

RE 414.426 / SC

restringia, de modo indevido, a liberdade constitucional de profissão: "(...) É inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e, conseqüentemente, restringindo o exercício de profissão que não pressupõe condições de capacidade" (RTJ 89/367, Rel. p/ o acórdão Min. DÉCIO MIRANDA - grifei).

Impende advertir, neste ponto, que o Poder Público, especialmente em sede de legislação restritiva de direitos e liberdades, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

RE 414.426 / SC

Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como a liberdade) -, passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo, como enfatiza, de maneira bastante clara, o magistério da doutrina (RAQUEL DENIZE STUMM, "Princípio da Proporcionalidade no

RE 414.426 / SC

Direito Constitucional Brasileiro", p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Direitos Humanos Fundamentais", p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Daí a advertência de CAIO TÁCITO (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com padrões de razoabilidade.

Essa cláusula tutelar dos direitos, garantias e liberdades, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, ênfatiza a noção de que a prerrogativa de

RE 414.426 / SC

legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador, como esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Na realidade, e tal como foi destacado em importante precedente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RTJ 58/279-283, Rel. Min. THOMPSON FLORES), mesmo nos casos em que se estabeleçam condições de capacidade para o desempenho de atividade profissional, a estipulação normativa de tais requisitos não pode revelar-se arbitrária nem discriminatória, sob pena de injusta frustração da liberdade de exercício de ofício, profissão ou emprego.

Dai a advertência de SAMPAIO DÓRIA ("Comentários à Constituição de 1946", vol. 4/637, 1960, Max Limonad) sobre os limites constitucionais que incidem sobre o poder normativo do Estado em tema de liberdade profissional:

"A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide.

Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como

RE 414.426 / SC

a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica.

Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, pilotos de navios ou aviões, **prejudica diretamente direito alheio**. Se mero carroceiro se arvora em médico-operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos.

Daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas." (grifei)

É importante salientar, bem por isso, que esse entendimento já fora anteriormente manifestado, sob a égide da Carta Imperial de 1824, por JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente ("Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", p. 391, itens ns. 550 e 551, 1978, Senado Federal/Editora UnB), em passagem na qual discorreu sobre a liberdade de escolha e de exercício de trabalho, indústria ou profissão, havendo expendido, então, as seguintes (e pertinentes) considerações:

"A livre escolha e exercício do trabalho, indústria ou profissão, sua livre mudança, ou substituição, a espontânea ocupação das faculdades do homem, tem por base não só o seu direito de liberdade, mas também o de sua propriedade.

.....
Ele é o senhor exclusivo delas, assim como dos seus capitais que o trabalho anterior tem produzido e economizado; tem pois o livre arbítrio, o direito incontestável de empregar estas forças e recursos como

RE 414.426 / SC

julgar melhor, segundo sua inclinação ou aptidão. **Impedir** o livre uso desse direito, sua escolha espontânea ou **querer forçá-lo** a alguma ocupação industrial determinada, **seria violar** a mais sagrada das propriedades, o domínio de si próprio.

.....
As **únicas restrições** que o nosso artigo constitucional **estabelece** são que o **trabalho** ou indústria **não se oponha** aos costumes públicos, ou à segurança ou saúde dos cidadãos. (...)." (grifei)

Torna-se possível extrair, dos precedentes e lições doutrinárias anteriormente referidos, a **constatação, tantas vezes destacada e reafirmada** pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos **proferidos sob a égide** da Constituição de 1891 (art. 72, § 24), de que "A **liberdade profissional, garantida** pela Constituição Federal, de nenhum modo **significa** que o nacional e o estrangeiro **possam exercer** profissões liberais para as quais **não estejam habilitados** de acordo com o que estatuir a lei ordinária" (HC 3.347/MG, Rel. Min. ENÉAS GALVÃO - grifei).

É que, **segundo sempre acentuou esta** própria Suprema Corte, **traduziria** verdadeiro contra-senso "reputar inconstitucionais os atos do poder público **tendentes a conciliar** o interesse do profissional com o da sociedade, **protegendo, eficazmente, a vida, a saúde e a propriedade** dos habitantes do país" (HC 3.347/MG - grifei).

RE 414.426 / SC

Note-se, portanto, que o Estado só pode regulamentar (e, em consequência, restringir) o exercício de atividade profissional, fixando-lhe requisitos mínimos de capacidade e de qualificação, se o desempenho de determinada profissão importar em dano efetivo ou em risco potencial para a vida, a saúde, a propriedade ou a segurança das pessoas em geral (IVES GANDRA MARTINS/CELSON RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/77-78, 1989, Saraiva), a significar, desse modo, que ofícios ou profissões cuja prática não se revista de potencialidade lesiva ao interesse coletivo mostrar-se-ão insuscetíveis de qualquer disciplinação normativa.

Também se revela incompatível com o texto da Constituição - sob pena de reeditar-se a prática medieval das corporações de ofício, abolidas pela Carta Imperial de 1824 (art. 179, XXV) - a exigência de que alguém, para desempenhar, validamente, atividade profissional, tenha que se inscrever em associação ou em sindicato para poder exercer, sem qualquer restrição legal, determinada profissão.

Se se revisitar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada já sob a égide da Constituição de 1891, constatar-se-á que, embora possível a regulamentação profissional, não pode o

RE 414.426 / SC

legislador, contudo, discipliná-la com apoio em critérios arbitrários, destituídos de razoabilidade e evidenciadores, por isso mesmo, de transgressão ao postulado do livre exercício de profissão ou ofício.

Expressivo dessa orientação é o julgamento que esta Corte proferiu na Representação n° 930/DF, Rel. p/ o acórdão Min. RODRIGUES ALCKIMIN, em decisão assim ementada:

"Lei n° 4.116, de 27.8.62. - **Inconstitucionalidade. Exercício livre** de qualquer trabalho, ofício ou profissão (C.F., art. 153, § 23).

É inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe 'condições de capacidade'.

Representação procedente 'in totum'." (grifei)

Extremamente significativo, por sua densidade e fundamentação, o voto então proferido pelo saudoso Ministro RODRIGUES ALCKIMIN, de que extraio o seguinte fragmento:

"Assegura a Constituição, portanto, a liberdade do exercício de profissão.

Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

Tanto assim é que a cláusula final ('observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer') já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

RE 414.426 / SC

Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

Que adiantaria afirmar 'livre' o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?

E ainda que, por força do poder de polícia, se possa cuidar, sem ofensa aos direitos e garantias individuais, da regulamentação de certas atividades ou profissões, vale frisar, ainda, que essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade.

Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão?

Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade técnica. (...).

(...) São legítimas, conseqüentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o seu exercício. (...).

Tais condições (de capacidade técnica, moral, física, ou outras) hão de ser sempre exigidas pelo interesse público, jamais pelos interesses de grupos profissionais ou de determinados indivíduos. (...).

No Brasil, a Constituição do Império, depois de assegurar a liberdade de trabalho 'que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos', declarou abolidas 'as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres'. E o princípio constitucional assegurador da liberdade do exercício de profissão foi mantido nas Constituições de 1891, de 1934, de 1946. (...).

RE 414.426 / SC

O direito constitucional brasileiro, portanto, assegura a liberdade do exercício profissional, com o que exclui a existência de corporações monopolísticas ou de outorga de privilégios a sociedades ou grupos. Permite que se condicione o exercício profissional ao preenchimento de requisitos de capacidade (...), requisitos ditados pelo interesse público, unicamente. (...).

.....

Do exposto se pode concluir:

a) A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (...). Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos.

b) Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

c) A liberdade do exercício de profissão se opõe à restauração de corporações de ofício, que se reservem privilégios e tenham o monopólio de determinadas atividades. Se não se impede a associação para defesa dos interesses dos grupos profissionais, a ninguém se pode exigir que ingresse em associação ou que se faça registrar em sindicato para poder exercer a profissão. (...)." (grifei)

Essa mesma diretriz foi reafirmada, já agora sob a vigente Constituição, no julgamento plenário do RE 511.961/SP, Rel.

RE 414.426 / SC

Min. GILMAR MENDES, em decisão que restou consubstanciada, no ponto, em acórdão assim ementado:

"(...) 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. (...). 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.

.....
(...) 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. (...)." (grifei)

Resulta claro, pois, da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal consolidou em tema de liberdade constitucional de profissão, emprego ou ofício, que "Há profissões cujo exercício diz, diretamente, com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão e, por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade. Fora deste terreno, não podemos admitir exceções, porque estaríamos mutilando o regime democrático da

RE 414.426 / SC

Constituição (...), dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter", tal como assinalou JOSÉ DUARTE em preciso magistério sobre tão relevante direito fundamental ("A Constituição Brasileira de 1946", vol. 3/33-34, 1947, Imprensa Nacional).

Há, ainda, a desautorizar a pretensão do Conselho Regional da Ordem dos Músicos do Brasil (Seção de Santa Catarina), outra razão de ordem igualmente constitucional.

Refiro-me ao fato de que a exigência de inscrição, nos quadros da Ordem dos Músicos do Brasil, para efeito de exercício da atividade profissional de músico, conflita, de modo ostensivo, com a prerrogativa constitucional que assegura, a qualquer pessoa, o livre exercício da atividade artística, independentemente de qualquer controle estatal.

Com efeito, a Constituição da República proclama, de maneira enfática, ser "livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (CF, art. 5º, IX).

A liberdade de expressão artística não se sujeita a controles estatais, pois o espírito humano, que há de ser

RE 414.426 / SC

permanente livre, não pode expor-se, no processo de criação, a mecanismos burocráticos **que imprimam** restrições administrativas, **que estabeleçam** limitações ideológicas ou **que imponham** condicionamentos estéticos à exteriorização dos sentimentos que se produzem nas profundezas mais recônditas da alma de seu criador.

Daí a observação do notável ensaísta e escritor mexicano OCTAVIO PAZ ("O Arco e a Lira") no sentido de que nada se revela mais nocivo e estéril do que a intervenção do Estado nos domínios da cultura, da arte e do pensamento, **que representam expressões fundamentais** da própria liberdade humana.

Isso significa, no contexto de nosso sistema normativo, **que não se mostra constitucionalmente aceitável nem se revela juridicamente compatível** com o modelo consagrado em nosso estatuto fundamental a imposição, pelo Poder Público, de indevidas restrições ao processo de exteriorização das obras artísticas.

Examinada a questão sob tal perspectiva (que revela a existência de permanente estado de tensão dialética entre o exercício do poder e a prática da liberdade artística), **mostra-se de inteira procedência** a afirmação de BRUNO MONTEIRO DE CASTRO AMARAL ("A Inexigibilidade de Filiação dos Músicos à Ordem dos Músicos do

RE 414.426 / SC

Brasil e a Ilegalidade da Nota Contratual Instituída pela Portaria nº 3.347/1986 do MTPS", "in" Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª. Quinzena de Janeiro de 2010, vol. I/36-35):

"A Constituição consagra, entre os direitos e garantias fundamentais, a liberdade de manifestação artística: 'Art. 5º, [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]'.

Mais adiante, a Carta consagra a liberdade de exercício profissional nos seguintes termos: 'Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...]'.

Por óbvio, o exercício de atividade artística não pode estar sujeito a qualquer espécie de qualificação profissional estabelecida em lei. A arte, como atividade de criação, independe de prévios conhecimentos técnicos. É perfeitamente plausível que alguém que jamais tenha se submetido a qualquer espécie de curso ou treinamento transforme-se, por talento e dedicação próprios, em um grande artista - pintor, escultor, ator, músico. O Brasil é exemplo vivo desta realidade: grandes nomes da MPB jamais freqüentaram cursos e tiveram nenhuma ou pouquíssimas noções de teoria musical, embora não se questione a qualidade e a aceitação daquilo que produzem.

Então, se a atividade artística prescinde de qualificação técnica - não apenas pelo fato de o talento e a dedicação suprirem os estudos, mas, sobretudo, porque o exercício desta atividade não gera qualquer risco de dano a terceiros (ao contrário de áreas como medicina, advocacia, engenharia, etc.) -, a única justificativa para a existência da obrigatoriedade de vinculação a um conselho profissional seria o repudiável exercício da censura: uma vez negada a 'licença', o artista encontrar-se-ia impedido de exercer seu ofício. Realmente, esta foi uma prática comum nos tempos de Ditadura (...). Mas não tem cabimento na atual ordem imposta pela Carta de 1988,

RE 414.426 / SC

que é clara ao permitir o exercício da atividade artística 'independentemente de censura ou licença'.

Portanto, resta evidente, a Constituição de 1988 não recepcionou a Lei nº 3.857/1960 na parte em que esta exige prévia qualificação e inscrição no órgão profissional para o exercício da profissão. Se é livre a manifestação artística, seria de todo descabido cogitar-se em habilitação e registro como condições para o seu exercício." (grifei)

Sendo assim, Senhor Presidente, em face das razões expostas, e acompanhando, integralmente, o douto voto proferido pela eminente Ministra ELLEN GRACIE, Relatora, **conheço** do presente recurso extraordinário, **para negar-lhe** provimento.

É o meu voto.

01/08/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA****DEBATE**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, este caso está assentando a não recepção da lei?

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Estou negando provimento ao RE proposto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O mandado de segurança foi concedido para permitir o livre exercício.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É porque tem a lei que, embora sucinta, dispõe sobre a matéria, a Lei nº 3.857/60, que é objeto, salvo engano, também dessa ADPF nº 183, da Relatoria do Ministro Ayres Britto, que diz:

"Art. 1º. Fica criada a Ordem dos Músicos do Brasil com a finalidade de exercer, em todo o país (...)"

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Essa ADPF é mais ampla e cuida, inclusive, da legitimidade da criação da Ordem dos Músicos do Brasil.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Nesse caso, o magistrado desobrigou o impetrante de se filiar ou de se inscrever na Ordem.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

01/08/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA****VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu também acompanho a unanimidade dos votos até agora proferidos. Gostaria apenas de fazer duas observações: a primeira é que me reporto *fundamentalmente às razões que adiantei no julgamento do caso da exigência de diploma de jornalista, onde acentuei que só se justifica a intervenção do Estado para restringir ou condicionar o exercício de profissão, quando haja algum risco à ordem pública, aos direitos individuais, etc., ou seja, quando o imponha interesse público. No caso, desafinar pode ser um dano, mas é juridicamente irrelevante...*

E gostaria também de deixar consignado, aqui, um elogio ao magistrado de primeiro grau, Carlos Alberto da Costa Dias, que proferiu, em 14 de maio de 2001, a decisão, que é um primor. Todos os agudos argumentos lembrados nesta oportunidade já tinham sido avançados por esse magistrado, a ponto de o Tribunal Regional Federal da 4ª região ter confirmado a decisão numa só folha.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

01/08/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426 SANTA CATARINA****PROPOSTA**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, só um segundo, porque alguns de nós, ou talvez todos, temos em nossos gabinetes agravos de instrumento ou recursos extraordinários nesta mesma matéria em que se cuida, especificamente, do caso concreto de não pagamento por força dessa determinação.

Sugeriria que, talvez, naquela esteira de delegações, como há matéria constitucional, pudéssemos decidir monocraticamente com base neste precedente.

###

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 414.426**

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S) : ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - CONSELHO REGIONAL DE SANTA CATARINA

ADV.(A/S) : AVANI SERAFIM DE SANTANA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RAFAEL VICENTE ROGLIO DE OLIVEIRA

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra-Relatora, conhecendo do recurso e lhe negando provimento, no que foi acompanhada pelo Ministro Joaquim Barbosa, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou, pela recorrente, o Dr. Avani Serafim de Santana. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. **2ª Turma**, 18.10.2005.

Decisão: A Turma, acolhendo proposta do Ministro Gilmar Mendes, deliberou afetar ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento do presente feito. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 17.11.2009.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso extraordinário. Autorizados os relatores a decidirem monocraticamente os casos idênticos. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Plenário, 01.08.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Sub-Procuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário