



**Nicola Tommasini**

**DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O STF E O LEGISLADOR NOS  
CASOS DE LIBERDADE PROFISSIONAL**

**Uma análise da jurisprudência e seu impacto potencial na produção  
legislativa**

**Monografia apresentada à  
Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP, sob  
orientação da Prof.<sup>a</sup>  
Patrícia Pessoa Valente.**

**SÃO PAULO**

**2013**

**Resumo:** Recentemente, o STF tem decidido importantes casos com relação à liberdade profissional, como o Recurso Extraordinário que resultou na declaração de inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista, entre outros. Nesses casos, a jurisprudência do Supremo tem indicado alguns critérios e condicionantes para a atividade legislativa, compondo o que denominamos de “mensagem”, pois comunica ao legislador restrições materiais à sua ação normativa. O objeto do presente trabalho é justamente esse diálogo institucional entre o STF e o legislador e pretende analisar a jurisprudência da Suprema Corte, identificando e expondo os pontos atinentes à mensagem e, posteriormente, indicando se essa mensagem pode afetar a atividade legislativa. Concluiu-se que a jurisprudência contribui para o diálogo, mas os critérios da proporcionalidade, potencial lesivo e conhecimento técnico são os que efetivamente estabelecem parâmetros para a comunicação entre poderes.

**Acórdãos citados:** RE 550005; RE 603583; RE 555320; RE 414426; ADI 1040; HC 95331; ADI 2317; Med. Cau. ADI 1040; MS 21733; ADI 3000; Rep. 930.

**Palavras-chave:** diálogo institucional; liberdade profissional; proporcionalidade; razoabilidade; legislador; direitos fundamentais.

## **Agradecimentos**

Agradeço à SBDP e aos colegas da Escola de Formação pela experiência de pesquisa.

Agradeço à minha orientadora Patrícia Pessôa, pelas valiosas sugestões, que foram cruciais para o presente trabalho.

Dedico a monografia aos meus companheiros de Escola de Formação, Renata e Calil, pelas inúmeras conversas, sugestões, debates, desabafos e desafios. Sem vocês, esse trabalho não seria possível.

Por último, agradeço à minha querida mãe pelo apoio e, em especial, meu pai, que tanto me ouviu, ajudou e tranquilizou. Saibam que tudo que faço, faço pensando em vocês.

## Sumário

1.	Introdução.....	7
1.1	A questão constitucional e sistematização do diálogo institucional .....	7
1.2	Diálogo Institucional.....	9
2.	Metodologia .....	10
2.1	Seleção de acórdãos.....	11
2.2	Limites da análise e perguntas de pesquisa .....	14
2.3	Método de análise .....	16
3.	A mensagem: uma análise da jurisprudência do STF a partir da Constituição Federal de 1988, nos casos envolvendo a liberdade de ofício.	17
3.1	Breve exposição dos precedentes .....	17
3.1.1	Representação nº. 930 – Caso dos corretores de imóveis.....	18
3.1.2	Recurso Extraordinário nº. 511.961/SP – Caso dos jornalistas ...	24
3.1.3	Recurso Extraordinário nº. 414.426 – Caso dos músicos .....	33
3.1.4	Recurso Extraordinário n.º 603.583 – Caso dos advogados .....	36
3.1.5	Outros casos .....	44
3.2	Potencial lesivo e conhecimento técnico .....	48
3.2.1	Justificativa .....	48
3.2.2	Orientação geral da jurisprudência .....	49
3.2.3	Passagens conflitantes.....	51
3.2.4	Conclusões preliminares .....	52
3.3	O critério razoabilidade.....	52
3.3.1	Justificativa .....	53
3.3.2	Orientação geral da jurisprudência .....	53
3.3.3	Passagens conflitantes.....	55
3.3.4	Conclusão preliminar .....	57
3.4	O critério da proporcionalidade.....	57

3.4.1	Justificativa .....	58
3.4.2	Proporcionalidade: classificação .....	58
3.4.2.1	Proporcionalidade técnica .....	59
3.4.2.2	Proporcionalidade "não especificada" .....	63
3.4.3	Conclusão preliminar .....	65
3.5	A mensagem: clareza e objetividade? .....	65
4	Considerações finais: o potencial de diálogo institucional com o Poder Legislativo .....	67
4.1	Os critérios elencados e a subjetividade natural .....	68
4.1.1	Potencial lesivo e técnica indispensável.....	68
4.1.2	Razoabilidade .....	70
4.1.3	Proporcionalidade .....	71
4.1.4	Conclusão parcial .....	72
4.2	Instrumentos para o diálogo.....	72
4.2.1	Omissão inconstitucional? .....	72
4.2.2	Constitucionalidade imperfeita ou <i>trânsito para inconstitucionalidade</i> .....	74
4.3	Previsibilidade das decisões do STF .....	75
4.4	Existe potencial para um diálogo institucional, pensado a partir da jurisprudência? .....	77
5.	Bibliografia.....	79

## **Lista de Abreviaturas**

**ADI:** Ação Direta de Inconstitucionalidade.

**ADPF:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

**Art.:** Artigo.

**BCB:** Banco Central do Brasil.

**CF:** Constituição Federal.

**EC:** Emenda Constitucional.

**ED:** Embargos de Declaração.

**HC:** Habeas Corpus

**j.:** julgado.

**Me. Lim.:** Medida Liminar.

**Min.:** Ministro.

**MS:** Mandado de Segurança.

**OAB:** Ordem dos Advogados do Brasil.

**OMB:** Ordem dos Músicos do Brasil.

**p.:** página.

**PEC:** Projeto de Emenda à Constituição.

**RE:** Recurso Extraordinário.

**Rel.:** Relator.

**Rep.:** Representação.

**RHC:** Recurso em Habeas Corpus.

**STF:** Supremo Tribunal Federal.

## **1. Introdução**

### **1.1 A questão constitucional e sistematização do diálogo institucional**

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XIII, diz ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A norma consagra a dita “liberdade profissional”, na qual “confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa (...)”<sup>1</sup>. No entanto, o próprio dispositivo faz uma ressalva, quanto ao condicionamento legal de algumas profissões, as quais o legislador ordinário eventualmente possa vir a normatizar, restringindo a liberdade em questão.

Essa ressalva, para citar a doutrina tradicional, não impede que a norma produza seus efeitos desde já, mas pode haver posterior contenção dos mesmos pelo legislador ordinário<sup>2</sup>.

No entanto, a interpretação dessa norma, pelo STF, não permite que o legislador possa interferir na esfera da liberdade profissional em toda e qualquer hipótese. Essa restrição, que será estudada no presente trabalho, depende de alguns critérios, estabelecidos na própria jurisprudência constitucional.

*O que se discute, portanto, é o limite da atuação legislativa, visto a expressa autorização da Constituição Federal em permitir a interferência da lei.*

Como se pode ver, a questão da liberdade profissional suscita uma interação particularmente interessante entre o Judiciário e o Legislativo. Assim, esse foi o tema escolhido para estudar a dinâmica entre poderes, ou

---

<sup>1</sup> AFONSO DA SILVA, José. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 2013, p. 259.

<sup>2</sup> AFONSO DA SILVA, José. “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, 2012, p. 114. Na tradicional classificação do professor, seria uma norma de *eficácia contida*, ou seja: “(...) São normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (...)”.

seja, é o problema constitucional que dá ensejo a um diálogo institucional, nos termos aqui propostos.

Desse modo, o objetivo da presente pesquisa é analisar, a partir da jurisprudência, o potencial de interação entre esses dois Poderes, especificamente nos casos da liberdade profissional. Assim, sistematizamos e organizamos o diálogo na forma de um processo comunicativo padrão, que envolve emissor, mensagem e receptor.

O emissor é aquele que emite a mensagem. Para efeitos desta monografia, é o STF, que se comunica pela sua jurisprudência, atingindo uma série de receptores.

Quem são esses receptores? Como o processo comunicativo que aqui pretendemos estudar é entre o STF e o legislador, o receptor é, para efeitos desse diálogo institucional, o Poder Legislativo.

O diagrama que segue é ilustrativo do processo comunicativo estudado por este trabalho<sup>3</sup>:



Figura 1 - Processo comunicativo

Portanto, tendo esse diagrama em mente, estruturamos o trabalho de modo a primeiro expor a mensagem, para depois, analisar o potencial de diálogo, visto a dependência dessa última parte em relação à primeira.

Após exposição da metodologia referente à mensagem (tópico 2), exporemos a mesma, abordando os pontos que entendemos essenciais (tópico 3), apontando para uma orientação geral e possíveis passagens conflitantes com esse entendimento. Em seguida, analisaremos o possível impacto da jurisprudência na atuação legislativa, indicando para a

---

<sup>3</sup> Trata-se, apenas, de uma das etapas do diálogo institucional. A rigor, o debate é eterno e a primeira mensagem adviria da própria norma questionada, pois ela já contém um juízo inicial de proporcionalidade, realizado pelo próprio legislador. No entanto, o presente trabalho conta com um recorte metodológico, qual seja, a jurisprudência, e a mensagem que desta adviria.



subjetividade dos critérios, possíveis instrumentos para o diálogo e a previsibilidade de futuras decisões do STF (tópico 4).

## 1.2 Diálogo Institucional

É preciso esclarecer o que queremos dizer quando falamos em “diálogo institucional”. Essa explicação terá impactos no resto de trabalho, uma vez que, a partir dela, atentaremos para a construção de uma comunicação entre poderes.

Pois bem, trata-se de um *pressuposto normativo*, do qual partimos, de como *deve se dar* a relação entre os Poderes.

A teoria de diálogo institucional que aqui adotamos rejeita, em primeira mão, a ideia de que ao Poder Judiciário caberia a última palavra sobre os direitos fundamentais<sup>4</sup>.

Para a teoria do diálogo institucional, o Judiciário é um dos atores que contribui para um debate mais intenso sobre a realização dos direitos constitucionais, trazendo novos argumentos para a discussão, não sendo o controle de constitucionalidade mera *chancela*, que elimina do ordenamento jurídico leis que não são compatíveis com a Constituição<sup>5</sup>.

Esse debate contribui para um juízo de “melhor resposta”, ou seja, da contribuição de argumentos e pontos de vista de diferentes poderes, o Estado será capaz de elaborar a resposta mais adequada para o interminável dilema da concretização de direitos fundamentais.

Portanto, quando se destrinchar o que denominamos de “mensagem”, esta terá um papel muito maior do que a mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do diploma em jogo. A ideia é

---

<sup>4</sup> Em verdade, os argumentos sobre a quem caberia a última palavra seriam mais bem postos se classificados em contra os juízes; a favor dos legisladores; contra os legisladores; e, a favor dos juízes, como bem classifica Conrado Hubner, em “Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação”, p.56-99. No entanto, em não sendo o objeto desse trabalho a análise das teorias postas, cabe-nos, tão somente, adotar uma das teorias como pressuposto normativo.

<sup>5</sup> Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, “O STF e o controle de constitucionalidade, deliberação, diálogo e razão pública”: “O ponto de partida desse debate deve ser, seguindo a proposta de Jeremy Webber, a superação da ideia de que controle de constitucionalidade é simplesmente submissão das leis à guilhotina anuladora judiciária. Há potencial muito maior – e muitas vezes inexplorado – nesse âmbito, que é o *diálogo entre judiciário e legislador* (...)”<sup>5</sup>. (grifos no original).

que, de um ponto de vista institucional, os Poderes estejam diante de um eterno debate sobre a concretização dos direitos fundamentais, e a “mensagem” é apenas uma das etapas desse diálogo.

Daí a importância da “teoria de comunicação” formulada acima, pois, além de esclarecer o processo do qual estamos a tratar, também imprime certa *sistemática* ao diálogo, de modo a afastá-lo de um campo demasiadamente teórico.

Tendo adotado a teoria do *diálogo institucional* como premissa da interação entre Poderes, é possível concluir que, no que diz respeito à jurisprudência como um todo, esta pode ser classificada segundo a *clareza* e *objetividade*. Parece prudente que, para fins de interação e comunicação entre poderes, o quanto mais claro e objetivo as decisões, mais favorável para o diálogo institucional<sup>6</sup>.

Por clareza, entenda-se voto com argumentos bem definidos e uma linha de raciocínio coerente, cujas conclusões decorram dos argumentos postos; por objetividade, entenda-se votos (e acórdãos) não prolixos, que transmitam o seu conteúdo com a necessária brevidade.

Sem pretensões de entender como ou se, na prática, tem se dado um diálogo efetivo entre poderes, a partir da teoria do diálogo institucional, pretendemos analisar a jurisprudência, enquanto mensagem para o legislador, e, também, o potencial de diálogo, considerando a efetividades dos critérios mencionados, a problemática da “melhor resposta” e a previsibilidade de futuras decisões do STF.

## **2. Metodologia**

A seguir, descreveremos o método do trabalho, que foi elaborado tendo em mente as perguntas que aqui se pretende responder. Segue, portanto, a exposição de como selecionamos os acórdãos citados (2.1), além das perguntas de pesquisa e dos limites da análise (2.2), e do método de análise (2.3).

---

<sup>6</sup> *Idem*. Apesar da distinção feita entre deliberação externa e interna, o autor aponta, também, para a decisão clara, objetiva e uniforme como a mais interessante de um ponto de vista de diálogo institucional.

## 2.1 Seleção de acórdãos

A fim de capturar a “mensagem”, utilizamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é o instrumento pelo qual o mesmo efetivamente veicula sua interpretação da Constituição. Assim, é utilizando do material disponível no site do STF<sup>7</sup> que determinamos o universo da pesquisa, no que se refere aos acórdãos trabalhados. A primeira ressalva metodológica, portanto, é a própria limitação do site do Tribunal. Possíveis julgados que lá não constaram na nossa busca não entraram para o universo da presente pesquisa.

Tendo em vista que a presente análise pretende englobar toda a jurisprudência referente à liberdade profissional, alguns cortes foram feitos para que se atingisse esse objetivo.

O primeiro é temporal. Só será analisada a jurisprudência que se consolidou após a instauração da Constituição Federal de 1988. As Constituições anteriores também versavam acerca da liberdade profissional, de maneira até bastante semelhante ao dispositivo atual, razão pela qual o recorte aqui proposto pode parecer estranho. Entretanto, o tempo disponível não permite uma análise que remonta à atuação da Corte em 1891. Além do mais, visto a atualidade do presente trabalho, esse esforço seria dispêndio desnecessário de energia, vez que o diálogo institucional que aqui se investiga diz respeito à postura atual do Supremo Tribunal Federal, e não ao seu entendimento há mais de 25 anos.

No entanto, esse corte temporal foi excepcionado para incluir um caso, qual seja, a Rep. 930. Isso porque uma análise mais cuidadosa do universo, já num momento posterior, revelou que os Ministros frequentemente remetem a esse caso como o precedente em matéria de liberdade profissional. É o caso citado, pelos Ministros, como representativo da jurisprudência do período anterior à CF 1988<sup>8</sup>. Aliás, a referência dos

---

<sup>7</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

<sup>8</sup> Como a ideia, aqui, é explorar o entendimento atual do STF, não há necessidade de excepcionar ainda mais o corte temporal, haja vista que a própria jurisprudência considera a Rep. 930 como o caso representativo da jurisprudência consolidada anteriormente à CF de 1988. Assim, entendemos prudente adicionar esse caso, pois ele oferece a base para o atual entendimento, de acordo com os próprios Ministros.

Ministros a esse precedente já justifica a sua inclusão em detrimento dos demais casos.

Mesmo que publicado antes da promulgação da Constituição de 1988, procedemos à *inclusão da Rep. 930* no universo final da pesquisa, por entendermos que sua compreensão é importante para entendimento pleno da jurisprudência do STF. Isso virá ainda mais à tona quando da análise específica de cada critério, pois é o único julgado, por exemplo, em que se perquire acerca do conteúdo da razoabilidade.

A Rep. 930, portanto, será analisada em conjunto com os demais casos e a eles equivale, para fins de análise.

O segundo corte, dessa vez material, diz respeito ao número de julgadores. Excluímos as decisões monocráticas e optamos por analisar todas as decisões colegiadas, independente do tipo da ação. Assim, mesclam-se ações em controle concentrado de constitucionalidade, como as ADI, e ações em controle difuso, tais quais os Recursos Extraordinários. O corte se justifica em razão do objetivo do presente trabalho, em especial quando da descrição da jurisprudência, que se resume ao entendimento da Corte como um todo, e não de decisões monocráticas isoladas.

Tendo em mente os cortes acima descritos, a fim de esgotar a jurisprudência no assunto, pesquisamos na ferramenta de busca do site do STF<sup>9</sup> as seguintes palavras chaves<sup>10</sup>:

**"XIII profissional": 28 acórdãos: MS 28469; RE 539224; RE 550005; RE 635023; RE 603583; Agr. Reg. RE 555320; RE 414426; RE 511961; ADPF 130; Det 3388; ADI 4009; HC 95331; ADI 1127; RMS 23036; ADI 1040; ADI 1643; ADI 1717; RE 195927; ADI 2317; Me. Lim. ADI 1717; Ag Reg AI 198725; ADI 120; Me. Cav. ADI 1064; Me. Lim. ADI 1040; MS 21733; Me. Cau, ADI 894; ADI 761**

**"Regulamentação adj2 profissional": 5 acórdãos: HC 115046; RE 589456 Agr; RE 635023 ED; RE 291822; AI 590448 AgR; HC 115046.**

---

<sup>9</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

<sup>10</sup> Pesquisas realizadas entre 10 e 15 de julho de 2013.

*"Restrição adj2 profissional"*: 0 acórdãos.

*"liberdade adj2 profissional"*: 7 acórdãos: **RE 635023 ED; RE 511961; ADI 855; HC 84446; ADI 2327; RHC 82033; AI 288845 AgR-ED.**

*"livre adj2 atividade adj2 profissional"*: 0 acórdãos.

*"liberdade adj2 de adj2 ofício"*: 3 acórdãos. **RE 550005 AgR; HC 94307; ADI 1952 MC.**

*"exercício adj2 profissional"*: 61 acórdãos. **HC 111406; MS 28469 Agr-segundo; RE 539224; AI 852238; HC 106225; RE 635023 ED; RE 291822; ADI 4078; RE 603583; MS 28857 QO; AI 844440 AgR; RE 414426; RE 632535 AgR; AI 835757 AgR; Rcl 11022 ED; HC 101818; HC 99457; MS 270606; RE 511961; Rcl 5096; ADPF 130; HC 96010; HC 95331; ADI 855; Inq 2637 AgR; RE 554772 AgR; MS 24584 AgR; MS 24584; ADI 3460; SS 2664 AgR; ADI 1127; RMS 23036; ADI 3522; RE 201819; RE 413782; HC 84179; ADI 2327; AI 413740 AgR; RHC 81750; ADI 1717; RHC 82033; HC 81482; AI 288845 AgR-ED; RHC 80536; MS 21797; AI 232663 AgR; HC 79084; HC 77610; ADI 1792; HC 75051; HC 74148; HC 71898; RE 140092; HC 71467; MS 21717 AgR-ED-ED-AgR; MS 21730 AgR-ED-ED-AgR-ED-ED; MS 21956 AgR-ED; MS 21733; HC 70372; CJ 6695.**

*"liberdade adj2 trabalho"*: 19 acórdãos. **RE 525802; RE 567871; RE 639040; RE 474241; 529106; ADI 3000; AI 481886; Ag. Reg. RE 321796; AI 330536; AI 227978; RE 274028; RE 189170; RE 237965; RE 231543; AgR 216983; RE 115452; RE 109062; RE 67633; RC 1566;**

*"liberdade adj2 profissão"*: 3 acórdãos: **RE 511.961; AC 1406 MC-QO; AI 134449 AgR;**

Desse universo inicial, foram eliminados todos os acórdãos repetidos (já encontrados por outras palavras-chaves) e todos aqueles que não interessavam para definir a jurisprudência do Supremo em matéria de liberdade profissional.

O corte quanto ao “interesse para definir a jurisprudência” se deu pelos mais variados motivos, os quais levaram à exclusão da maioria dos acórdãos inicialmente encontrados. Algumas das mais importantes razões, porém, são: Acórdãos repetidos; Acórdãos que versam somente sobre questões processuais; Acórdãos absolutamente irrelevantes, encontrados por mero acaso devido à amplitude de algumas das chaves de busca.

Daí, formamos o universo final da pesquisa. É ele: **RE 550005; RE 603583; RE 555320; RE 414426; ADI 1040; HC 95331; ADI 2317; Me. Lim. ADI 1040; MS 21733; ADI 3000 e a Rep. 930.**

## **2.2 Limites da análise e perguntas de pesquisa**

Como o que se pretende analisar é o diálogo institucional entre o STF e o Congresso Nacional, a análise acerca da jurisprudência apresenta limites claros: a “mensagem” do STF.

Aqui, portanto, identificamos o que era relevante para o estudo de uma eventual comunicação entre os órgãos, não analisando, exaustivamente, outras questões no tocante à liberdade profissional<sup>11</sup>.

Cumpramos ressaltar, também, que não definimos, com contornos exatos, o que seria estudado, até a leitura integral dos acórdãos. A partir dos mesmos é que extraímos as perguntas de pesquisas, as quais dizem respeito ao que era interessante de um ponto de vista de diálogo.

Do mesmo jeito, não há fórmula pré-definida do que poderia ser considerado como os pontos principais de uma mensagem. Nesse sentido, a análise é um tanto quanto inédita. Portanto, os pontos escolhidos são os que entendemos como importantes, não seguindo modelo pré-definido, mas tão somente as pistas oferecidas pela própria jurisprudência.

Assim, atentaremos responder as seguintes perguntas:

- a) *Qual o conteúdo dos critérios do potencial lesivo e conhecimento técnico?*

---

<sup>11</sup> Já fica a ressalva, portanto, de que são inúmeras as possibilidades de pesquisa sobre o tema. A ótica peculiar sob a qual analisamos a questão dá ensejo a futuras pesquisas que eventualmente venham a explorar a questão com outra perspectiva.

Parte significativa da mensagem estudada por esse trabalho é, certamente, os critérios do potencial lesivo e conhecimento técnico que o STF estabelece para legitimar-se a atuação normativa do legislador. Afinal, qual a hipótese que precisa se confirmar para que seja constitucional a restrição ao direito fundamental da liberdade profissional?

Nesse tópico, portanto, exporemos esses critérios, tendo como parâmetro todos os julgados do STF na matéria. Citaremos como e quando os critérios foram utilizados, isto é, se foram utilizados simultaneamente em todos os casos, isoladamente em outros, etc., além de qual o *sentido* que o STF agrega às expressões.

*b) Qual o conteúdo do critério da razoabilidade?*

Dentre os vários argumentos que o Supremo usa para julgar casos atinentes à liberdade profissional, a razoabilidade figura como um dos principais. Cita-se o princípio como critério para a atuação do legislador, quando da sua atividade legiferante e como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

O tópico se volta, portanto, à investigação do princípio da razoabilidade, atentando perquirir acerca do verdadeiro conteúdo que o STF a ele agrega. Portanto, toda vez que há menção expressa à razoabilidade, esta será analisada, de modo a verificar se o STF faz uso do termo de maneira igual por toda a jurisprudência.

*c) Qual o conteúdo do critério da proporcionalidade?*

A exemplo do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade também é citado como critério para atuação do legislador e como parâmetro de controle de constitucionalidade.

A análise, aqui, é igual à da razoabilidade, explicada cima, mas, claro, para a proporcionalidade.

Impende desatacar, porém, que não entendemos o *interesse público* como critério, apesar de ser recorrente, na jurisprudência, citar-se o tal interesse público ou coletivo, nos seguintes termos:

“Permite que se condicione o exercício profissional e o preenchimento de requisitos de capacidade (pressupostos subjetivos), *ditados pelo interesse público, unicamente*”. (Voto Min. Rodrigues Alckmin, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p., j. 5/5/1976) (grifos nossos).

Isso porque nos parece que o interesse público não é um critério propriamente dito, mas, ao contrário, é posta como motivação do legislador para editar a lei. O reflexo do interesse público na lei ocorre através dos critérios que seguem, sendo desnecessário qualificá-lo (o interesse público ou coletivo) como novo critério, que demandaria estudo próprio.

Ora, parece completamente razoável dizer que, como veremos, uma lei inspirada no individualismo não passará por nenhum dos critérios, em especial os critérios do conhecimento técnico e potencial lesivo.

*Assim, o interesse público, enquanto critério, nada mais é do que ferramenta retórica, que não contribui para o diálogo estudado por este trabalho. Apesar de seu aparecimento em grande parte das transcrições, o critério não tem valia para aceção da mensagem do STF.*

Fica, no entanto, a ressalva, um tanto quanto genérica e óbvia, é verdade, de que o legislador deve se pautar pelo interesse público, muito em contraposição à ideia de corporação de ofício, que resguarda, em detrimento do resto da sociedade, o monopólio de determinada classe profissional.

### **2.3 Método de análise**

Quando da leitura, sistematizamos os argumentos que consideramos relevantes para determinação da “mensagem”, de tal maneira que questões processuais, por exemplo, não são analisadas e nem foram sistematizadas, pois, para fins do presente trabalho, não havia necessidade. Igualmente, questões que não tocavam na questão da liberdade profissional, ou largas considerações teóricas abstratas não foram consideradas.



Depois da análise, quando da exposição dos resultados dessa parte inicial, adotamos a seguinte estrutura: 1. Justificativa; 2. Orientação geral da jurisprudência; 3. Passagens conflitantes; 4. Conclusão preliminar.

Na justificativa, contextualizamos o ponto específico a ser analisado, além de explicitar a importância do tópico de que se trata; O tópico destinado à "orientação geral da jurisprudência", elege uma orientação como predominante ou mais aceita – quando possível – e a expõe; No tópico de "passagens conflitantes", indicamos algumas posições e colocações contrárias ou diferentes àquelas expostas no tópico da "orientação geral"; Por fim, nas conclusões preliminares, finalizamos o ponto, expondo, brevemente, os resultados obtidos da análise.

Importante notar que, quando não for possível eleger uma "orientação geral da jurisprudência", simplesmente exporemos as diferentes correntes existentes, de maneira a indicar partição nos acórdãos.

### **3. A mensagem: uma análise da jurisprudência do STF a partir da Constituição Federal de 1988, nos casos envolvendo a liberdade de ofício**

Como dito, antes de adentrar no potencial de diálogo institucional propriamente dito, é preciso saber como o STF tem compreendido a problemática da liberdade profissional. A primeira etapa necessariamente precisa ser a compreensão dessa mensagem, para, só depois, analisar até que ponto ela pode surtir efeitos em seu receptor, no caso específico, o Poder Legislativo.

A fim de demonstrar com profundidade os elementos que compõe a jurisprudência do STF e, conseqüentemente, sua mensagem, faremos, em seguida, breve exposição dos casos emblemáticos da temática da liberdade profissional, explicando com menos detalhes aqueles que não firmam, propriamente, um entendimento jurisprudencial.

#### **3.1 Breve exposição dos precedentes**

Após minuciosa análise de todos os acórdãos encontrados, é visível que os precedentes, ou seja, *os casos que firmam entendimento*

*jurisprudencial*, são os quatro abaixo listados (caso dos corretores de imóveis, julgada sob a égide da Constituição de 1969, caso dos jornalistas, caso dos músicos e caso dos advogados). Isso porque os argumentos apresentados nesses casos são repetidos e até mesmo transcritos em alguns dos outros acórdãos<sup>12</sup>, quando muito. Em outras oportunidades, o STF simplesmente julga com vagueza, sem se reportar sequer a algum precedente<sup>13</sup>.

### **3.1.1 Representação nº. 930 – Caso dos corretores de imóveis**

Sintetiza a questão trazida a julgamento o Min. Relator Cordeiro Guerra:

“A presente representação visa à declaração de inconstitucionalidade da Lei Federal nº. 4116, de 27 de agosto de 1962, que regulamentou o exercício da profissão de corretor de imóveis, por dois fundamentos principais: a) por contrariar, sem motivação excepcional, o princípio da liberdade de exercício de profissão, consagrado no art. 153, §23 da CF vigente: ‘É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer’, preceito que manteve o princípio do art. 141 §14 da CF de 1946, então em vigor; b) porque o art. 7º da Lei nº. 4.116 de 27/8/62, que vedava aos corretores de imóveis inscritos no CRECI o direito à remuneração como mediadores na venda de imóveis, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido à unanimidade, no RE 70.653”. (Voto Min. Cordeiro Guerra, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 18-19, j. 5/5/1976).

O que se percebe, então, é que, pela via do Recurso Extraordinário, o STF já havia decidido que o tal art. 7º era inconstitucional, e a presente Representação requer a declaração do restante da lei.

---

<sup>12</sup> Cf. Agr. Reg no RE 550.005, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08/05/2012 e Agr. Reg. no RE 555.320, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/10/2011

<sup>13</sup> Cf. Me. Lim. ADI 1040, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 09/3/94 e a ADI 2.317-9/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/12/2000. Nesses casos, a *ratio* foi baseada inteiramente na razoabilidade.

O STF, com votos vencidos dos Min. Cordeiro Guerra e Cunha Peixoto, declarou inconstitucional toda a lei.

O Min. Relator, primeiro a proferir voto, deixou assente: "a profissão de corretor de imóveis é acessível a todos, sem diferença de nascimento, de sexo, de raça, classe, crenças religiosas ou políticas, situação econômica, etc<sup>14</sup>". Assim, a lei seletiva, por meio de requisitos, profissionais moral e intelectualmente capazes de bem exercê-la, inspirando-se no interesse da coletividade e defesa social.

Assentou, no mesmo diapasão, que "a liberdade não é incompatível com a regulamentação profissional inspirada no bem comum<sup>15</sup>". A lei teria sido criada não no interesse dos corretores, mas no da coletividade, "afastando os desonestos e os incapazes<sup>16</sup>".

Entende, também, que a profissão de corretor de imóveis não prescinde de conhecimentos técnicos especializados<sup>17</sup>. Inclusive, disse que o legislador vem regulamentando uma série de profissões, que precisam atender ao bem comum, afastando-se a hipótese das corporações de ofício.

Seguindo o entendimento do relator, o Min. Cunha Peixoto, em voto um tanto quanto curioso, afirmou que a regulamentação da profissão de corretor de imóveis tem sido uma constante no Direito Brasileiro que remonta a 1850. Por isso, depois de tanto tempo, não haveria como enxergar inconstitucionalidade.

Os votos acima descritos, entretanto, foram vencidos. Depois de Cunha Peixoto e Cordeiro Guerra, todos os Ministros deram pela inconstitucionalidade da lei, começando pelo Min. Rodrigues Alckmin, em voto que justifica a importância do caso enquanto precedente da Suprema Corte.

Alckmin não tarda ao relativizar a liberdade profissional, questionando de "que adiantaria afirmar 'livre' o exercício de qualquer

---

<sup>14</sup> Voto Min. Cordeiro Guerra, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p.19-20, j. 5/5/1976.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>17</sup> Trecho na íntegra: "A mediação no mercado de imóveis envolve conhecimentos especializados, e tem relevante papel social e econômico, notadamente, na indústria de construção civil, que assegura emprego para a mão-de-obra não especializada". *Idem*.

profissão, se a lei ordinária pode restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse? (...) A fixação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade<sup>18</sup>”.

Continua o Ministro:

“Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão? Primeiro, os limites decorrentes de 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”. (...) [Mas a lei pode exigir, também] “condições de capacidade que não sejam atinentes exclusivamente à técnica, nem por isso as condições podem ser arbitrárias ou ilimitadamente estabelecidas pelo legislador ordinário (...). Tais condições (de capacidade técnica, moral, física ou outras) não de ser sempre exigidas pelo interesse público”. (Voto Min. Rodrigues Alckmin, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 35-36, j. 5/5/1976).

Assim, para Alckmin, nada impede que os grupos profissionais se unam na defesa de seus privilégios. O que não é mais aceitável é que se faça de determinada profissão um monopólio, “*au detriment de la société générale*”<sup>19</sup>.

A conclusão de Alckmin, portanto, é de que a profissão de corretor de imóvel não passa pelos critérios, primeiramente, porque, mesmo sendo exercido por inepto, não prejudica diretamente direito de terceiro. Se não consegue vender, prejudicará apenas a si mesmo. Em segundo lugar, porque não há requisito algum de capacidade técnica para exercê-la:

“A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Como consequência, de forma alguma o interesse público exige seja regulamentada a profissão de corretor de imóveis, como não o impõe em relação a

---

<sup>18</sup> Voto Min. Rodrigues Alckmin, Rep. 930, p.30, j. 5/5/1976.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 56.

tantas e tantas atividades profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam". (Voto Min. Rodrigues Alckmin, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 43, j. 5/5/1976).

A lei diz que o candidato precisa apresentar um atestado de sua capacidade intelectual e de boa conduta, passado por órgão de representação legal de classe. Nessa seara, diz o Ministro que não existe aprendizado escolar específico para esse tipo de profissão, além do fato de que resta clara a corporação de ofício, uma vez que o ingresso na profissão depende de passagem pelo órgão representante de classe, que pode simplesmente excluir ou dificultar o ingresso de novos membros. Não haveria como justificar, portanto, essas restrições em nome do interesse público.

Consequentemente, "a regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério da razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de polícia<sup>20</sup>".

A obrigatoriedade de inscrição em Conselho, assim, faria da lei inconstitucional, vez que a Constituição "permite condições de capacidade (pressupostos subjetivos)<sup>21</sup>", no que não se encaixa mera inscrição em Conselho. Adicione-se a isso a liberdade de associação profissional e sindical.

Portanto, para o Ministro, a criação de uma Ordem profissional, que tem poderes de fiscalização e regulamentação da profissão somente se legitimará a partir da existência de um serviço público a ser desempenhado. Se não houver regulamentação válida da profissão, "não há possibilidade de criar uma 'Ordem' para fiscalizar a execução de um regulamento que não pode existir<sup>22</sup>".

---

<sup>20</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 46-47.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 53-54.

Segue que, como as exigências para os corretores de imóveis não são válidas, igualmente não é válida a criação de uma Ordem para fiscalizar e executar tal restrição.

Em seguida, o Min. Leitão de Abreu pondera: quais seriam os limites do legislador ordinário? Para ele, é preciso levar em consideração três noções: capacidade, interesse público e regime democrático. “A todos envolve, contudo, a razoabilidade com que, na censura judiciária, se deve proceder, a fim de averiguar se a lei ordinária, (...) se concilia com o texto constitucional<sup>23</sup>”.

Segue que o Ministro atenta para explorar o conteúdo da tal razoabilidade. Não nos alongaremos com essa exposição aqui, pois ela será mais bem explorada mais adiante no trabalho<sup>24</sup>. Importa saber, no entanto, se, no caso e para o Ministro, a norma é razoável.

Assim, consignou o Ministro que a previsão constitucional tutela, primeiro, a liberdade de exercício de qualquer profissão. Segundo é o interesse público,

“em cujo nome se autoriza o legislador a estipular condições de capacidade. Unicamente quando o interesse público imponha a observância de condições de capacidade, tomado o vocábulo em acepção ampla, para o desempenho deste ou daquele trabalho, ofício ou profissão, é lícito, por conseguinte, ao legislador regulamentar, pelo estabelecimento dos requisitos que se configurarem adequados, o desempenho deste ou daquele mister, que deixa, então, de ser livre para se tornar acessível somente aos que preencherem os pressupostos estipulados por lei”. (Voto Min. Leitão de Abreu, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 80, j. 5/5/1976).

Ademais, tendo a lei outorgado aos próprios profissionais a seleção daqueles que podem se inscrever no Conselho de Classe, percebe-se, para Leitão de Abreu, claramente, o perfil de corporação de ofício.

---

<sup>23</sup> Voto Min. Leitão de Abreu, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 76, j. 5/5/1976

<sup>24</sup> Ver tópico 3.3.

Depois, Xavier de Albuquerque adotou posição intermediária, ao reputar inconstitucional não toda a lei, mas tão somente aqueles artigos que “induzem, asseguram ou sugerem a privatividade, a exclusividade do exercício da atividade, aos inscritos nos respectivos Conselhos<sup>25</sup>”. Para o Ministro,

“(...) A regulamentação de determinada atividade, com ou sem designação formal de profissão, pode ser útil ao interesse público na medida em que contenha elementos capazes de prestigiar os que a exercitam, incluindo-lhes a confiança do povo em geral; mas não pode lhe bastar tal utilidade quando e onde arrebate ao homem comum, sem que se faça em nome das verdadeiras condições de capacidade”. (Voto Min. Xavier de Albuquerque, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 84, j. 5/5/1976).

Assim, seguindo o raciocínio do voto, declarou inconstitucional alguns determinados dispositivos<sup>26</sup>. “Nas suas demais disposições, e expurgadas as que destaquei, considero que a Lei, disciplinando o exercício de certa atividade, mas não limitando tal exercício aos que satisfaçam aos requisitos, mas não traduzem condições de capacidade, nela estabelecidos, não ofende a Constituição<sup>27</sup>”.

Thompson Flores, tendo em vista a anterior declaração de inconstitucionalidade do art. 7º da mesma lei, disse não haver mais sentido manter toda a lei, pelas mesmas razões já dadas quando daquele julgamento.

Eloy da Rocha, em voto curto, disse não ser todas as disposições da lei que são inconstitucionais, no entanto, ao regulamentar a profissão sem aludir a condições de capacidade, “não vejo possibilidades de distinguir determinados dispositivos regulamentadores, diante dos vícios de inconstitucionalidade da lei<sup>28</sup>”.

O Min. Djaci Falcão se restringiu a acompanhar a divergência, em especial o Min. Rodrigues Alckmin.

---

<sup>25</sup> Voto Min. Xavier de Albuquerque, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p.84, j. 5/5/1976.

<sup>26</sup> São eles: arts. 1º, 3º, 4º, 9º, 14, 15, 16, 17 18 e 19.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 87.

<sup>28</sup> Voto Min. Eloy da Rocha, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 96, j. 5/5/1976.

### **3.1.2 Recurso Extraordinário nº. 511.961/SP – Caso dos jornalistas**

Chega ao Supremo a seguinte problemática:

“A questão constitucional suscitada na ação civil pública de autoria do MPF e agora trazida à análise desta Corte cinge-se em saber se o Decreto-Lei nº.972/1969, especialmente seu art. 4º, inciso V, é compatível com a ordem constitucional de 1988. Em síntese questiona-se a constitucionalidade da exigência do diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista”. (Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 732, j. 17/06/2009).

Quanto ao trâmite, “na origem, o Ministério Público ajuizou ação civil pública (...) com pedido de tutela antecipada<sup>29</sup>”. O Juízo da 16ª Vara Cível Federal de São Paulo julgou parcialmente procedente o pedido. Os autos foram então remetidos ao TRF da 3ª região que reformou a sentença, afirmando constitucional o diploma legal em questão. Daí interpôs-se Recurso Extraordinário. O Min. Rel. Gilmar Mendes então defere a medida cautelar para dar efeito suspensivo ao presente RE, no que foi referendado pela 2ª Turma.

Por maioria de votos, o Supremo conheceu da ação e a ela deu provimento. O único voto vencido foi do Min. Marco Aurélio, tendo o Min. Rel. Gilmar Mendes proferido importante voto na jurisprudência da liberdade profissional, voto esse que passamos a descrever com mais detalhes<sup>30</sup>.

A primeira parte do voto abrange algumas preliminares, que não nos interessam para efeitos desse estudo. Ao entrar no mérito, O Ministro faz longas digressões teóricas que também não nos interessam por ora.

Começa salientando a importância do julgamento. Exemplifica, ao citar uma série de jornalistas que hoje exercem a profissão sem diploma terão que parar de exercê-la, sob pena da multa descrita no art. 13 do

---

<sup>29</sup> Relatório, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 696, j.17/06/2009.

<sup>30</sup> A descrição desse voto é um pouco mais minuciosa do que a de outros votos, visto, como dito, a importância do voto para jurisprudência do tema.



Decreto, além de possíveis 3 meses de pena de prisão, sem contar os efeitos nos cursos de jornalismo em todo o Brasil.

Continuou, afirmando que a profissão de jornalista não exige conhecimentos técnicos e específicos que legitimam a atuação do Estado:

“A doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde (...) nesse sentido *a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para 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”. (Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes. p. 755, j. 17/06/2009) (grifamos).

Em seguida, percorre o teste da proporcionalidade, concluindo que o diploma não é adequado, pois “a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros<sup>31</sup>”, pois o jornalismo não exige técnicas específicas “que só podem ser aprendidas na faculdade<sup>32</sup>”. Além disso, argumenta que a consequência de um jornalismo despreparado nada mais é do que a ausência de leitores.

Diz ainda que, quanto aos danos provenientes do exercício do jornalismo, esses não são inerentes à profissão, mas “resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão<sup>33</sup>”. O jornalismo abusivo (que deve ser distanciado do jornalismo despreparado) deve sofrer um controle repressivo (responsabilidade civil e penal), pois constitui desvio de conduta, não solucionável em razão de curso de jornalismo.

---

<sup>31</sup> Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 756, j. 17/06/2009.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

Desqualifica o argumento de que os cursos de graduação irão perder a importância, caso não seja exigido o diploma, pois, para o Ministro, o curso continua a ser importantíssimo para a formação do profissional, mas não legitima a ação do Estado em regulamentar a profissão, a exemplo dos cursos de comunicação em geral, culinária, etc.

Exemplificativamente, cita os cursos de publicidade e cinema, também relacionados à educação, continuam sendo importantes para o profissional, mas nem por isso legitimam a ação do Estado. Do mesmo jeito, os músicos e artistas em geral. Nessas hipóteses, há “uma livre expressão protegida pela ordem constitucional contra qualquer intervenção estatal cujo objetivo principal seja o controle sobre as qualificações profissionais para o exercício dessas atividades”.

O Ministro segue fazendo uma ressalva quanto ao enquadramento da profissão de jornalista, dizendo ser ela 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. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão”. (Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p.758, j. 17/06/2009).

Assim, o Min. Gilmar Mendes considera o jornalismo e a liberdade de expressão inseparáveis, por suas próprias naturezas. A interpretação do art. 5º, XIII, IX e XIV precisa ser feita em conjunto, portanto, com o art. 220, no caso da profissão de jornalista, pois tratam das liberdades de expressão, informação e comunicação.

Já ficou patente que o Ministro considera a exigência de diploma de ensino superior inconstitucional, pois interfere na liberdade jornalística, insculpida no art. 220, §1º. A restrição à profissão de jornalismo constitui controle prévio, e, também, censura prévia da liberdade de expressão e informação. Consequentemente, “não pode o Estado criar uma ordem ou

um Conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão<sup>34</sup>”.

Continua por admitir o potencial lesivo da profissão. No entanto, pondera o Ministro que, uma vez a mídia constituindo verdadeiro poder social, é natural que, por vezes, o exercício desse poder seja realizado de forma abusiva. Os efeitos desse exercício abusivo são, inclusive, de difícil reparação. No entanto, é certo que “os danos causados pela atividade jornalística não podem ser evitados ou controlados por qualquer tipo de medida estatal de índole preventiva<sup>35</sup>”. A solução, então, deve se dar por meio da responsabilização *a posteriore*.

Além do mais, prega o Ministro pela auto-regulação, afirmando que “nada impede que as empresas de comunicação adotem como critério de contratação a exigência do diploma de curso superior em jornalismo<sup>36</sup>”. Se o entendimento for outro, diz o Ministro, “não poderíamos conceber a relevantíssima atividade jornalística de algumas conhecidas personalidades<sup>37</sup>”, citando Garcia Marques, Carlos Chagas, Caco Barcelos e Carl Bernstein.

Citou interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que “já se pronunciou sobre questão idêntica: o caso *la colegación obligatoria de periodistas*”:

“A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade de 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 (...)”. (Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 769, j. 17/06/2009).

Para dar suporte às afirmações já expedidas, consignou que a OEA também “tem defendido que a exigência de diploma universitário em

---

<sup>34</sup> *Idem*, p. 762.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 766.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 768.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 768-769.

jornalismo como condição obrigatória para o exercício dessa profissão viola o direito à liberdade de expressão<sup>38</sup> 39.

A Min. Carmen Lúcia, após argumento pela inconstitucionalidade formal do decreto, acompanha o Min. Relator. Há, também, indicação de desproporcionalidade do diploma, mas sem maior desenvolvimento<sup>40</sup>, além de argumento pela incompatibilidade com o art. 13<sup>41</sup> da Convenção do Tratado de São José de Costa Rica.

Depois do voto do relator, o Min. Ricardo Lewandowski consignou que “a faculdade de restringir tais liberdades, que o constituinte delegou ao legislador ordinário, dirige-se às atividades cujo exercício exija conhecimentos técnicos específicos”. Sendo o jornalismo uma “atividade intelectual (...) que prescinde de diploma superior especializado<sup>42</sup>”, pois o que se exige, na verdade, é um conhecimento da língua, uma postura ética e uma formação cultural; não pode haver atuação do Estado.

---

<sup>38</sup> *Idem*, p. 770

<sup>39</sup> Vale ressaltar, também, frase marcante para o presente tema: “(...) este Decreto-Lei n.º 972/1969 não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto atual do Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos”. (Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961. Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 784, j. 17/06/2009). Como nos restringiremos à análise do *potencial impacto*, e não na efetiva comunicação, a passagem assume contornos de curiosidade científica, mais do que, propriamente, valia para a presente monografia.

<sup>40</sup> A colocação da Ministra se resume ao seguinte: “Não critério de proporcionalidade passível de ser acolhido, eu acho, em face do sistema constitucional brasileiro (...)”. Para maiores, detalhes, cf. tópico 3.4. Trecho do Voto Min. Carmen Lúcia, RE. 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p 786, j.17/06/2009.

<sup>41</sup> Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

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

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência

<sup>42</sup> Voto Min. Ricardo Lewandowski, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 788, j. 17/06/2009.

Em seguida, o Min. Eros Grau cita parecer próprio sobre a questão da liberdade profissional, onde deixou assente que, quanto ao fenômeno da recepção “todos os enunciados normativos que guardam compatibilidade como o novo texto de Constituição são por ela recebidos, nela se nutrido de vigor<sup>43</sup>”.

Assim, já no tema da liberdade profissional, a Constituição de 1988 não se diferencia, em linhas gerais, dos enunciados das Constituições passadas, sendo que a atual menciona “qualificações de capacidade” e as passadas “condições de capacidade”. Ressalte-se, ainda, que a Constituição atribui à União legislar sobre “organização de sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões<sup>44</sup>”.

Portanto, se propõe a responder a seguinte pergunta: “(...) Quando pode [=deve] o legislador ordinário impor ao profissional a exigência de qualificação como requisito para o exercício de sua atividade?<sup>45</sup>”.

São os casos nos quais há de se exigir capacidade técnica, além de serem “profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão (...)”<sup>46</sup>. Além disso, não é possível maiores exceções<sup>47</sup>.

Conclui, assim, o Ministro, quanto à possibilidade de restrição:

“(...) não ficou ao livre critério da legislador ordinário estabelecer restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita (...) há plena liberdade de trabalho, ofício ou profissão quando não forem imprescindíveis qualificações profissionais específicas para determina-lo; essa exigência se institui nos casos em que (...) é requerida para a proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos; as restrições necessariamente devem velar pelo interesse público; (...) nem todas as profissões exigem condições legais de exercício;

---

<sup>43</sup> Voto Min. Eros Grau, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 791-792, j. 17/06/2009.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 794-795.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 796.

<sup>46</sup> Voto Min. Eros Grau, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 797, j. 17/06/2009.

<sup>47</sup> Segue que o parecer do Ministro cita uma série de doutrinadores que reafirmam o que já foi dito pelo próprio Eros. Escusam-nos, portanto, a citá-los.

outras, ao contrário, o exigem; (...) (Voto Min. Eros Grau, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 803-804, j.17/06/2009).

Partiu, em seguida, para a análise da profissão de jornalista e para seu enquadramento nos critérios. Para o Ministro, não há necessidade de qualificações específicas, pois os riscos não são inerentes à função de jornalista e não são evitáveis por frequência em curso superior. Assim, vota pela não recepção do decreto-lei.

O Min Ayres Britto, quinto a votar, diverge dos colegas, quando diz ser absoluta a liberdade de imprensa. "Tudo o mais é consequência *a posteriore*<sup>48</sup>". Prossegue, consignando que "a exigência de diploma não salvaguarda a sociedade a ponto de justificar restrições à liberdade de exercício da atividade jornalística, expressão sinônima da liberdade de imprensa<sup>49</sup>".

O Min. Cezar Peluso, também expressamente se posicionando na questão, consignou que o legislador só pode estabelecer requisito de capacidade, pois não pode ser incidir em irrazoabilidade nem abuso legislativo, seja porque fere o devido processo substantivo, seja

"porque também o processo de produção legislativa tem, nos termos do artigo 5º, inciso LIV, de ser justa no sentido de ser adequada e idônea para o fim lícito que pretende promover. Assim, no caso da liberdade profissional, as qualificações estabelecidas precisam ser necessárias, no sentido de prevenir riscos à coletividade, ou seja, a todos a todas as pessoas sujeitas aos efeitos do exercício da profissão". (Voto Min. Cezar Peluso, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 813, j. 17/06/2009).

Essas necessidades, concretamente, continua o Ministro, são "conhecimentos suficientes, sobretudo (...) de verdades científicas, conhecimento suficiente de verdades científicas exigidas pela natureza mesma do trabalho, ofício ou profissão<sup>50</sup>".

---

<sup>48</sup> Voto Min. Carlos Ayres Britto, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 808, j. 17/06/2009.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 810.

<sup>50</sup> Voto. Min. Cezar Peluso, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 813, j.17/06/2009.

No jornalismo, para Peluso, não há verdade científica que previna o risco à coletividade, “em nenhuma das dimensões, em nenhum dos papéis que o próprio decreto atribui à profissão, ao ofício de jornalista, em nenhum deles<sup>51</sup>”.

Além disso, diz que os danos decorrentes do jornalismo não são preveníveis pelo curso de jornalismo. “São estes atribuídos a deficiência de caráter, a deficiência de retidão, a deficiências éticas, a deficiências de cultura humanística, a deficiências intelectuais, em geral, e até, dependendo da hipótese, a deficiência de sentidos<sup>52</sup>”. Não é que não existem riscos no jornalismo. Existem, mas esses não são evitáveis pelo conhecimento de verdades científicas<sup>53</sup>.

Por último, deixou assente que a racionalidade mínima da norma exigiria que todos que estão praticando o jornalismo, parassem, pois estão pondo em risco a coletividade.

Ellen Gracie, que também votou pela inconstitucionalidade da exigência, abriu o voto dizendo que os direitos fundamentais não são absolutos, e daí surge a autorização constitucional para restringir o livre exercício profissional. No entanto, não pode o legislador esvaziar o direito. Assim, o juízo de proporcionalidade ou razoabilidade surge justamente para equilibrar os direitos protegidos pelo constituinte originário e o possível exercício desses mesmos direitos<sup>54</sup>.

A exigência legal só será aceitável quando a atividade demandar “uma aptidão qualificada e que é requerida para proteção da coletividade<sup>55</sup>”. “É o caso, portanto, das profissões relacionadas à vida, à saúde à liberdade e à segurança das pessoas, que necessitam de um conjunto de conhecimentos técnicos-científicos para que possam ser exercidas sem o risco do surgimento de graves danos por ignorância, imperícia ou inabilitação<sup>56</sup>”.

---

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Ibidem*, p.814.

<sup>53</sup> *Idem.*

<sup>54</sup> Voto. Min. Ellen Gracie, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 818, j.17/06/2009

<sup>55</sup> *Idem*, p.819.

<sup>56</sup> *Ibidem.*

No presente caso, a Ministra considera a exigência inadequada, porque “não é a ausência de qualificações técnicas específicas da atividade jornalística que poderá causar danos à coletividade, mas o modo com que o profissional da comunicação lidará com os fatos, a moral e a ética, seu grau de responsabilidade, argúcia e comprometimento com o bom-senso e a seriedade<sup>57</sup>”. A qualificação profissional, no caso dos jornalistas, portanto situa-se num plano secundário, atrás do talento, da habilidade e do caráter profissional.

Por último, indo na total contramão dos colegas, o Min. Marco Aurélio dá pela constitucionalidade da exigência, discordando frontalmente dos demais Ministros. Após afastar a inconstitucionalidade formal superveniente, consignou que muitas faculdades surgiram, para adaptar a realidade brasileira à nova exigência.

Ademais, pergunta o Ministro: “[A exigência de diploma] deixa de atender a exigência da sociedade, em termos de veiculação de ideias, em termos do que é estampado diretamente nos veículos de comunicação?<sup>58</sup>” Para tanto, diz o Ministro, a norma precisaria ser rotulada como desproporcional, o que não ocorre, pois o jornalista deve contar com técnicas de entrevistar, para reportar, entre outras, técnicas essas que se aprende no ensino superior.

Diz que existe erro nesse campo, assim como em outros, e continuará a existir com ou sem diploma, em qualquer profissão que seja. No entanto, a qualificação “implica uma salvaguarda, uma segurança jurídica maior quanto ao que é versado com repercussão ímpar, presentes aqueles que leem jornais, principalmente jornais nacionais”.

Assim, para o Ministro milita a presunção de que o profissional com diploma de nível superior estará mais habilitado. “Para essas atividades não basta a formação prática. Há, acredito, nas grade, currículos das faculdades, o direcionamento do ensino, nos currículos da faculdade, o

---

<sup>57</sup> *Idem*, p. 819-820.

<sup>58</sup> Voto. Min. Marco Aurélio, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p 823, j. 17/06/2009.



direcionamento do ensino a um domínio básico, que será aprimorado posteriormente (...)”<sup>59</sup>.

### **3.1.3 Recurso Extraordinário nº. 414.426 – Caso dos músicos**

Sintetiza a questão trazida a julgamento a Ministra Relatora Ellen Gracie, em seu voto:

“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”. (Voto Min. Ellen Gracie, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 87, j. 01/08/2011).

Em resumo, o presente RE foi proposto contra decisão do TRF da 4ª Região, a qual decidiu no seguinte sentido: “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<sup>60</sup>”.

O feito foi submetido a julgamento pela Segunda Turma em 18 de outubro de 2005. Na oportunidade, a Min. Rel. Ellen Gracie proferiu voto conhecendo do recurso e negando provimento, no que foi acompanhada pelo Min. Joaquim Barbosa, que não deixou voto escrito. Pediu vista o Min. Gilmar Mendes, e, em 17 de novembro de 2011, propôs, com o respectivo acolhimento da Corte, que a matéria fosse submetida ao Plenário.

Assim, no dia 1 de agosto de 2011, o processo foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Min. Cezar Peluso. O Tribunal decidiu unanimemente, nos termos do voto da relatora, em conhecer do processo e negar-lhe provimento.

Após o voto do presidente, a Min. Carmen Lúcia propôs que os ministros decidissem a questão, desse caso em diante, monocraticamente, no que é acompanhada por todos os outros Ministros presentes.

---

<sup>59</sup> *Idem*, p. 826.

<sup>60</sup> Voto Min. Ellen Gracie, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 88, j. 01/08/2011.

O voto condutor foi da Relatora Min. Ellen Gracie, que negou a teoria de que o legislador teria discricionariedade pura em matéria de liberdade profissional. Diz ela que o exercício só está sujeito a limitações “para preservar a sociedade contra danos pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos avançados<sup>61</sup>”.

Pondera a Ministra, ainda, que a regra é a liberdade, sendo a restrição exceção que decorre do interesse público. De qualquer maneira, vige o imperativo da intervenção mínima.

Essas exceções, diz Ellen Gracie, devem ser guiadas pela razoabilidade e proporcionalidade, sempre com vistas à proteção do interesse social, citando, exemplificativamente, o médico, psicólogo e enfermeiro como profissões cuja regulamentação é válida.

Acompanhou-a integralmente o Min. Luiz Fux, sem acrescentar argumentos. O Min. Ricardo Lewandowski também acompanhou a Relatora, adicionando o art. 215 da CF, “que garante a todos os brasileiros o acesso aos bens de cultura. E as manifestações artísticas inegavelmente, integram esse universo<sup>62</sup>”. O Min. Ayres Britto votou no mesmo sentido da Relatora, citando o art. 5º, IX da CF, que dispõe sobre a liberdade de criação.

O Min. Gilmar Mendes também ligou a liberdade artística com a liberdade de expressão, citando os argumentos despendidos no caso dos jornalistas.

Adicionando novos argumentos, o Min. Marco Aurélio utiliza do art. 170 da CF, que garante a todos o livre exercício da atividade econômica. Além do mais, afastou a atuação da Ordem dos Músicos como a de um Conselho.

Por fim, o Min Celso de Mello, decano, proferiu importante voto no caso, que reflete bem o posicionamento da Corte sobre o tema. Fortemente embasado em argumentos doutrinários e jurisprudenciais, o Ministro, repetidas vezes, cita critérios para a intervenção do legislador, direcionando a fala, inclusive, ao próprio Congresso Nacional. Por exemplo:

---

<sup>61</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>62</sup> Voto Min. Ricardo Lewandowski, RE. 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p.89, j. 01/08/2011.

“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”.(Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 106, j. 01/08/2011).

“a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Estado”. (Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 107, j. 01/08/2011).

“(…) 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, 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”. (Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 113, j. 01/08/2011).

“[O Congresso Nacional deve observar] 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”. (Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 105, j. 01/08/2011).

No mais, o voto do Min. Celso de Mello aponta para os mesmos argumentos já desencadeados no voto da Min. Ellen Gracie, podendo ser destacados a ênfase que se deu à coibição das corporações de ofício, e, como visto, indica critérios para restrição da liberdade profissional.

O último Ministro a votar, então presidente, foi Cezar Peluso, que também se reportou aos argumentos dispendidos no caso dos jornalistas, “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 se imponha o interesse público<sup>63</sup>”.

### **3.1.4 Recurso Extraordinário n.º 603.583 – Caso dos advogados**

A questão colocada no RE 603.583 diz respeito à exigência de um exame qualificador para que o bacharel em direito possa exercer a profissão de advogado. O teste questionado é o chamado “exame da ordem”, aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil, que impede o exercício da advocacia até que se atinja uma nota mínima. Assim, coloca-se a inconstitucionalidade do exame em razão do art.5º, XIII da CF, que diz ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Quanto ao trâmite, o requerente João Antônio Volante ajuizou ação contra o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, pedindo, em tutela antecipatória, que fosse permitido ingresso nos quadros da OAB, mesmo sem ter prestado o “exame de ordem”.

O Juízo indeferiu a liminar, e o TRF indeferiu o posterior agravo. Em seguida, após apresentação de réplica, o Juízo deu pela improcedência do pedido. Os subseqüentes embargos foram desprovidos pela 4ª Turma do Regional.

Por último, o autor interpõe recurso especial e extraordinário, a fim de ver declarado inconstitucional o exame da Ordem. O Vice-presidente do Regional admitiu o extraordinário e inadmitiu o especial.

O processo foi reconhecido como tendo repercussão geral pelo plenário virtual do STF. Por unanimidade, o STF decidiu pela constitucionalidade do Exame de Ordem.

O voto do Min. Rel. Marco Aurélio é o condutor. Começa por enfatizar a importância de argumentos extrajurídicos, como aqueles que analisam a proliferação dos cursos de Direito no Brasil e a inaptidão de muitos dos bacharéis para exercer a profissão. Logo ressalta, porém, que “os

---

<sup>63</sup> Voto Min. Cezar Peluso, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 123, j. 01/08/2011.

argumentos extrajurídicos apresentados (...) não foram decisivos para o convencimento, embora tenham sido sopesados ao longo deste processo<sup>64</sup>”.

Já segue indicando que a restrição deve respeitar a razoabilidade e proporcionalidade. Ainda sobre a liberdade profissional de maneira geral, salientou o valor social do trabalho, a liberdade da atividade econômica e livre iniciativa como extensões do princípio da liberdade objeto desse trabalho. No entanto, para o Ministro, o exercício profissional transcende a esfera individual, se os riscos do exercício dessas atividades são coletivos. Aí, impõem-se algumas restrições ao exercício, em função do interesse coletivo. “(...) as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles conhecedores da técnica<sup>65</sup>”.

O Ministro analisa, também, a proporcionalidade do diploma normativo, percorrendo as etapas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É adequado, pois o teste é eficiente no que se refere à análise de se o candidato apresenta requisitos mínimos para exercer a advocacia, protegendo a sociedade “dos riscos relativos à má operação do Direito<sup>66</sup>”.

Para o Ministro, é necessário, pois é muito mais razoável submeter o candidato a um exame antes de sua atuação, do que fiscalizar sua atuação posteriormente.

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, também se afigura, para o Ministro, como proporcional, pois segue a jurisprudência do Supremo, no sentido de que só se permite a restrição quando a profissão apresentar potencial lesivo, e advogados não preparados podem trazer sérios danos aos seus clientes, denegando-lhes a Justiça.

O Ministro também rejeita que, simplesmente porque os médicos não estão sujeitos a exame de suficiência, que isso extinguiria o exame para fins do advogado. Menciona, porém, o equívoco do legislador em não exigir tal exame no caso do médico.

---

<sup>64</sup> Voto Min. Marco Aurélio, RE 603.583, Rel. Min, Marco Aurélio, p.15, j. 26/10/2011.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 20.

Em seguida, analisa o exame em si considerado. A impessoalidade e objetividade do Exame são os principais argumentos para afastar o subjetivismo da correção e da impropriedade de aplicação e correção do exame pela própria OAB, além de que existe possibilidade de questionamento de qualquer ilegalidade cometida na aplicação do exame. Da mesma maneira,

“não merece prosperar a alegação do recorrente de que os baixos índices de aprovação seriam reflexo da reserva de mercado empreendida pelos atuais membros da Ordem. Parece-me, antes, que a redução do percentual de aprovados é resultado do acúmulo de bacharéis em Direito que, sucessivamente e – infelizmente – sem êxito, repetem e o exame em cada nova oportunidade”. (Voto Min. Marco Aurélio, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 24, j. 26/10/2011).

Portanto, vê-se, assim como nos casos acima explicitados, a clara preocupação de afastar que a restrição estaria a instituir uma corporação de ofício. De fato, nos casos anteriores, declarou-se a ação estatal inconstitucional, sob o argumento de que essas instituiriam uma reserva de mercado, enquanto nesse, a preocupação é contrária, no sentido de justificar a atuação do Estado, afastando a corporação de ofício - no que tem de negativo -, mas não a restrição<sup>67</sup>. No caso dos corretores, por exemplo, o Ministro Rodrigues Alckmin é expresso, ao ressaltar que determinada profissão não pode ser objeto de monopólio.

Em voto também importante, assentou o Min. Luiz Fux que a liberdade profissional somente poderá ser restringida por lei formal e, mesmo assim, exclusivamente com vistas a exigir que o exercício de determinadas atividades seja admitido apenas aos indivíduos profissionalmente qualificados para tanto.

---

<sup>67</sup> A posição é um tanto quanto criticável, haja vista que seria possível indicar a existência de uma reserva de mercado - que parece um tanto quanto evidente - e mesmo assim, assentar sua constitucionalidade, em homenagem aos critérios que permitem restrições à liberdade profissional.

Quanto ao órgão regulador, argumenta que, embora a OAB seja uma entidade privada, o STF reconhece “de há muito, sua posição constitucionalmente privilegiada<sup>68</sup>”.

Assim, a lei prevê normas gerais e confere à OAB a regulamentação do exercício profissional. Como foi a lei 8.906/94 que fixou o requisito de inscrição na OAB, percebe-se que esta atende ao requisito da *lei formal*. Delegar à OAB, pois, a regulamentação do exame da ordem não fere a reserva de lei considerando uma perspectiva moderna do princípio da legalidade.

Além do mais, consignou:

“A evolução social demanda flexibilidade das normas regulatórias, o que não é diferente no campo da advocacia. A multiplicidade e a complexidade crescentes das relações sociais aumentam a necessidade de permanente reavaliação dos critérios e métodos de aferição de qualificação profissional do advogado, sendo certo que o esgotamento da matéria na lei rapidamente causaria a obsolescência da sua disciplina”. (Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 43, j. 26/10/2011).

Assim, não é que a OAB seja uma agência reguladora, mas certamente ocupa uma posição diferenciada no ordenamento jurídico brasileiro, pois “remanesce a OAB como entidade de autorregulação profissional, à qual se confia a disciplina infralegal da advocacia<sup>69</sup>”.

Afasta a alegação de que a responsabilização e fiscalização poderia se dar *a priori*, pois compete à União “estabelecer as condições para o exercício de profissões<sup>70</sup>”, além de que o desempenho deficiente poderá causar uma série de danos de difícil reparação.

---

<sup>68</sup> Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 43, j. 26/10/2011.

<sup>69</sup> E continua o Ministro, justificando o papel da OAB: “(...) Faz sentido que assim o seja, pois a própria legitimidade democrática da regulação profissional da advocacia também repousará na observância da visão concreta do mercado e de suas práticas usuais, (em constante transformação), sem prejuízo das medidas corretivas que eventualmente se fizerem necessárias”. *Idem*, p. 44.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 45.

Em seguida, diz ser uma “questão de razoabilidade<sup>71</sup>”, e, nessa esteira, seria preciso proibir o excesso, utilizando, como medida, o teste da proporcionalidade<sup>72</sup>.

Continua, com a preocupação de afastar violação ao núcleo essencial, argumentando que o candidato pode prestar o exame quantas vezes desejar, além do fato de não haver limitação à quantidade de inscritos na OAB nem discriminação quanto àqueles que passam.

De igual maneira, a falta de regulamentação de outras profissões não dá ensejo a inconstitucionalidade de outras restrições. A lei pode passar a exigir a regulamentação, afinal, em qualquer momento.

Afastou também que a maneira com que o Exame é prestado é o que gera a inconstitucionalidade, pois há: 1. Periodicidade de quatro meses por Exame; 2. Não há limite de aprovados; 3. Há isenção de custas para os hipossuficientes. Além do mais, o conteúdo está alinhado com a grade curricular dos cursos de Direito, vinculado às diretrizes do Conselho Nacional de Educação. Não há, portanto, a alegada reserva de mercado,

Igualmente, desvinculou o Exame de Ordem como uma espécie de avaliação da instituição de ensino superior e da suposta falta de transparência e participação de outros órgãos nas etapas do Exame.

Sobre esse último ponto, no entanto, Fux faz interessante colocação sobre a norma que outorga exclusivamente à OAB a realização do Exame, estar em *trânsito de inconstitucionalidade*<sup>73</sup>, pois

“A percepção do princípio democrático nas relações da vida adquiriu novas cores com a ascensão do Direito Regulatório, em que sobrelevou o viés da participação no procedimento e, com isso, a reprodução, na esfera da decisão regulatória, do pluralismo que marca a sociedade”. (Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 53, j. 26/10/2011).

O Min. posteriormente prega a

---

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> Não nos alongaremos com o teste aqui, pois ele será abordado com detalhes mais adiante no tópico 3.1.5.

<sup>73</sup> Voltaremos a tratar do tema no tópico 4.2.2.



“participação de outros segmentos da comunidade jurídica, como a magistratura, o Ministério Público e, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e o magistério superior de Direito, de modo a que, ampliada essa participação, consolide-se a legitimidade democrática da OAB na realização dos procedimentos concernentes ao Exame (...)”. (Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 54, j. 26/10/2011).

O Min. Dias Toffoli acompanhou o Ministro Relator.

Em seguida, a Min. Carmen Lucia afirma que a faculdade forma bacharéis, e não advogados, de tal maneira que os primeiros poderão seguir as carreiras mais diversas, não sendo por essa razão a restrição à liberdade profissional.

A Ministra continua, ao expressamente mencionar o advogado como imprescindível à Administração Pública, a CF garante que os cidadãos tenham acesso a um profissional com qualificação técnica suficiente para o exercício da profissão. Somente um atestado de qualificação pode garantir a sociedade da qualidade daquele profissional está devidamente qualificado.

Além do mais, consignou que a OAB, de acordo com a própria lei, é um serviço público, e sendo assim, tem seu processo de seleção próprio. O exame da Ordem é, portanto, uma sequencia do dispositivo constitucional, que subordina o exercício de certas profissões ao regime da lei. No caso, a qualificação veio justamente para cumprir com o Estado Democrático de Direito.

Assentou, ainda, que a interpretação sistemática da lei leva a dizer que “enquanto o bacharel tem a ética da cidadania, o advogado tem a ética profissional estabelecida pela própria lei a partir do que está posto e nos termos que a Constituição estabelece<sup>74</sup>”.

Lúcia prega, portanto, que o dispositivo constitucional não pode ser lido isoladamente, pois isso pode levar à sua má interpretação. Na verdade, essa nova exigência do Exame de Ordem vem justamente para cumprir a dimensão da nova Constituição e do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>74</sup> Voto Min. Carmen Lúcia, RE 603.538, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 60-61, j. 26/10/2011.

Por último, ressaltou a importância da profissão de advogado, pois é aquele que defende a liberdade, e, para tanto, é preciso que haja alguma garantia de que ele é capaz de fazê-lo, que é exatamente o que faz o Exame da Ordem, estando em consonância com a CF.

Em seguida, o Min. Ricardo Lewandowski rememorou que, mediante o art. 22, XVI, é competência de a União legislar sobre a fixação de condições para o exercício de determinada profissão e à OAB que "o fizesse mediante provimento, exatamente para atender às situações cambiantes de cada momento histórico que essa Corporação enfrenta<sup>75</sup>". Isso porque no art. 44, há expressa disposição de que a cabe à OAB a disciplina e seleção dos advogados, e, vista essas atribuições, é preciso também outorgar-lhe os meios para fazê-lo – nesse caso, o Exame de Ordem.

Quanto ao modelo do Exame, disse Lewandowski que esse é absolutamente público e objetivo, e, portanto, não há ferimento à ampla defesa e do contraditório. O exame é oferecido a todos indistintamente.

Ayres Britto, próximo a votar, consignou que a primeira parte da liberdade profissional é, sem dúvida, a liberdade que as pessoas têm de escolherem seu próprio ofício, enquanto a segunda parte funciona como *antídoto* social, até mesmo contra o "mercantilismo reconhecido de muitas escolas de formação de bacharéis<sup>76</sup>".

Continuou, destacando que nenhum outro Conselho recebeu a atenção da CF quanto ao dos advogados, havendo menção explícita da realidade advocatícia, da OAB e do próprio Conselho quarenta e duas.

Ademais, o art. 133<sup>77</sup> da CF amarra a profissão de advogado à função essencial da Justiça – que no caso significa jurisdição – e, nesse sentido, nada o diferencia daquele que presta concurso para o MP ou advogados públicos. Para aplicar a jurisdição é necessário o conhecimento de determinadas técnicas, as quais permitem aplicar e interpretar a ordem

---

<sup>75</sup> Voto Min. Ricardo Lewandowski, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 63, j. 26/10/2011.

<sup>76</sup> Voto Min. Carlos Ayres Britto, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 66, j. 26/10/2011.

<sup>77</sup> *Idem*.

jurídica. No fundo, a exigência é em prol da própria ordem jurídica, porque essa precisa ser eficazmente interpretada e aplicada.

Como decorrência do anterior, Britto argumenta que é possível dizer que “a exigência de Exame da Ordem (...) corresponde até a um conceito substantivo de devido processo legal ou de acesso à jurisdição, se entendermos que o acesso à jurisdição pressupõe um eficaz acesso à jurisdição<sup>78</sup>”.

Assim, a legitimidade da OAB decorre da própria CF, vez que protege a ordem jurídica.

Já para Gilmar Mendes, tem-se, no caso do art. 5º, XIII, uma reserva legal qualificada, ou seja, a Constituição remete à lei a restrição do exercício profissional. Assim, “para uma iminente questão constitucional quanto à razoabilidade e à proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes de livre exercício das profissões<sup>79</sup>”. É preciso que não se atinja o núcleo essencial do direito fundamental.

Para saber se a restrição atinge o núcleo essencial, para Mendes, é preciso fazer o teste da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Assim, só pode haver restrição à liberdade profissional se o exercício das profissões trazer dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina, etc.

Portanto, deve-se levar em consideração a “natureza da profissão, sua repercussão sobre terceiros e a lesividade dessa repercussão, à possibilidade ou não de reparação<sup>80</sup>”.

Ao contrário do jornalista, diz o Ministro, utilizando como parâmetro o RE 511.961, as funções da advocacia são essenciais à justiça, e envolvem questões como a liberdade, a vida e a propriedade, a prestação de alimentos, a guarda e a tutela de incapazes, ou seja, ele é essencial “à

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>79</sup> Voto Min. Gilmar Mendes, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 73, j. 26/10/2011.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 82-83.

própria prestação jurisdicional<sup>81</sup>". Inclusive, diz o art. 133 ser o advogado indispensável à administração da justiça.

Assim, seria preciso que a advocacia seja exercida por quem detêm uma qualificação mínima, pois imperícia pode gerar danos a terceiros e para a sociedade, além de que as decisões judiciais revestem-se do caráter de imutabilidade.

Com a preocupação de afastar a figura das corporações de ofício, disse não haver reserva de mercado, pois não há escolha de advogados, simplesmente uma avaliação dos bacharéis para saber se esses têm capacidades mínimas para o exercício da profissão. O modelo do exame (nota para passar, inexistência de número predefinido de vagas e possibilidade de repetição do exame) é a prova de tal fato.

Partindo para um teste de proporcionalidade, assenta a adequação da prova, pois a medida atesta a qualificação mínima "necessária para o exercício profissional<sup>82</sup>". É necessária, também, pois só porque há controle repressivo não quer dizer que não pode haver controle preventivo. Além do mais, o bacharel tem outras carreiras a seguir no direito que não a advocacia.

Assim, "os benefícios decorrentes da prova justificam a sua exigência, pois a falta de conhecimentos técnicos adequados coloca em risco a própria efetividade do acesso à justiça, o que justifica a restrição ao exercício da profissão como meio de proteção do direito de terceiros e da coletividade de um modo geral<sup>83</sup>".

### **3.1.5 Outros casos**

Além dos quatro casos acima expostos, o universo da presente pesquisa envolve outros julgados, como demonstrado na metodologia. Seguimos com brevíssima exposição de cada um deles.

No MS 21733-2 RS, busca-se permitir aos engenheiros a possibilidade de prestarem concurso para preenchimento de vagas no Quadro Funcional

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 84.

da Procuradoria da República, as quais, pelo Edital 12/93, não estariam autorizado a preencher. Afirma-se que a exclusão dos engenheiros é inconstitucional em razão de que estes são plenamente aptos para exercer a função, ferindo o inciso XIII, art. 5º, CF. Também, requer-se a declaração parcial de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.628, por equiparar indevidamente as profissões de engenheiro e arquiteto.

O MS foi unanimemente indeferido nos termos do relator, afirmando que garantia constitucional “está jungida à disciplina da lei, e esta ocorreu, quanto ao concurso, a realizar-se no campo da razoabilidade (...)”(p. 685).

Também, analisamos o julgamento da Medida liminar na ADI 1.040, de relatoria do Min. Néri da Silveira, no qual se buscava a inconstitucionalidade do art. 187 da Lei complementar 75, porque este feriria os arts. 5º, I, XIII, LVI e 37, I, todos da CF, ao demandar dos bacharéis em Direito dois anos de formado para inscrição no concurso para ingresso no MPU. Por se tratar de pedido de liminar, o Min. Néri da Silveira submete o feito à apreciação do Plenário.

No tópico 3.3 (“O critério da razoabilidade”), *infra*, exploramos algumas das passagens constantes no acórdão da Medida Liminar da ADI 1.040. Por maioria de votos<sup>84</sup>, o Supremo indeferiu a Medida Liminar.

Na ADI 2.317-9 DF, alega-se inconstitucionalidade da Resolução 2.267/96 do BCB por violar os art. 1º, IV; 5º, XIII; e 170, IV. A norma questionada “determina a substituição dos auditores independentes que atuarem em instituições financeiras, fundos de investimentos, administradoras de consórcio e demais entidades autorizadas a funcionar pelo BCB a cada quatro anos de exercícios sociais, não podendo haver recontração antes de decorridos os três exercícios de substituição” (Voto Min. Rel. Ilmar Galvão, p. 347.). A ADI vem com pedido de liminar.

Por unanimidade, o Supremo indeferiu o pedido de liminar, a partir dos votos escritos do Min. Rel. Ilmar Galvão, Nelson Jobim, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. No caso, os Ministros afastaram a alegação da inicial,

---

<sup>84</sup> Votos vencedores dos Min. Néri da Silveira, Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches, Moreira Alves, Octavio Gallotti, vencidos os Min. Min. Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence.

na qual a norma impugnada restringiria a liberdade profissional, argumentando que a resolução regula as instituições do BCB, e não determinada profissão. Portanto, afastou-se a resolução do âmbito de proteção do art. 5º, XIII, da CF.

Em continuação à Medida Liminar da ADI 1.040, analisamos o julgamento definitivo do caso, no qual, igualmente, busca-se a inconstitucionalidade do art. 187 da Lei complementar 75, porque este feriria os arts. 5º, I, XIII, LVI e 37, I, todos da CF, ao demandar dos bacharéis em Direito dois anos de formado para inscrição no concurso para ingresso no MPU. Passado o julgamento da liminar o pleno julga matéria em definitivo.

O STF dá pela improcedência do pedido, por maioria de votos. A exemplo do julgamento da medida liminar, a argumentação se fez em volta da razoabilidade da norma.

Na ADI 3000, quanto à ofensa do inciso XIII da CF, alega-se que os policiais não poderão desempenhar seu mister se lhes for negado acesso aos locais públicos, enquanto, por outro lado, sustenta-se que permitir entrada gratuita dos policiais não impede o livre exercício do trabalho, porquanto ele não está a exercer seu mister. O caso chega ao STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar.

Após parcial conhecimento da ação, não conhecendo quanto à legitimidade dos bombeiros e policias militares, o Min. Relator Eros Grau deu pela improcedência do pedido, consignando que a norma está perfeitamente ajustada ao inciso XIII, vez que permite acesso gratuito para os policias nos estádios, quando no exercício de sua função. A única manifestação escrita foi do Min. Relator, sendo unanimemente acatada pelo resto da Corte.

Em seguida, no HC 95.331-0 RJ questionava-se a exigência de inscrição na Entidade de classe para Perito Federal e sua compatibilidade com a liberdade de profissão. Por unanimidade, o STF denegou o pedido, nos termos do voto do Min. Rel. Eros Grau, que afirmou que os peritos

preencheram os requisitos legais para exercício do cargo. Determinou, também, a inaplicabilidade da Súmula 361 do STF que prevê impedimento de perito que tiver participado de diligência de busca e apreensão. O Ministro citou, também, a decisão do STJ e a manifestação do MPF no mesmo sentido.

No Agr. Reg. no RE 555.320, O Conselho Regional da Ordem dos Músicos do Brasil do Estado de Santa Catarina interpôs recurso contra acórdão proferido no TRF da 4ª Região, depois dos embargos de declaração terem sido improvidos. Na análise do RE, o Min. Eros Grau negou seguimento ao recurso, o que ensejou o presente agravo regimental.

O Min. Rel. Luiz Fux decidiu com base na linha jurisprudencial adotada no caso 414.426, no sentido de “que a atividade de músico não está condicionada à inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil e, conseqüentemente, inexige comprovação de quitação da respectiva anuidade, sob pena de afronta ao livre exercício da profissão e à garantia da liberdade de expressão”. Citou várias decisões monocráticas no mesmo sentido. O STF negou provimento, portanto, nos termos do voto do Relator<sup>85</sup>.

Por último, analisamos o Agr. Reg. no RE 550.005, que questiona a constitucionalidade do art. 28 *caput* e inciso V, da Lei 8.906, que veda o exercício da advocacia, mesmo em causa própria, para aquele que ocupa cargo ou função vinculada direta ou indiretamente à atividade policial.

Foi interposto Recurso Extraordinário em face da decisão do TRF da 4ª Região, que denegou o pedido de Mandado de Segurança, alegando que “não há direito líquido e certo a ser protegido por mandado de segurança aos fins de ensejar ao Delegado de Polícia Federal o exercício da advocacia, mesmo em causa própria”. Em sede recursal, o Min. Joaquim Barbosa proferiu sentença no mesmo sentido do TRF, negando seguimento ao recurso. Em seguida, foi proposto Agravo Regimental contra a decisão

---

<sup>85</sup> Tendo em vista a proposta da Min. Carmen Lúcia no próprio RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, no sentido de permitir que os Ministros julguem monocraticamente a questão, o caso não apresenta novos argumentos, sendo uma simples repetição da jurisprudência fixado em plenário e reiteradamente repetida nas decisões monocráticas.

monocrática do Min. Joaquim Barbosa, alegando impertinência do acórdão citado. O pedido de agravo foi trazido à Segunda Turma, que decidiu, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo.

O Min. Rel. Joaquim Barbosa denegou o pedido, no que foi acompanhado pelos demais Ministros. Em síntese, argumentou que o termo “qualificação profissional”, contida no art. 5º, XII da CF cuida da aptidão técnica do indivíduo para o exercício da profissão e também do impedimento que o legislador entende necessário. Porém, o legislador só pode impor essas restrições se houver fundamento constitucional, isto é, se o seu exercício “importa risco à coletividade”. Também, alegou que a vedação foi legitimada pelo risco à moralidade administrativa, pois impede o uso do cargo para obtenção de vantagens pessoais.

Exposto os casos analisados, partimos à análise dos mesmos.

### **3.2 Potencial lesivo e conhecimento técnico**

Dentre os critérios que o STF menciona, os critérios de potencial lesivo e conhecimento técnico são repetidamente empregados como requisitos essenciais para justificação da atuação normativa. Pois bem, visto ser indispensável o conhecimento desses critérios, para fins de compreensão da mensagem, dedicamos o presente tópico à explicitação dos mesmos, como encontrados na jurisprudência do STF.

#### **3.2.1 Justificativa**

O presente trabalho pretende entender a mensagem que o STF emite ao legislador infraconstitucional. Nessa esteira, esses critérios são importante parte dessa mensagem, cabendo-nos maior explicitação acerca de ser conteúdo.

Vale, também, breve explicação do porque incluir os dois critérios num só tópico, diferentemente do que fizemos com os outros critérios. Essa junção se dá em razão da indispensabilidade de um critério em relação ao outro, isto é, a jurisprudência menciona os dois critérios como estando interligados, de tal maneira que não seria proveitoso artificialmente separá-los.



Essa conexão será explicitada no próximo tópico. O que por ora importa frisar é que a explicitação dos dois critérios num só tópico se dá em função da própria jurisprudência, que analisa os critérios em conjunto.

### **3.2.2 Orientação geral da jurisprudência**

Os Ministros são bastante explícitos no que se refere aos critérios da atuação legislativa. A análise exaustiva dos acórdãos aponta, primeiramente, que esses critérios se revelam nos precedentes, e não nos outros casos analisados<sup>86</sup>, que se limitam a decidir o caso com base na jurisprudência já firmada ou com base na razoabilidade<sup>87</sup>. Às vezes, os critérios são até mencionados, mas repetem o firmado em julgado anterior<sup>88</sup>, sem nada adicionar ao entendimento jurisprudencial.

Em sentido contrário dos outros pontos aqui analisados, parece haver uma sintonia bastante acentuada na jurisprudência do STF, no que se refere ao potencial lesivo e conhecimento técnico. Há inúmeras passagens nos acórdãos que ilustram a consistência argumentativa desse ponto<sup>89</sup>.

Assim, a orientação geral é no sentido de que *a não imposição de condições para o exercício profissional é a regra; a exceção é a restrição*.

Em relação à liberdade de profissão, portanto, a posição do STF não é absoluta, podendo qualquer pessoa exercer qualquer profissão que quiser sem regulação, nem totalmente aberta ao exercício discricionário do legislador. Somente em casos extremos, onde se verifica as condições a seguir mencionadas, é que se pode restringir a liberdade de trabalho e ofício.

E quando é que se caracteriza essa exceção, a ponto de o Estado poder exercer seu Poder de Polícia? São duas as condições: primeiro, é necessário que tal profissão exija, para seu adequado exercício,

---

<sup>86</sup> Os critérios de que se trata aparecem em cinco dos onze casos, mas somente nos em que o STF firma um entendimento jurisprudencial é que há maior descrição e detalhamento dos mesmos.

<sup>87</sup> Cf., para esse efeito, a Me. Lim. ADI 1040, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 09/03/1994 e ADI 1040, Néri da Silveira, para o acórdão, Min. Ellen Gracie, j. 11/11/2004.

<sup>88</sup> Cf., Agr. Reg. no RE 220,005, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08/05/2012.

<sup>89</sup> Nos próximos parágrafos, há transcrição de alguns trechos importantes nesse sentido. O que se pode destacar, sem maiores dificuldades, é que o uso dos critérios é bastante uníssono.

capacidades técnicas e especiais (o que chamamos de *conhecimento técnico*); segundo, que o mau exercício da profissão, sem essas aludidas capacidades técnicas e especiais, pode trazer dano ou perigo à coletividade (*potencial lesivo*)<sup>90</sup>. Sintetiza bem a Min. Ellen Gracie:

“O exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por ele 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”. (Voto Min. Ellen Gracie, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 89, j. 01/08/2011).

Quanto à primeira condição, as expressões utilizadas pelos Ministros são diversas: “conhecimentos técnicos ou científicos avançados”<sup>91</sup>, “requisitos mínimos de qualificação”<sup>92</sup>, somente “técnica” ou “saber científico especializado”<sup>93</sup>. Mas, independente dos termos utilizados, o entendimento é unívoco: são conhecimentos técnicos necessários para o exercício adequado da profissão.

É importante frisar, no entanto, que essa condição, tão-somente, não justifica o uso de mecanismos de regulação da liberdade profissional pelo Estado. É necessário, também, que esse desconhecimento seja potencialmente lesivo a terceiros, quando do exercício da profissão. Exemplo disso é apontado, por exemplo, por Gilmar Mendes, no caso dos jornalistas:

“O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar dano ou pelo menos riscos de danos a terceiros. A consequência lógica, imediata e comum do jornalismo despreparado será a ausência de leitores e, dessa forma, dificuldade de divulgação e de contratação pelos

---

<sup>90</sup> Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 105, j. 01/08/2011. “Na realidade, a regulação normativa me torno da liberdade profissional está sujeita à estrita observância, (...), 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”.

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 113, j. 01/08/2011.

<sup>93</sup> Voto Min. Cesar Peluso. RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, debate, p. 827, j. 17/06/2009.

meios de comunicação, mas não o prejuízo direto a direitos, à vida, à saúde de terceiros”. (Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 756, j. 17/06/2009).

O transcrito vale para grande parte das profissões: pelo raciocínio do STF, nos casos em que o único prejuízo será do próprio profissional, que, sem as condições necessárias, encontrará dificuldades em manter seu sustento, não deve haver interferência do Estado<sup>94</sup>.

É aí que entra a segunda condição. A partir do momento em que a falta de saber técnico e científico implica dano a terceiros, a profissão pode ser restringida pelo Poder Público. Portanto, há de prevalecer o interesse da coletividade sobre a liberdade profissional, se essa última puder, potencialmente, prejudicar a primeira<sup>95</sup>.

Quanto a esse “potencial lesivo” ou “risco a terceiros”, os Ministros citam, como bens a serem protegidos, a vida, a saúde<sup>96</sup>, a honra, a liberdade e a dignidade<sup>97</sup>. De resto, o potencial lesivo não é suficientemente grande para que se possa legitimar determinada restrição.

As profissões repetidamente citadas pelos Ministros são as de advogado, médico, engenheiro, entre outras. São profissões que, se mal executadas, podem levar sérios riscos à saúde e à vida, de acordo com a Suprema Corte.

### **3.2.3 Passagens conflitantes**

Apesar de pacífico, ao entendimento acima exposto há algumas passagens que são conflitantes. Não há dificuldade, porém, em eleger a orientação acima como majoritária, haja vista a vasta aceitação e repetição da mesma por dentre todos os casos analisados.

---

<sup>94</sup> O argumento de que a profissão não regulada por lei será regulada pelo próprio mercado também é recorrente nos votos. Cf. para esse efeito, Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Min. Rel. Marco Aurélio, p. 47, j. 26/10/2011.

<sup>95</sup> Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 104, j. 01/08/2011: “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 ditados por exigências que objetivam atender e proteger o interesse geral da coletividade”.

<sup>96</sup> Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 756, j. 17/06/2009;

<sup>97</sup> Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p.10, j. 01/08/2011.

As passagens conflitantes de que se trata aqui não são propriamente “passagens”, pois não dizem respeito a trechos de votos. Pelo contrário, é a ausência dos critérios, optando por outros métodos de solução para os conflitos, que justifica o presente tópico. Não é que há, portanto, um conflito direto, mas tão-somente uma outra abordagem, que acaba ilustrando falta de comunicação entre os julgados.

É o caso, por exemplo, da Medida Cautelar de ADI 1040 e do julgamento definitivo da ADI 1040, na qual se utilizou da razoabilidade para entender como devida a restrição, sem sequer avaliar se havia o tal dano a terceiros ou a técnica específica.

São vários os casos nesse sentido<sup>98</sup>, o que nos faz crer, como já dito no começo do tópico, que somente nos precedentes, isto é, casos que fixam o entendimento jurisprudencial, que se segue esse critério, sendo dispensado nos demais.

#### **3.2.4 Conclusões preliminares**

Conclui-se que em relação aos critérios do potencial lesivo e conhecimento técnico, há clareza do uso pelo Supremo, isto é, os Ministros reconhecem a existência desses critérios e a eles agregam um único sentido. A única “incongruência” possível é o STF não recorrer a esses critérios todas as vezes que vai julgar uma restrição.

Como se verá adiante<sup>99</sup>, os critérios do potencial lesivo e conhecimento técnico tem o papel significativo na mensagem, especialmente devido à clareza de seu uso na jurisprudência do Supremo.

### **3.3 O critério razoabilidade**

O Supremo Tribunal Federal frequentemente emprega a razoabilidade como critério de restrição, isto é, a norma precisa ser razoável para não implicar desrespeito ao núcleo essencial do direito fundamental. O presente tópico se destina, portanto, ao estudo do significado da razoabilidade nos casos da liberdade profissional.

---

<sup>98</sup> Olhar ADI 1040, Rel. Min. Néri da Silveira, j.11/11/2004, e Me. Lim. ADI 1040, Rel. Min. Néri da Silveira, para o acórdão, Min. Ellen Gracie, j. 09/03/1994, entre outros.

<sup>99</sup> Olhar tópico 4.1.1.

### 3.3.1 Justificativa

Tendo fixado que a razoabilidade é um critério que o STF estabelece, é preciso analisar no que ele efetivamente consiste. Qual o sentido que o STF agrega ao termo?

Não é preciso maiores elucubrações para explicitar a importância do presente tópico. A análise do princípio da razoabilidade é que nos dirá, efetivamente, no que ele consiste, do ponto de vista da jurisprudência constitucional consolidada na Suprema Corte.

### 3.3.2 Orientação geral da jurisprudência

O princípio de razoabilidade, nos casos da liberdade profissional e para o STF, não revela maior conteúdo técnico-jurídico, sendo utilizado no seu sentido usual.

São inúmeras as passagens, nos julgados, que apontam nesse sentido. Destaca-se, a esse propósito, o julgamento da Medida Liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1040, em que os Ministros decidem, em sua grande maioria<sup>100</sup>, se reportando à razoabilidade, como demonstram os trechos a seguir:

“Assim, já se afirmou, neste plenário, que a lei pode estabelecer limites de idade para provimento de cargos públicos, mas tal restrição há de ser *razoável*”. (Voto Néri da Silveira, Me. Lim. ADI 1040, Rel. Min. Néri da Silveira, p. 63, j. 9/03/1994).

“Pode, destarte, o legislador, ainda no plano da Constituição de 1988, estipular condições para o provimento de cargos públicos, desde que o juízo político se inspire em razões gerais de conveniência ou *razoabilidade*”. (Voto Néri da Silveira, Me. Lim. ADI 1040, Rel. Min. Néri da Silveira, p. 64, j. 9/03/1994).

“Parece-me, portanto, *razoável* que exijam as leis que regulamentam concursos públicos das carreiras jurídicas, uma certa prática, que se realiza, objetivamente, num certo número de

---

<sup>100</sup> Alguns Ministros não se baseiam na razoabilidade, a exemplo da Min. Ellen Gracie e do Min. Eros Grau.

anos (...)"'. (Voto Carlos Velloso, Me. Lim. ADI 1040, Néri da Silveira, p. 69, j. 09/03/1994).

Dos trechos supracitados, além de série de outras passagens nos acórdãos, fica patente que a razoabilidade não assume técnica específica. É um juízo que simplesmente pretende afastar restrições não razoáveis.

Apesar de termos destacado a Medida Liminar da ADI 1040 como marcante no que se refere à razoabilidade, é de se salientar que o uso do princípio se estende por toda a jurisprudência<sup>101</sup>.

Em passagem emblemática, o Min. Leitão Abreu explora, na Rep. 930, com maior profundidade, o que seria o princípio da razoabilidade, remetendo, inclusive, ao seu uso pela Suprema Corte americana, "na exegese das Emendas V e XIV (...)"<sup>102</sup>. Quanto ao seu conteúdo, prossegue o Min. Leitão Abreu, ainda no mesmo voto:

"O significado do termo razoabilidade, recobre-se, todavia, inesperadamente, de sombras, quando, numa inspeção, se tenta aprofundar o exato perfil do seu conteúdo conceitual. Por isso mesmo, adverte, inicialmente, famoso dicionário jurídico, no verbete relativo à palavra 'razoável'. 'A razão' – continua – 'varia nas suas conclusões de acordo com a idiosincrasia do indivíduo, bem como da época e circunstância, nas quais ele pensa. O raciocínio que construiu a antiga lógica escolástica ressoa neste caso como tímido brinquedo de criança'". (Voto Min. Leitão Abreu, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 76, j. 5/5/1976).

Continua o Ministro, argumentado que não é de estranhar essa posição intelectual de perplexidade, pois "é comum em presença de termos análogos", citando Agostinho e Pascal. Em seguida, continua justificando a amplitude da razoabilidade no Direito:

"Termo genérico, de que não é razoável, segundo o dicionarista, a que me referi, esperar uma definição exata, todos devem perceber, consoante lição de Pascal, o que se quer dizer com a voz

---

<sup>101</sup> Cita-se, a esse propósito, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 5/5/1976; Me. Lim. ADI 1040, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 09/03/1994; RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009; RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/08/2011; entre outros.

<sup>102</sup> Voto Min. Leitão Abreu, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 76, j. 5/5/1976.

da razoabilidade. No campo do Direito, conserva o termo razoável essa amplitude, oferecendo a sua conceituação, diante disso, as dificuldades inerentes ao seu caráter, para falar ainda a linguagem pascaliana, de termo primeiro ou de palavra primitiva, insuscetível, por isso mesmo, de definição, pois esta supõe termos precedentes, que sirvam a explica-lo. Todavia, no uso jurídico, o vocábulo razoável assume, por vezes, feição relativa ou particularizada, consoante as circunstâncias do discurso ou a acepção especial com que é empregado. 'Quando aplicado em relação a medidas legislativas' -explica outro repertório jurídico - (razoável) 'significa dentro de limites próprios, conveniente ou apropriado ao fim que se tem em vista' (...)"'. (Voto Min. Leitão Abreu, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 77, j. 5/5/1976).

O Ministro explica, portanto, que é da própria natureza do termo sua indefinição. Se assim for, explicada está a ausência de maiores tentativas dos Ministros em relação à conceituação do termo. Além do mais, tendo em vista que o Supremo usa do princípio sem explicitar o seu conteúdo, talvez seja exatamente esse o sentido, para a Corte, de razoabilidade.

Entretanto, apesar da explicação do Min. Leitão Abreu – e tendo em vista que essa exaltação é isolada entre todos os julgados -, a orientação geral da jurisprudência é de que a razoabilidade constitui apelo ao bom senso do legislador, quando da criação da norma.

É o que se extrai, por exemplo, do voto do Min. Luiz Fux, no RE 603.583, ou seja, caso dos advogados:

"(...) trata-se de questão de razoabilidade. Fere o *bom senso*, data máxima vênua, que se reconheça a existência de autorização constitucional unicamente para o controle *a posteriore*, (...)"'. (Voto Min. Luiz Fux, RE. 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 46, j. 26/10/2011) (grifos nossos).

Essa é, portanto, a orientação geral da jurisprudência.

### **3.3.3 Passagens conflitantes**

Algumas passagens despertam interesse quanto à peculiaridade, como é a seguinte passagem do Ministro Sepúlveda Pertence:

“Entendo que as restrições legais se submetem a um controle de razoabilidade, e, para tanto, nem é preciso importar o princípio da proporcionalidade de diversas Constituições modernas”. (Voto Sepúlveda Pertence, Me. Lim. ADI 1040, Néri da Silveira, p. 73, j. 09/03/1994).

Como veremos adiante, não parece ter vingado a ideia do Min. Sepúlveda Pertence de que só o exame da razoabilidade se presta para controle das restrições legais, tendo a corte efetuado o teste da proporcionalidade diversas vezes<sup>103</sup>. Entretanto, também nunca se descartou a averiguação de razoabilidade da norma.

Sobre o uso do exame da razoabilidade e proporcionalidade, inclusive, já no julgamento definitivo da ADI 1040, se posiciona diferentemente o Min. Eros Grau, ao sutilmente afirmar:

“(...) as pautas de proporcionalidade e razoabilidade só podem ser atuadas no momento da norma da decisão, quando este Tribunal, por exemplo, opera o controle concreto e não o controle difuso (...). Estou desprezando os argumentos sobre proporcionalidade e razoabilidade. Não estamos aqui para corrigir o legislador (...)”. (Voto Min. Eros Grau, ADI 1040, Néri da Silveira, para o acórdão, Min. Ellen Gracie, p. 93, j. 11/11/2004).

O voto, apesar de fazer parte da corrente vencedora, não considerou a razoabilidade e proporcionalidade como argumentos aceitáveis.

É uma “passagem conflitante”, pois, para fins de análise da jurisprudência, o que pode ser constatado é que a posição não parece ter sido acatada pelos outros Ministros, que continuaram a se apoiar nos exames de razoabilidade e proporcionalidade tanto no controle difuso<sup>104</sup>, quanto no concreto<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Cf, para esse efeito, o tópico 3.4.

<sup>104</sup> Alguns casos em que se utilizou da proporcionalidade e razoabilidade, em controle difuso, após colocação do Min. Eros Grau: RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009; RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/08/2011; entre outros.

<sup>105</sup> Exemplo de caso em que se utilizou da proporcionalidade e razoabilidade, em controle concentrado, após colocação do Min. Eros Grau: ADI 3000, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 19/12/2005.



Além do mais, o Min. Celso de Mello outorga conteúdo mais específico à razoabilidade, indicando que a mesma consistiria no “coeficiente de aferição da proporcionalidade<sup>106</sup>”. No entanto, visto os sentidos que o STF emprega à própria proporcionalidade<sup>107</sup>, não há outra conclusão a não ser ressaltar o conflito entre a colocação do Ministro e a jurisprudência, tanto no que se refere à proporcionalidade, quanto à razoabilidade.

### **3.3.4 Conclusão preliminar**

A jurisprudência do Supremo não conceitua a razoabilidade, exceção feita à colocação do Min. Leitão Abreu<sup>108</sup>, que diga-se de passagem, é decisão que veio anteriormente à promulgação da Carta da República. O STF simplesmente cita o princípio como uma espécie de limite abstrato, que, com já dissemos, não permite diploma normativo desarrazoado, sem dizer, no entanto, o que seria uma norma desarrazoada. O exame de razoabilidade, por não haver qualquer espécie de contorno fixo, fica a cargo individual dos Ministros, sem quaisquer balizas.

Daí, portanto, o que se pode extrair, se isso, é que a razoabilidade como critério aponta para o bom senso do legislador. Não havendo uma mínima ponderação por parte do legislador quanto à restrição ou sua intensidade, o STF taxa a norma de inconstitucional, sob o manto da razoabilidade.

Assim, a razoabilidade, como critério para restrição, apela ao bom senso do legislador e ao juízo de razoabilidade pelo próprio Ministro, sem apresentar conteúdo jurídico especificado.

## **3.4 O critério da proporcionalidade**

Como fizemos com a razoabilidade, o presente tópico se destina a descrever os conteúdos que o STF emprega à proporcionalidade.

---

<sup>106</sup> É de se discutir, inclusive, se tal colocação é de fato mais concreta e específica do que a simples citação do princípio. No entanto, a tentativa de relacionar a razoabilidade e a proporcionalidade já nos faz crer que existe ao menos a tentativa de explicitar o conteúdo do princípio.

<sup>107</sup> Olhar tópico 3.4.

<sup>108</sup> Olhar tópico 3.3.2.

Diferentemente do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade assume, às vezes, na jurisprudência do Supremo e nos casos da liberdade profissional, um conteúdo especificado, consistente na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras, assume os mesmos contornos conceituais da razoabilidade, isto é, remete ao bom senso, sem especificar limites claros.

### **3.4.1 Justificativa**

A justificativa, para esse ponto, não difere daquela já explanada no sub-tópico que denominamos “critério da razoabilidade”. Afinal, trata-se, como no caso, de um critério que o STF menciona, reiteradas vezes, para a restrição da liberdade profissional.

Inclusive, Conrado Hubner, em sua tese de doutorado, enfatiza o potencial da proporcionalidade (entendida no sentido que denominamos como *técnica*<sup>109</sup>, isto é, que percorre as três etapas acima descritas), num contexto de diálogo institucional:

“(...) nos contextos que essa técnica impregnou de forma bem-sucedida o discurso jurídico, o judiciário induz os outros poderes a pensar nos seus próprios papéis em termos de proporcionalidade. Cria, portanto, uma linguagem comum pela qual os poderes podem se comunicar e, inclusive, esforçar-se para persuadir a corte da validade de seus atos. (...)”<sup>110</sup>.

Assim, a virtude da proporcionalidade, para o mesmo autor, reside na capacidade de conferir uma ordem e uniformização ao argumento<sup>111</sup>. Será que, na jurisprudência do STF, essa ordem é atingida e, assim, tem um grande valor para o diálogo institucional? Seja a resposta negativa ou positiva, ela nos interessa, para fins de descrever a mensagem.

### **3.4.2 Proporcionalidade: classificação**

A técnica do triplo teste, como normalmente descrita pela doutrina, que tem por objetivo analisar se o núcleo essencial de um direito

---

<sup>109</sup> Olhar tópico 3.4.2.1.

<sup>110</sup> MENDES. Conrado Hubner. “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação” p. 121.

<sup>111</sup> *Idem*, p. 122.

fundamental resta violado, é construção doutrinária proveniente da Alemanha, e é hoje empregada, com certa frequência, pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, resulta difícil destinar, como fizemos acima, um subtópico às “passagens conflitantes”, em função da ambiguidade com que se emprega o termo<sup>112</sup>. Como não há consenso na jurisprudência, seria preciso, antes de delimitar uma passagem como conflitante, eleger uma orientação geral ou majoritária, o que se nos afigura tarefa difícil, para não falar impossível, sem imprimir um sentido de generalidade a um ou outro termo, relegando o outro à condição de “conflitante” ou “dissonante”.

Assim, exploraremos o princípio nas suas diferentes acepções, sem eleger, propriamente, uma orientação predominante. Nesse sentido, podemos encontrar duas orientações: 1) A proporcionalidade *técnica*<sup>113</sup>, que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; 2) A proporcionalidade *não especificada*<sup>114</sup>, que não assume contornos técnico-jurídicos. Devido à falta de especificação, essa componente técnica não é identificável.

#### 3.4.2.1 Proporcionalidade técnica

O STF utilizou da proporcionalidade “técnica” no RE 511.961 SP, RE 603.583 e no RE 414.426<sup>115</sup>, nos quais percorreu as três etapas da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como parâmetro de controle de constitucionalidade.

No RE 603.583, denominado por nós de “caso dos advogados<sup>116</sup>”, o Min. Rel. Marco Aurélio já analisa o diploma normativo sob a ótica da

---

<sup>112</sup> Ver tópico 3.4.2.1 e 3.4.2.2.

<sup>113</sup> O termo “técnica” faz referência à proporcionalidade como pensada, em geral, pela doutrina contemporânea. Essa classificação por nós adotada não encontra respaldo em obras doutrinárias, mas se nos afigura importante quando da sistematização da jurisprudência.

<sup>114</sup> O termo “não especificada” diz respeito à proporcionalidade quando empregada sem maiores contornos técnico-jurídicos, ou seja, remete a um juízo ao qual não se determinou um parâmetro claro. Essa classificação também não é doutrinária, mas tem valor no que se refere à jurisprudência.

<sup>115</sup> Três dos onze casos analisados, portanto, utilizaram da proporcionalidade que denominamos de “técnica”.

<sup>116</sup> Ver tópico 3.1.4.

proporcionalidade técnica, percorrendo as três etapas do teste, concluindo ser proporcional. Na adequação, o Min. assentou que “o exame da Ordem atesta conhecimentos jurídicos, o que o faz congruente com o fim protegido – o de proteger a sociedade de riscos relativos à má operação do Direito<sup>117</sup>”. Em seguida, quanto à necessidade (chamada, pelo Ministro, de subprincípio da vedação do excesso), consignou:

“O subprincípio da vedação do excesso, normalmente traduzido pela expressão ‘não se abatem pardais disparando caminhões’, atribuída ao jurista alemão Jellinek, envolve a análise dos meios alternativos à medida restritiva, impondo ao poder público que escolha o menos gravoso dos direitos fundamentais. (...) À evidência, os meios devem ser razoavelmente equivalentes em eficácia, sob pena de inviabilizar-se a gestão pública, forçando a opção pelos meios menos gravosos e, na maior parte das vezes, menos eficazes. Nesse ponto, desfaz-se a argumentação do recorrente, porquanto a alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso mostra-se inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio”, (Voto Min. Marco Aurélio, RE 603.583, Rel Min. Marco Aurélio, p. 10, j. 26/10/2011)

Chegando à última etapa, concluiu:

“Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito requer o sopesamento entre a importância de realização do fim objetivado pela medida e a intensidade da restrição de direito fundamental (...). Os benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do art. 5º da Carta. A resposta é positiva, por um conjunto de razões.” (Voto Min. Marco Aurélio, RE 603.583, Rel Min. marco Aurélio, p. 11, j. 26/10/2011)

As “razões” a que alude o Ministro no trecho supratranscrito são jurisprudenciais, e se referem aos casos dos jornalistas e ao caso dos músicos. A conclusão final, no entanto, é de que o risco da atividade de advogado permite a atuação normativa<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Voto Min. Marco Aurélio, RE 603.583, Rel Min. Marco Aurélio, p. 9, j. 26/10/2011.

<sup>118</sup> Voto Min. Marco Aurélio, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 11-13, j. 26/10/2011.

Da exposição, ficou claro que o princípio é utilizado, pelo Ministro, no sentido que denominamos de “técnico”. Percorreu o teste, explicando cada etapa, citando, inclusive, doutrinas especializadas no assunto<sup>119</sup>.

Descabe, aqui, análises quanto à correspondência do uso do princípio pelo Ministro em relação à doutrina. O que se percebe, claramente, é um esforço para demonstrar determinada compatibilidade, reforçando a tese de que essa espécie de proporcionalidade encontra respaldo na doutrina e que consiste, conseqüentemente, nas etapas já descritas.

Outro exemplo marcante quanto ao uso da proporcionalidade técnica é a de Gilmar Mendes, no caso dos jornalistas. Na oportunidade, ao dar pela inconstitucionalidade da exigência de diploma de ensino superior, assentou:

“No exame de proporcionalidade, (...) não passa sequer no teste de adequação. (...) a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros (...) o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas numa faculdade” (Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 756, j.17/06/2009).

Na doutrina que consagra o princípio da proporcionalidade, as etapas são ordenadas, de maneira que, como fez o Min. Gilmar Mendes, uma vez não passado numa delas, a norma em questão já é inconstitucional<sup>120</sup>.

Ellen Gracie, no mesmo julgamento, também faz uso do teste de proporcionalidade, ao expressamente dizer “que deve passar pelo crivo dos critérios de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito<sup>121</sup>”. A Ministra entende que a lei não passa pela adequação, conforme segue:

---

<sup>119</sup> O Ministro faz referencia ao livro “Direitos Fundamentais” de Virgílio Afonso da Silva, assim como Humberto Ávila, em seu “Teoria de princípios”.

<sup>120</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”: “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra de proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas sub-regras. Pode-se dizer que tais regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. (...) Com subsidiariedade, quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação” p. 34.

<sup>121</sup> Voto Min. Ellen Gracie, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 818, j. 17/06/2009.

“Isso porque não é a ausência de qualificações técnicas específicas da atividade jornalística que poderá causar danos à coletividade, mas o modo com que o profissional da comunicação lidará com os fatos, a verdade, a moral e a ética, seu grau de responsabilidade, argúcia e comprometimento com o bom-senso e a seriedade”. (Voto Min. Ellen Gracie, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 820, j. 17/06/2009)

O Min. Luiz Fux, também no caso dos advogados, remete à proporcionalidade como princípio que pretende à vedação do excesso. Percorre o “triplo teste”, e conclui pela constitucionalidade do Exame. Na adequação,

“Trata-se de medida adequada à finalidade que se destina, qual seja, a aferição da qualidade técnica necessária ao exercício da advocacia e, caráter preventivo com vistas a evitar que a atuação profissional do inepto cause prejuízo à sociedade (...) Prosseguindo-se no teste da proporcionalidade, o Exame de Ordem também atende ao subprincípio da necessidade, traduzindo-se no meio menos gravoso de atingir o resultado pretendido (...)”. (Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 46-47, j. 26/10/2011)

Assim, passados os dois primeiros testes, conclui: “De óbvia constatação, então, será o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que os benefícios gerados superam as restrições impostas<sup>122</sup>”.

Gilmar Mendes, dessa vez no caso dos advogados, realiza – de novo – o tal teste, consignando que para saber se a norma atinge o núcleo essencial, é preciso fazer o teste da proporcionalidade<sup>123</sup>. Dá pela adequação da prova, pois a medida atesta a qualificação mínima “necessária para o exercício profissional<sup>124</sup>”. Continuando, diz ser a norma necessária, pois a existência de controle repressivo não justifica a ausência

---

<sup>122</sup> Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Min. Rel. Marco Aurélio, p. 47, j. 26/10/2011.

<sup>123</sup> *Idem*, p. 47-48.

<sup>124</sup> Voto Min. Gilmar Mendes, RE. 603.583, Min. Rel. Marco Aurélio, p. 84, j. 26/10/2011.

de controle preventivo, além de deixar assente que o bacharel tem outras carreiras a seguir no direito que não a advocacia<sup>125</sup>.

#### 3.4.2.2 Proporcionalidade "não especificada"

A proporcionalidade não especificada também está representada na jurisprudência do STF, na ADI 2.317-9 DF, na Rep. 930, no RE 414.426 e no caso dos jornalistas (RE 511.961/SP)<sup>126</sup>.

Na ADI 2.317<sup>127</sup>, de relatoria do Min. Ilmar Galvão, a singela colocação do Ministro Relator sobre a proporcionalidade se restringe a:

"(...) cabe destacar que a medida expressa na resolução atacada visa à manutenção, exatamente, da necessária independência dos auditores independentes, cuja permanência por longos períodos junto à mesma instituição poderia comprometer a eficácia do controle exercido pelo Banco Central. Desse modo, não há, igualmente, plausibilidade na alegação de princípio da proporcionalidade". (Voto Min. Ilmar Galvão, ADI 2.317, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 348, j. 19/12/2000).

Resta clara, assim, a falta de especificação do termo, justificando sua colocação no presente tópico. Aqui, na verdade, o Ministro parece usar da proporcionalidade como termo complementar ou sinônimo da razoabilidade, haja vista a própria construção da frase e a falta de distinção entre os termos.

No caso jornalistas, a Min. Carmen Lúcia, em seu voto, que fez parte da corrente vencedora, também há referência ao princípio da proporcionalidade, na seguinte passagem: "Não há critério de proporcionalidade passível de ser acolhido, eu acho, em face do sistema constitucional brasileiro (...) <sup>128</sup>".

No contexto da frase, não há nada que especifique o sentido com que está sendo empregado o termo. O que pode ser indicado é que o voto anterior, do Min. Gilmar Mendes, faz uso da proporcionalidade técnica, o

---

<sup>125</sup> *Idem*.

<sup>126</sup> Em quatro dos onze julgados, portanto, algum Ministro não especificou o sentido que agrega ao termo.

<sup>127</sup> Para maiores, detalhes, cf. tópico 3.1.5.

<sup>128</sup> Voto Min. Carmen Lúcia, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 786, j.17/10/2009.

que poderia apontar para uma alusão a esse tipo de proporcionalidade. No entanto, maiores indícios não existem nesse sentido, o que nos leva a classificar o uso como não especificado.

O Min. Celso de Mello, no caso dos músicos, também faz referência à proporcionalidade, no seguinte contexto:

“Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente da aferição da razoabilidade”. (Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 108, j. 01/08/2011).

Assim, para Celso de Mello, a proporcionalidade seria a qualificação da razoabilidade. Através daquele, portanto, seria possível definir se o diploma é razoável. No entanto, o Ministro não especifica o conteúdo da proporcionalidade, se limitando a descrevê-la como a proibição à atividade legislativa ilimitada, imoderada e irresponsável<sup>129</sup>. Remete, conseqüentemente, também ao bom senso, não sendo, por essa razão, uma qualificação técnica da razoabilidade.

No mesmo sentido parece ser a colocação do Min. Leitão de Abreu, na seguinte passagem:

“A regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério da razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de polícia” (Voto Min. Leitão de Abreu, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, p. 82, j. 5/5/1976).

As conclusões, aqui, são as mesmas, haja vista a ausência de maior especificação acerca da proporcionalidade.

No caso dos músicos, Ellen Gracie também faz uso da proporcionalidade, mas, dessa vez, ao contrário do voto da Ministra no caso dos jornalistas, a referência é vaga, e não explicita o conteúdo do princípio:

“(...) 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

---

<sup>129</sup> Voto Min. Celso de Mello, RE 414.426, Min. Rel. Ellen Gracie, p. 109, j. 01/08/2011.



direitos fundamentais”. (Voto Min. Ellen Gracie, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 90, j. 01/08/2011).

No resto do voto, não se toca mais na questão da proporcionalidade, levando-nos a classificar seu uso, no caso, como “não especificado”.

No caso dos jornalistas, também, o Min. Marco Aurélio também cita a proporcionalidade, consignando que, para a lei ser declarada inconstitucional, precisaria ser rotulada de desproporcional<sup>130</sup>, que não é o caso, para o Ministro.

### **3.4.3 Conclusão preliminar**

Portanto, por vezes<sup>131</sup> a proporcionalidade é usada sem se especificar o sentido, ou seja, não remete a uma técnica jurídica específica, e, em outras, há descrição detalhada do teste da proporcionalidade, consistente na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entretanto, reina a ambiguidade, visto que quando se cita a proporcionalidade, nem sempre há menção quanto ao sentido em que está sendo usado.

Assim, para fins da mensagem, é preciso entender que, em muitos sentidos, utiliza-se da proporcionalidade como sinônimo ou termo complementar da razoabilidade, o que remete, novamente, ao bom senso do legislador.

### **3.5 A mensagem: clareza e objetividade?**

Depois da análise feita, antes de adentrarmos no capítulo que segue, é preciso esclarecer qual é, afinal, a mensagem do STF. É preciso que essa fique clara, pois muito da análise subsequente dependerá dessa primeira parte do trabalho.

A primeira informação que se retira é a de que os casos que firmam o entendimento jurisprudencial, não se limitando a simplesmente reiterar a jurisprudência, são aqueles que detalhamos no tópico 3.1, *supra*, isto é, a

---

<sup>130</sup> Voto Min. Marco Aurélio, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 823, j. 17/06/2009.

<sup>131</sup> Dissemos *supra* que a proporcionalidade técnica foi utilizada em três dos onze casos e a não especificada, em quatro dos onze casos.

Rep. 930, RE 511.961/SP, RE 414.426, RE 603.583 RS. São, respectivamente, o caso dos corretores de imóveis, o caso dos jornalistas, dos músicos e dos advogados. A mensagem decorre, primordialmente, portanto, desses julgados.

Os critérios do potencial lesivo e conhecimentos técnicos, que constituem a parte significativa da mensagem, são os que seguem, nas palavras da Min. Ellen Gracie:

“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”. (Voto Min. Ellen Gracie, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 89, j. 01/08/2011).

Também, a esses critérios, adiciona-se a razoabilidade e a proporcionalidade. O primeiro remete ao bom senso do legislador, e carece de maior construção jurídica. O segundo pode remeter ao princípio da proporcionalidade, consistente na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou então, a um termo sem essa conotação técnica, do qual não foi possível extrair maiores detalhes.

Essa é, em brevíssimo resumo, a “mensagem”.

Cabe-nos, agora, classificar a jurisprudência nos termos do tópico 1.2, *supra*. Quando expusemos a nossa concepção de diálogo institucional, citamos que, para fins de uma saudável interação entre Poderes, idealmente, seria exigível da Suprema Corte uma “mensagem” clara e objetiva, de maneira a facilitar – ou até mesmo possibilitar – o diálogo institucional entre o Supremo e o Legislativo.

Depois de analisar a jurisprudência, é possível responder se a jurisprudência é clara e objetiva, ou se carece em ambos esses aspectos.

Antes, entretanto, é preciso dizer o sentido com que empregamos essas duas expressões. *Clareza??*

A resposta é que o STF, nos casos relacionados à liberdade profissional, não se encaixa nos padrões descritos. Não é que a jurisprudência seja particularmente contraditória<sup>132</sup>, mas, para fins de diálogo institucional, é preciso mais do que isso, sendo a *clareza* e *objetividade* ingredientes essenciais.

Vimos que, na proporcionalidade e razoabilidade, a vagueza com se usa os termos certamente não contribui para uma jurisprudência clara. Nesse aspecto, há uma deficiência a ser endereçada.

Quanto aos critérios do potencial lesivo e conhecimento técnico, que se nos afigura como parte importante da mensagem, também não há objetividade. Emblemático, nesse sentido, é o voto do Min. Celso de Mello, no RE 414.426 que, em voto extenso, demonstra prolixidade ímpar. O mesmo pode ser dito, sem maiores dificuldades, sobre os outros casos e a maioria dos votos.

No entanto, deve ser destacado que há clareza quanto aos critérios do potencial lesivo e conhecimentos técnicos. Da leitura dos acórdãos, esses dois critérios são facilmente depreendidos.

Assim, a jurisprudência demonstra um grande potencial da jurisprudência em relação à sua interação e influência em relação às decisões tomadas pelos demais Poderes, mas, no tocante a alguns critérios, falta, ainda, certa clareza, capaz de diminuir a incerteza do legislador quanto à mensagem.

#### **4 Considerações finais: o potencial de diálogo institucional com o Poder Legislativo**

Analisada a jurisprudência do STF, reservamos esse último capítulo para algumas reflexões acerca do impacto potencial da jurisprudência na produção legislativa, analisando os limites dos critérios, instrumentos potenciais de diálogo e a previsibilidade das decisões da corte.

---

<sup>132</sup> Destacamos que a jurisprudência não é totalmente coerente, visto uma série de passagens que contradizem a "orientação geral". No entanto, foi possível identificar, a não ser no caso da proporcionalidade, uma tal "orientação geral", o que nos levou a não classificá-la pelas contradições, mas pela possibilidade de identificação de uma linha predominante.

#### **4.1 Os critérios elencados e a subjetividade natural**

Os direitos fundamentais, enquanto normas extremamente abrangentes, não comportam uma única resposta certa, no que se refere à sua concretização. Tratamos, acima, do diálogo institucional, como forma de atingir a melhor resposta possível, a partir de um rico debate entre poderes.

Porém, até que ponto esses critérios que o STF menciona agregam ao debate, isto é, eles são capazes de influenciar a atividade legislativa e atingir a melhor resposta?

Parece-nos que a resposta é positiva. Ao ler o dispositivo constitucional, de lá não se extrai as limitações do Poder Legislativo, de tal maneira que ainda poderia caber uma interpretação literal, no sentido de ser irrestrita a atuação legislativa. Não defendemos nem rejeitamos esse jeito de interpretar a norma. No entanto, os critérios são balizas – nem sempre claras, é verdade – que indicam que o STF enxerga limitações materiais à atividade normativa.

Assim, a mensagem indica que o legislador precisa perpassar pelos critérios, para que a nova lei proposta seja compatível com a interpretação que o STF dá ao art. 5º, XIII.

No entanto, não é que se eliminou qualquer subjetividade acerca da concretização da liberdade fundamental de profissão. A verificação dos critérios continua, até mesmo por natureza, totalmente subjetiva. Verificar a proporcionalidade ou razoabilidade de uma norma, por exemplo, não é um juízo totalmente objetivo, e está completamente sujeito aos valores daquele que está a fazer a verificação. O mesmo vale para os critérios de “danos a terceiros” e “conhecimentos científicos indispensáveis”. Vale, aqui, breve colocação em relação a cada um dos critérios, de modo a ilustrar essa subjetividade.

##### **4.1.1 Potencial lesivo e técnica indispensável**

Na própria jurisprudência, há sinais claros de que a averiguação de potencial lesivo e técnica indispensável ao exercício da profissão são

análises muito mais subjetivas do que objetivas. Não há uma única resposta certa, mas tão-somente opiniões, que naturalmente divergem.

O importante, aqui, é não confundir clareza com subjetividade. Já dissemos, no tópico 3.2 que, no que se refere a esses critérios em específico, o STF é, apesar de prolixo, bastante claro. No entanto, isso não retira a subjetividade do critério. Portanto, é possível, como parece ocorrer no caso, que, mesmo havendo divergência entre os Ministros, haja consistência no uso, quer dizer, a subjetividade e eventual discordância entre Ministros não é o suficiente para desmerecer o critério.

Exemplo disso ocorre no caso dos jornalistas. Gilmar Mendes, em voto pela inconstitucionalidade da exigência de diploma, consignou que “a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros”, pois o jornalismo não exige técnicas específicas “que só podem ser aprendidas na faculdade<sup>133</sup>”.

No entanto, o Min. Marco Aurélio, em voto vencido no mesmo caso, considera:

“Penso que o jornalista deve deter formação, uma formação básica que viabilize a atividade profissional no que repercute na vida dos cidadãos em geral. Ele deve contar – e imagino que passe a contar, colando grau em nível superior – com técnica para entrevistar, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva publicar no veículo de comunicação. (...) A existência de norma a exigir o nível superior implica uma salvaguarda, uma segurança jurídica maior quanto ao que é versado com repercussão ímpar, presentes aqueles que leem jornais, principalmente jornais nacionais (...)”. (Voto Min. Marco Aurélio, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 823-824, j. 17/06/2009).

O que o conflito acima demonstra é que o critério é tão subjetivo que os próprios Ministros podem sobre ele discordar, chegando a conclusões totalmente diversas.

---

<sup>133</sup> Voto Min. Gilmar Mendes, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 756, j. 17/06/2009.

Também, apesar de não haver, nos julgados analisados, discordância em relação ao potencial lesivo, como no caso da técnica indispensável, pensamos que essa também se submete à subjetividade, pelas mesmas razões da tal “técnica indispensável”.

#### **4.1.2 Razoabilidade**

Como já foi visto em tópico próprio (tópico 3.3), a razoabilidade, na jurisprudência, remete ao bom-senso do legislador. É um critério que se pauta, portanto, na subjetividade.

A própria jurisprudência também confirma essa subjetividade, pois os próprios Ministros, numa série de julgados<sup>134</sup>, apoiados na razoabilidade, concluem diversamente acerca das restrições.

Remetemos, nesse sentido, à Medida Cautelar na ADI 1040, na qual, em decisão apertada por 6 a 4, baseada na razoabilidade, decidiu-se que a restrição era possível. As razões, tanto para deferimento quanto indeferimento, diziam respeito à norma ser razoável ou desarrazoada, de tal maneira que resultou clara a subjetividade total do critério.

A jurisprudência do STF demonstra, portanto, a fragilidade da razoabilidade, enquanto critério para a regulamentação de qualquer direito fundamental. Dentre todos os critérios, arriscamo-nos a dizer que a razoabilidade é o que menos adiciona ao diálogo, pois, além de partir de uma premissa um tanto quanto óbvia, qual seja, de que o legislador deve atuar com certa moderação, nada traz de novo, servindo como ferramenta argumentativa consideravelmente frágil à disposição do Supremo, justificando o juízo de constitucionalidade por ele praticado.

A subjetividade total da razoabilidade leva-nos, assim, a desincumbir o legislador de, quando da edição da lei, analisar esse ponto em específico, pois em nada adiciona a um juízo de “melhor resposta”, que é o que se idealiza num diálogo institucional sobre a concretização dos direitos fundamentais.

---

<sup>134</sup> Cita-se, a esse propósito, Rep. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 5/5/1976; Me. Lim. ADI 1040, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 09/03/1994; RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009; RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/08/2011; entre outros.

### 4.1.3 Proporcionalidade

Vimos que a proporcionalidade, na jurisprudência, assume tanto a forma “técnica”, que consiste no perpassar de três etapas, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como uma outra forma “não especificada”, da qual não se depreende nenhum conteúdo técnico.

Para essa última forma, a conclusão é a mesma do que a já descrita na razoabilidade, isto é, de subjetividade total, o que acaba por afastar essa espécie de proporcionalidade enquanto critério valioso para fins de diálogo.

Entretanto, a proporcionalidade “técnica” pode ser muito mais interessante de um ponto de vista de diálogo. Isso porque traz uma série de etapas coordenadas que impõe um ônus argumentativo claro, não isento de subjetividade, mas que uniformiza o debate.

Nesse sentido, estamos alinhados com Conrado Hubner, que diz:

“Essa moldura analítica tem a qualidade de racionalizar, mas nem por isso determina respostas corretas ou ‘camufla a criação judicial do direito’. É uma estrutura de balanceamento que não clama neutralidade e, assumidamente, faz escolhas de natureza moral e política. No entanto, consegue ao menos uniformizar o argumento e conferir-lhe uma ordem (...)”<sup>135</sup>.

E continua:

“(...) Quero apenas propor que, mesmo que por meio de uma condução bastante estrita da corte, a proporcionalidade é também uma forma de diálogo. Dá ao legislador uma linguagem por meio da qual pode responder, e eventualmente desafiar, a corte”<sup>136</sup>.

É verdade que, tendo em vista que o triplo teste não é sempre utilizado e, às vezes, quando é utilizado, não se especifica de que maneira<sup>137</sup>, a proporcionalidade perde um pouco seu valor, pois a

---

<sup>135</sup> MENDES. Conrado Hubner. “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, p. 121.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 122.

<sup>137</sup> Cf. tópico 3.4.

uniformização perde sentido se existe arbítrio quanto ao uso da técnica. Nem por isso, entretanto, é inútil.

Muito pelo contrário, pensamos que a proporcionalidade é, dentre todos os critérios identificados, o que mais organiza os argumentos e propicia, portanto, o diálogo mais rico entre poderes.

Além do mais, é o único dos critérios que, se considerado na forma técnica, *é capaz de analisar se a restrição é meio apto para prevenir o dano a terceiros*, isto é, impõe o ônus quanto à intensidade da restrição e a adequação deste ao fim que se pretende.

Nesse sentido, discordamos da Min. Carmen Lúcia que afirmou: “Não há critério de proporcionalidade passível de ser acolhido, eu acho, em face do sistema constitucional brasileiro (...)”<sup>138</sup>. Mesmo não especificando o conteúdo do princípio, seja na técnica ou com conceito similar ao da razoabilidade, não há como afirmar, com tanta certeza, que o critério de proporcionalidade só tem um possível resultado. A subjetividade não permite tal conclusão.

#### **4.1.4 Conclusão parcial**

Portanto, não nos parece possível dizer, com convicção, que, a partir da jurisprudência do STF, resta claro quando uma determinada lei fere ou não a liberdade profissional. Não se trata, entretanto, de uma crítica propriamente dita, pois essa indeterminação deriva da própria natureza dos direitos fundamentais.

Entretanto, como será visto no tópico 4.3, *infra*, os critérios diminuem o nível de incerteza acerca do juízo do STF, apontando para certo grau de previsibilidade das decisões do Supremo.

## **4.2 Instrumentos para o diálogo**

### **4.2.1 Omissão inconstitucional?**

É de se indagar se, para o STF, a não regulamentação de algumas profissões que cumprem todos os requisitos configura omissão

---

<sup>138</sup> Voto Min. Carmen Lúcia, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 786, j.17/10/2009.



inconstitucional, frente à necessidade de proteger a sociedade de danos decorrentes do mau exercício de profissões, ou se a regulamentação é um juízo do Legislativo, não sendo a falta de regulamentação inconstitucional.

São inúmeras as passagens em que o STF se posiciona pela regulamentação como sendo um juízo do Legislativo, não se configurando sua falta como inconstitucional<sup>139</sup>.

Assim, parece vigorar, para efeitos da jurisprudência, o princípio da autonomia legislativa, que reflete uma menor ingerência do STF no que se refere à pressão que este poderia exercer face ao Congresso Nacional, cobrando regulamentações.

Desta constatação, surge o seguinte posicionamento do Min. Luiz Fux:

“Mas existe, ainda, um argumento – sedutor, reconheça-se – de que outras profissões de grande relevância social não exigem, para inscrição nos respectivos órgãos de classe, prévia autorização em um exame, como, por exemplo, é o caso dos médicos, que são inscritos na entidade de classe tão-somente com a conclusão do curso de graduação (...). Na verdade, a circunstância de atualmente não haver a obrigatoriedade legal de aprovação em exame como requisito para o exercício de determinada profissão não significa que a lei não possa passar a exigí-la (...).” (Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 48, j. 26/10/2011).

Portanto, profissões não regulamentadas não dão azo à uma interpretação por analogia, retirando a regulamentação de profissões que também satisfazem os requisitos impostos pelo STF. Não cabem interpretações no sentido de que, por exemplo, como a profissão de médico não é regulamentada, a restrição imposta a outros profissionais é inconstitucional.

---

<sup>139</sup> Vale, aqui, citar breve passagem do voto do Min. Eros Grau, no RE 511.961, no qual destacou: “(...) Quando pode [=deve] o legislador ordinário impor ao profissional a exigência de qualificação como requisito para o exercício de sua atividade?”. No entanto, não há maiores explicações, de maneira que a isolada colocação não permite sequer maior detalhamento neste tópico.

Vale a ressalva, no entanto, de que o STF não foi amplamente testado, tendo rebatido o argumento somente no caso dos advogados, isto é, nos outros casos analisados, não surge argumento no sentido de que a falta de restrição de alguma profissão levaria à inconstitucionalidade de outras restrições. No entanto, a corte indica claramente que esse argumento não se sustenta para a pretensão de declaração de inconstitucionalidade de alguma regulamentação.

Isso não obsta, no entanto, como o STF já fez numa série de oportunidades, a indicação de algumas profissões que admitiriam restrições.

A atual postura do STF, portanto, permite um diálogo, no sentido de uma troca de informações, e, ao se subtrair da competência de declaração de omissão inconstitucional, o Supremo retira instrumento capaz de pressionar o Legislativo, para regulamentar determinada profissão.

#### **4.2.2 Constitucionalidade imperfeita ou *trânsito para inconstitucionalidade***

No caso dos advogados, o Min. Luiz Fux, em voto pela constitucionalidade do Exame, afirmou que a norma, ao outorgar exclusivamente à OAB a realização do Exame, estaria em *trânsito para inconstitucionalidade*, ou seja, a norma caminha para uma inconstitucionalidade superveniente, nos seguintes termos:

“A percepção do princípio democrático nas relações da vida adquiriu novas cores com a ascensão do Direito Regulatório, em que sobrelevou o viés da *participação no procedimento* e, com isso, a reprodução, na esfera da decisão regulatória, do pluralismo que marca a sociedade”. (Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 53, j. 26/10/2011). (grifos nossos).

A participação a que o trecho acima se refere diz respeito a

“(…) outros segmentos da comunidade jurídica, como a magistratura, o Ministério Público e, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e o magistério superior de Direito, de modo a que, ampliada essa participação, consolide-se a legitimidade democrática da OAB na realização dos procedimentos

concernentes ao Exame (...)”. (Voto Min. Luiz Fux, RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 54, j. 26/10/2011).

Dessa ponderação, o Ministro propõe “uma decisão que, mesmo sem reconhecer a invalidade da legislação, se aproxime daquilo que, na experiência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ficou conhecido como *apelo ao legislador (...)*” (grifos no original).

Daí se perceber, assim, o *potencial desse instrumento particular, no que se refere ao diálogo*. Entretanto, apesar desse potencial e a despeito da proposta do Min. Luiz Fux, a Corte não se pronunciou a esse respeito. O resultado imediato é que a colocação perde a força, até mesmo considerando que os outros Ministros não sinalizaram para uma *quase-inconstitucionalidade*, mas, pelo contrário, indicaram exclusivamente para a constitucionalidade da restrição.

Assim, é certo que a declaração de trânsito para inconstitucionalidade seria interessante para o diálogo, pois comunicaria ao Poder Legislativo a necessidade de ação, não deixando, ao mesmo tempo, um vácuo normativo, que poderia acompanhar uma decisão do Supremo.

### **4.3 Previsibilidade das decisões do STF**

Decorre do tópico 4.1, no qual dissemos que os critérios que o STF menciona, na sua “mensagem” ao legislador, estão bastante sujeitos à subjetividade, que as decisões do STF não sejam muito previsíveis.

Os critérios, na verdade, diminuem as possibilidades de total arbítrio do Supremo, ao indicar algumas balizas básicas. Algumas profissões claramente não podem ser reguladas<sup>140</sup>, enquanto outras certamente podem<sup>141</sup>.

Assim, o gráfico que segue demonstra, o impacto dos critérios na previsibilidade das decisões, sem fazer maiores distinções entre os impactos dos diferentes critérios:

---

<sup>140</sup> Profissões como atleta desportivo, pintor, escritor, entre várias outras estão entre as que, nos parece, dificilmente permitiriam, pelos critérios do próprio STF, restrição.

<sup>141</sup> Além daquelas repetidamente citadas pelos Ministros, é possível apontar para algumas outras sem maiores dificuldades, tais quais as profissões diretamente ligadas à saúde, como enfermeiro, anestesiológico, etc.

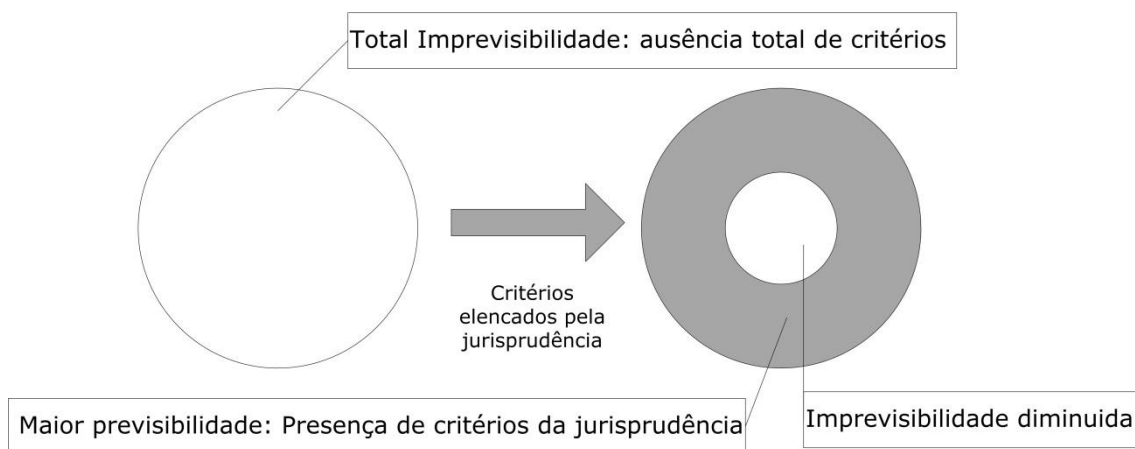


Figura 2 - Previsibilidade após critérios

Existe, portanto, uma zona de dúvida, que dá azo a divergências entre o juízo do legislador e aquele do Ministro do Supremo. Os critérios diminuem a incerteza, mas não a eliminam.

Nesse sentido, cabe a dúvida: nos casos em que os critérios não são capazes de prever a decisão do Supremo, como proceder? Qual é a recomendação para o legislador que eventualmente se encontrar numa situação em que quer regulamentar uma profissão, mas, pelos critérios do STF, encontra dificuldade de enquadrar a restrição como constitucional ou inconstitucional<sup>142</sup>?

Não é essa uma pergunta que nos prontificamos a responder. Pelo contrário, a presente pesquisa parece, antes, ter identificado uma pergunta até então desconhecida ou ignorada. A resposta variará, certamente, dependendo da concepção de separação de poderes e papel das cortes e dos parlamentos.

<sup>142</sup> O exame de constitucionalidade aqui referido diz respeito ao juízo do STF. Não há pretensões, aqui, de dizer que ele é o correto, mas para fins de diálogo, importa ter claro qual a opinião da corte.

#### **4.4 Existe potencial para um diálogo institucional, pensado a partir da jurisprudência?**

Feita essas considerações acerca da possibilidade de diálogo, impende concluir, com maior firmeza: no campo da liberdade profissional, há potencial para um diálogo institucional, nos termos propostos?

Para tanto, é preciso afirmar que o potencial de que se trata trabalha com a jurisprudência já posta, e não com um modelo de jurisprudência ideal. Fosse o caso, a constatação se daria num plano teórico, abstrato, portanto, que não é o objetivo do presente trabalho.

Assim, a jurisprudência, como ela se encontra, tem potencial para diálogo. Queremos dizer, com isso, que o STF, pelos seus julgados, transmite uma mensagem que contribui para uma efetiva comunicação entre poderes.

Isso não é igual a dizer que ela é ideal, pois esse não parece ser o caso. Falta, para tanto, certa clareza e objetividade da Suprema Corte, para que a tal mensagem possa ser veiculada com maior facilidade e chegar ao Legislativo sem maiores distorções.

Entretanto, como foi visto, os critérios, em especial do potencial lesivo e conhecimentos técnicos são facilmente identificáveis, e criam uma plataforma ou um caminho pelo qual o legislador pode se pautar, se quiser, eventualmente, enquadrar determinada restrição como constitucional, nos termos ditados pelo STF, ou até mesmo desafiar a corte, percorrendo o mesmo caminho que a mesma, mas concluindo diversamente. No mesmo sentido, a proporcionalidade técnica. Entretanto, parece claro que a proporcionalidade, se “não especificada”, e a razoabilidade, não contribuem tanto para o diálogo, pois apelar para o “bom senso” não parece impor qualquer ônus objetivo para o juiz ou legislador.

Como vimos, entretanto - e essa parece ser, também, uma conclusão importante - a divergência de opinião decorre naturalmente da subjetividade dos critérios e não deve ser considerada necessariamente ruim para o diálogo. Pelo contrário, ilustra, na verdade, como os diferentes

poderes podem e devem ter visões divergentes sobre a concretização os direitos fundamentais. Daí se dá, na sua mais pura forma, um debate coerente e produtivo entre poderes.

Para esse fim, então, é possível destacar a possibilidade do instrumento da declaração de *em trânsito para inconstitucionalidade* como ferramenta possível de propiciar um debate mais direto entre poderes. A indicação de que alguma restrição poderia estar caminhando para uma inconstitucionalidade superveniente é promissor e pode ser usado, futuramente, para melhor comunicação entre poderes. A tentativa do Min. Luiz Fux, no caso dos advogados, apesar de não acatada, aponta para essa possibilidade.

Do mesmo jeito, a omissão inconstitucional, ferramenta que o Supremo parece não querer utilizar, pode ser interessante para indicar profissões que necessitam de regulamentação, mas que atualmente se encontram desprovidas de tal, em função da inércia do Poder Legislativo. No entanto, a ressalva deve ser feita que, nesse caso, o Supremo parece não querer adotar essa postura mais ativa. Independentemente, é uma ferramenta interessante, capaz de ser utilizada em favor do diálogo.

Assim, o potencial existe, mas, na própria jurisprudência, ele poderia ser mais bem explorado. Por exemplo, nas profissões em que não está absolutamente clara a ausência ou presença dos critérios, como deve se portar a corte? Por um lado, delegar ao Judiciário a função de decidir nessas profissões onde a resposta é mais nebulosa, geraria uma incerteza para o legislador, que precisará testar a corte, além de gerar problemas de legitimidade. De outro, permitir, nessas situações, que o legislador decida, isto é, que o STF se negue a controlar a constitucionalidade desses casos, poderia nulificar a função de guardião da Constituição, que é próprio do STF.

Assim, tendo constatado o potencial de diálogo, cabe pesquisar se, na prática, tem havido comunicação entre os Poderes. Essa análise empírica não é, por nós abordada. No entanto, o trabalho aqui proposto pode servir de base, no plano da jurisprudência, para analisar as reações do Poder

Legislativo e a constatação prática da existência (ou não) de um diálogo saudável entre poderes.

## **5. Bibliografia**

MENDES. Conrado Hubner. "Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação". *Tese de doutoramento pela FFLEC - USP*, Orientador: Álvaro de Vita, São Paulo, 2008.

SILVA, José Afonso da. "Aplicabilidade das normas constitucionais", São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 2012.

\_\_\_\_\_. "Curso de Direito Constitucional Positivo", São Paulo: Malheiros, 36ª ed., 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Direitos Fundamentais", São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2011.

\_\_\_\_\_. "O razoável e o proporcional". *in Revista de Direito Administrativo*, n. 250, jan./abr. 2009, p. 197-227.

\_\_\_\_\_. "O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública" *in Revista dos Tribunais*, n. 798, 2009, p. 23-50.