



Qualificação profissional: o controle de regulamentações profissionais?

Monografia apresentada na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público como requisito de conclusão do ano letivo de 2008.

Aluna: Nathalie Fragoso

Orientadora: Eloísa Machado

São Paulo

2008

A saudade arde:
os olhos ardem em lágrimas.
Ao teu ardor, ao teu redor,
o mar arde em sal.
A saudade.

É tua saudade que me colore
as faces, marinheiro.

Dedico aos que ficaram perto
do mar.

Agradeço a Eloísa Machado e
a Gustavo Bay.

Índice

I. Introdução.....	4
II. Metodologia.....	6
III. Restrição da liberdade profissional como restrição a direito fundamental.....	11
IV. Análise de caso.....	13
IV.1 Adin 1040 e AdinMc 1040.....	14
IV.2 AI-AgR 134449.....	18
IV.3 Re 199088.....	20
IV.4 AI-AgR 198725.....	25
IV.5 Ms 21733.....	26
V. A lida do STF com “qualificação profissional”.....	28
IV. Conclusão.....	30
VII. Considerações finais.....	32
VIII. Bibliografia.....	34

I. Introdução

Depois de um ano de intenso contato com as decisões do Supremo Tribunal Federal como aluna de Escola de Formação, de intensa expectativa por elas como estudante de direito e intensa reação, positiva ou negativa, a elas como cidadã, eu posso dizer que a Corte constitui crescente foco de atenção entre as instituições brasileiras.

Entre os atuais e relevantes temas em sua pauta, encontra-se a regulamentação profissional, especificamente direcionada para o debate sobre a recepção (ou não) do decreto-lei 972/69, que dispõe sobre condições para o exercício do jornalismo. Minha atenção para o tema foi por esse caso, especificamente, atraída.

Dada a curiosidade nutrida, empreendi um trabalho pensado para fornecer elementos de compreensão acerca do modo de decisão da Corte em casos de restrição do direito de liberdade profissional. Uma busca pela maneira como tem decidido o STF, para a confecção de um parâmetro, um instrumento de crítica e de comparação em relação ao que foi e ao que está para ser. A partir desses estímulos, entendi ser necessária uma aproximação ao estudo das profissões.

As profissões, em sentido estrito, são criadas a partir da intervenção do Estado, mediante atividade legislativa. Tal atividade legislativa pode ser questionada por vários motivos, entre eles: a própria instituição legal da profissão diante da Constituição (entendida como restrição ao direito de exercício profissional do indivíduo), conflitos relacionados à auto-regulação pertinente à entidade corporativa e conflitos relacionados ao exercício de poder do Estado em face da entidade corporativa.¹

A profissionalização² de uma ocupação (profissão em sentido genérico) envolve normalmente as fases: constituição do trabalho enquanto uma ocupação em tempo integral, criação de escolas de treinamento,

¹ LUNARDELLI, 2008.

² Processo de reconhecimento legal descrito no parágrafo acima.

criação da associação profissional, regulamentação da profissão e adoção de um código de ética. O processo é potencialmente controverso e comumente justificado pelo vínculo estrutural com determinado saber científico, a ser obtido, por exemplo, através da frequência numa Universidade.³

Como constatar a necessidade de tal saber científico? Como justificá-la? É legítima a mera reserva de mercado sem motivação técnica? Por quê? Voltamos aos motivos apontados para esse estudo. E é por eles empreendi o caminho que resultou nessa monografia: pela compreensão das motivações do Estado Brasileiro na alocação profissional de seus cidadãos.

A relevância da observação desse comportamento estatal se deve à relevância das profissões como atividades econômicas responsáveis pela subsistência e ascensão social da população. A imposição de dificuldades a esse exercício será melhor aceita e compreendida se justificada pela real demanda e real ganho social de perícia, competência e dos demais valores envolvidos.

³ LUNARDELLI, 2008.

II. Metodologia

A regulamentação profissional faz parte da constituição de uma profissão, corresponde à passagem de uma ocupação ou profissão em sentido genérico à profissão em sentido estrito. Ela exerce uma barreira ao livre acesso do indivíduo ao exercício de determinada atividade econômica, justificada em geral pelo domínio de técnicas pertinentes, pela vivência de treinamento específico que torne capaz o então profissional em detrimento dos demais, que não vivenciaram a mesma experiência de formação. A regulamentação é, por isso, a defesa da sociedade daquilo que o Estado regulador julga ser o profissional despreparado e a reserva do mercado aos profissionais que se adéquam aos parâmetros legais estabelecidos.

O Estado volta a se pronunciar a respeito da constituição de profissões, ao controlar os parâmetros legais anteriormente estabelecidos. O motivo da revisão é o questionamento acerca da legitimidade da limitação do direito de alguns (os não adequados) em face das vantagens motivadoras da regulamentação para a sociedade.

Sobre o tema, tive a oportunidade de ler a monografia de Felipe Kazuo Tatenó, aluno da escola de formação, "A amplitude do interesse público nas regulamentações profissionais e o alcance do princípio da liberdade profissional nessas situações". O texto me interessou porque identifica coerência e pacificação jurisprudencial, nos julgamentos de controle de regulamentação profissional acontecidos no período da vigência da Constituição de 1967. A monografia mapeia as decisões segundo os conceitos de liberdade de profissão e interesse público e mede a importância de um na delimitação do sentido do outro, enquanto justificadores.

Inicialmente, meu objetivo era partir da constatação de pacificação e por à prova o atual comportamento do STF e seu posicionamento diante da liberdade profissional. A Corte aceita os contornos de liberdade profissional dados pelo legislador, porque a ele cabe? A Corte é atenta à cláusula constitucional de restrição, e só mantém a regulamentação em caso de razoável e justificada necessidade de qualificação profissional? Ou ainda, há

possibilidades de restrição além da constante no artigo 5º, XIII da Constituição Federal?

Chegamos à conclusão de que o panorama dado por Felipe pode não servir de parâmetro de análise para decisões mais atuais, porque seu estudo se restringe, como dito, ao período de vigência da Constituição de 1967. Ainda que as normas constitucionais⁴ sobre o tema mantenham entre si grande semelhança, não se pode garantir que uma interpretação sistemática, por exemplo, chegue às mesmas conclusões.

Por isso, delimito meu objeto de pesquisa segundo a necessidade de uma atualização do contexto do controle de regulamentação profissional. Essa visão panorâmica e atualizada, talvez ajude a entender os casos em pauta no STF, principalmente o RMS 24213, ainda não julgado, que trata da regulamentação profissional de jornalistas e a alegada violação de tal regulamentação aos dispositivos constitucionais constantes no artigo 5º, IX e XIII, e 220 da Constituição Federal. A polêmica gerada foi pela necessidade de obtenção do diploma de Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista, o que, segundo uma das partes, fere não só o direito fundamental de liberdade profissional como a liberdade de expressão.

Para escolher os acórdãos, usei no site do STF as palavras-chave indicadas na monografia de Felipe Kazuo Tateno⁵ e outras acrescentadas por mim a partir dos novos marcos constitucionais: registro profissional, capacidade profissional, profissão, registro, capacidade, liberdade profissional, restrição profissional, requisito profissional, habilitação profissional, regulamentação profissional, condições profissionais, registro adj5 profissão, requisito adj5 profissão, registro e exercício profissional, exercício e condições, qualificações adj5 profissionais. Não usei as palavras-chave indicadas na monografia citada que se referiam especificamente ao artigo da constituição anterior, porque meu parâmetro constitucional é outro.

⁴ Art. 153 §23 CF 1967. "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

Art. 5 XIII CF 1988. "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

⁵ TATENO, Felipe Kazuo. *A amplitude do interesse público nas regulamentações profissionais e o alcance do princípio da liberdade profissional nessas situações*, p. 6.

Selecionei os acórdãos dos julgamentos que se deram após a promulgação da Constituição de 1988. Encontrei dezoito acórdãos. Depois, aqueles em cuja justificção da manutenção da regulamentação ou do controle dela estivesse o conteúdo do artigo 5º, XIII da CF 88: liberdade, qualificação profissional. Superado esse segundo crivo, reuni os cinco acórdãos que serão usados numa análise qualitativa.

Os acórdãos escolhidos foram:

-Adi 1040, analisada em conjunto com a AdiMc 1040

A análise da medida cautelar se justifica porque no julgamento da Adi alguns ministros citaram e tomaram como premissa seus votos constantes no julgamento da AdiMc. Precisei, portanto, voltar a ela para analisar o teor dos mencionados argumentos.

-AI-AgR 198725

-AI-AgR 134449

-Ms 21733

-Re 199088

Os passos da monografia serão dados em função de uma busca nas decisões do STF pela existência de um padrão conceitual atual de liberdade profissional e de espaço para restrições⁶ usado no controle de regulamentação infraconstitucional.

Controle implica verificação de concordância. Verificação de concordância pressupõe parâmetros a serem analisados. Buscarei os tais parâmetros, se é que eles são definidos.

A busca como, já dito, terá caráter comparativo em relação à conclusão chegada na monografia que tomo por referência. Os passos estão relatados a seguir.

Primeiro, para que seja possível uma comparação entre o posicionamento da Corte durante a vigência da Constituição de 1967 e

⁶ A monografia de Felipe Kazuo Tateno estabelece como objetivo a análise de coerência dos conceitos: "liberdade de profissão" e "interesse público".

posicionamento daquela depois da promulgação da Constituição de 1988 julgo necessária a tentativa de resposta do mesmo questionamento que Felipe Kazuo Tateno faz como instrumento metodológico para analisar nos votos e entre eles a coerência/consistência no uso dos conceitos de liberdade e restrição profissional. A pergunta inicialmente proposta é a seguinte: “O STF demonstra coerência no uso dos conceitos de liberdade profissional e interesse público?”⁷

Depois verifico se ainda há observância à estrutura argumentativa identificada por Felipe Kazuo:

1. Existe liberdade de profissão?

A identificação dessa resposta nos argumentos dos ministros pressupõe o conhecimento das possíveis correntes de interpretação do princípio da liberdade profissional usadas por Felipe Kazuo.

“Por um lado, havia a posição de que não existia liberdade profissional no Brasil, uma vez que o dispositivo da Constituição relacionado a esse princípio possuía uma contradição interna que acabava por anulá-lo, ou seja, havendo a possibilidade de limitação pelo livre arbítrio do legislador ordinário, a liberdade profissional tornava-se mera utopia. Por outro lado, havia o pensamento de que a liberdade profissional era absoluta, sobretudo frente à norma infraconstitucional que discriminasse por credo, por cor, por classe social, ou por situação econômica. Em uma posição intermediária, existia o entendimento de que em casos extremos, havia, não apenas a possibilidade, mas a necessidade de se cercear a liberdade profissional (como, por exemplo, na hipótese de interesse público). Todavia, mesmo com a possibilidade de restrição de tal princípio, a regra era a da completa eficácia do direito à liberdade profissional.”⁸

2. O que pode restringi-la?

3. O que pode motivar a restrição?

⁷ TATENO, Felipe Kazuo, p. 7.

⁸ TATENO, Felipe Kazuo, p. 10.

Por último, a partir da minha experiência de leitura e análise dos acórdãos, formulei a pergunta cerne de meu trabalho, que possibilitará a comunicação entre diferentes votos e decisões:

1. Quais os/Há contornos dados à qualificação profissional?

A resposta a essa pergunta será construída a partir de elementos a que os ministros atribuem pertinência em relação à qualificação profissional. Não pretendo construir um conceito, mas mapear o que cabe nele e o que não cabe, se há a tentativa de definição, estabelecendo-se limites, ou se se trata de um direito que será restringido por outros direitos ou por questões de interesse público.

III. Restrição a liberdade profissional como restrição a direito fundamental⁹

A liberdade profissional é um direito fundamental constante no artigo quinto da Constituição Federal. É uma liberdade protegida, expressa no texto constitucional.

De acordo também com o texto da Constituição, ela não é necessariamente absoluta. Não é uma norma intransigível, no mínimo, porque consta em seu enunciado uma cláusula de restrição, que permite que o direito seja restrito mediante lei. Ou seja, há uma permissão de restrição¹⁰ infraconstitucional associada à categoria “qualificação profissional”. Na verdade condicionada, exercendo tal categoria papel de restrição da restrição.

Problema recorrente em termos de interpretação de texto normativo é a atribuição, construção de sentido. Dependendo do sentido que (não) se atribui à qualificação teremos a medida da invasão da categoria de restrição no direito fundamental, já que essa é componente natural do trato com os direitos humanos, restando controversa sua extensão e conteúdo.

Em se tratando de uma reserva qualificada (conteúdo limitado), interessa aqui buscar o conteúdo material dessa reserva, que pode ser limitado pelas condições expressas, pela consideração de um núcleo essencial (se há uma premissa de preservação desse núcleo) e pelo dever de sopesamento.¹¹

Há dois extremos derivados da cláusula de restrição e da atividade legislativa, resultante da competência atribuída: uma atividade muito submissa aos direitos fundamentais e uma atividade pouco submissa aos direitos fundamentais.

⁹ Todo o capítulo tomou por referência minha interpretação do texto: *Teoria dos direitos fundamentais*, ALEXY, 2008.

¹⁰ Há perigo no uso já aqui do termo restrição, quando dependendo da corrente a que se adere não existe propriamente restrição, mas definição dos limites do direito a ser exercido. Entenda-se aqui a palavra em sentido genérico.

¹¹ ALEXY, 2008, p.292.

A consequência da primeira é uma lei sem caráter constitutivo, meramente interpretativa. A da segunda é uma atividade que esvazie o conteúdo da liberdade fundamental, estabelecendo restrições para além do ponto permitido pela constituição. Ponto esse que será definido pelo intérprete, já que em nossa Constituição não há mandamento expresso de preservação de núcleo mínimo (conceito de definição e construção controversas).

Antes dos capítulos de análise de caso, acho pertinente, para que haja uma melhor compreensão e depois uma categorização dos argumentos de ministros, a exposição resumida de duas teorias que ajudam a entender a argumentação dos ministros: a teoria interna e externa.

Levando em consideração a teoria externa há uma relação de restrição, não-necessária, entre o direito fundamental e aquilo que o restringe (elementos normativos separados e inicialmente independentes): o direito fundamental pode ser restringido, por exemplo, em nome de outros direitos ou do interesse coletivo.

Já a teoria interna, não concebe um direito e sua restrição, mas um direito e seu conteúdo. Seu conteúdo é que pode ser questionado.

Uma teoria ou outra pode ser questionada a partir dos pressupostos que se tem acerca das normas de direitos fundamentais: regras ou princípios.

Ambas as concepções serão encontradas mais a frente na construção argumentativa dos Ministros na análise dos casos.

IV. Análise de caso

O objetivo desse capítulo é a análise dos casos agrupados no capítulo metodológico. Antes da exposição dos argumentos constantes nos acórdãos haverá a tentativa de situação do leitor no caso (partes, normas envolvidas, ano, turma, decisão).

A análise será feita levando em consideração os questionamentos resultantes da monografia de Felipe Kazuo. Logo, haverá no texto de análise considerações acerca dos questionamentos propostos no capítulo metodológico.

O foco da leitura e da elaboração do capítulo, no entanto, é a busca de elementos que compõem “qualificação profissional”, a maneira como ela é descrita, caracterizada e usada na argumentação dos ministros.

IV.1 Ação Direita de Inconstitucionalidade 1040 e Medida cautelar em Ação direta de inconstitucionalidade 1040

A Ação Direta de Constitucionalidade 1040 foi proposta pelo Procurador Geral da República, julgada em 2004 e questiona a constitucionalidade do artigo 187 da Lei Orgânica do Ministério Público da União – Lei Complementar 75/1993.

Segundo a petição inicial há incompatibilidade entre tal artigo e os artigos 5º(I, XIII, LIV) e 37(I) da Constituição Federal.

“Art. 187. Poderão inscrever-se no concurso, bacharéis em Direito há pelo menos dois anos, de comprovada idoneidade moral.”

O problema apontado no artigo pela petição inicial e considerado por alguns ministros está na exigência do transcurso de um biênio desde o término da faculdade de Direito, condicionando a inscrição em concurso para o Ministério Público. O transcurso temporal, de acordo com a petição, não pertence à categoria de restrição constitucionalmente permitida no artigo 5º, XIII (qualificação profissional). Não pertence, porque o tempo não implica necessariamente aperfeiçoamento de nenhuma natureza, nem prático, nem teórico, nem pessoal. A finalidade do concurso, qual seja, o recrutamento de profissionais aptos ao exercício resta prejudicado. São excluídos de maneira desarrazoada profissionais recém-saídos da faculdade.

A ADIN foi considerada improcedente por maioria

Identifiquei no julgamento três correntes argumentativas:

1. Cabe ao legislador estabelecer as limitações convenientes à liberdade de profissão.

“Senhor Presidente, entendo que a fixação dos requisitos de acesso aos cargos públicos é uma função da lei. No caso, a lei estabeleceu esses requisitos de maneira bastante razoável, e não vejo nenhuma inconstitucionalidade.”

Ministro Joaquim Barbosa, p.95.

2. Há liberdade de profissão e há uma categoria de qualificação profissional. O decurso temporal é um critério objetivo, uma presunção que atende de maneira mediata ao requisito de aperfeiçoamento profissional.

“...no caso, a lei parte de duas presunções. Uma, em relação à idade, isto é, segundo o que ordinariamente acontece, a pessoa forma-se já com certa idade e, assim, dois anos são suficientes para amadurecimento pessoal, a partir da pressuposição de idade. (...)A segunda é a de que, nesses dois anos, o candidato eventualmente também possa ter aprimorado a prática profissional.”

Ministro Cezar Peluso, p.96.

“Entendo que exigência, ao contrário de se afastar dos aludidos parâmetros (maturidade pessoal e profissional), adota critério objetivo que a ambos atende.”

Ministra Ellen Gracie, p. 91.

3. Há liberdade profissional, há uma categoria de qualificação à qual o decurso temporal não pertence, por não garantir que seu uso seja o aperfeiçoamento.

“(...) as únicas limitações que o legislador pode estabelecer ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão são as pertinentes às qualificações profissionais. Ora, o preceito, ao versar tão-somente sobre a passagem do tempo, dada a titulação como bacharel em Direito, sem cogitar da experiência profissional, mostra-se desarrazoado, porquanto pode fazer surgir incoerência.”

Ministro Marco Aurélio, p. 83-84.

O primeiro e o segundo grupo declararam a norma constitucional, mas seus votos guardam enorme diferença argumentativa. Pode-se dizer que o primeiro grupo, que tem como exemplo o ministro Joaquim Barbosa, não considera, no limite, a existência de liberdade profissional ou qualificação (segundo a definição das correntes argumentativas retiradas do texto de Felipe Kazuo), se levarmos em conta a elasticidade possível, decorrente da atividade legislativa. Nesse caso é a lei, conforme o arbítrio

do legislador, que confere significado, definindo livremente liberdade profissional. O termo é, portanto, a priori vazio.

Já o segundo grupo, formado por Ellen Gracie, César Peluzo, e Celso de Mello, através da consideração de presunção ou da consideração do biênio como critério objetivo de qualificação, insere-se na corrente argumentativa que vota conforme a existência de liberdade profissional, a existência de um conteúdo prévio para qualificação e liberdade. A qualificação profissional é, assim, a única limitação constitucionalmente possível. Os contornos dessa limitação abrangem o decurso temporal. Abrangem, na medida em que, esse tempo é “normalmente” aplicado em amadurecimento pessoal, profissional, prático. Na ausência da empreitada pelo aperfeiçoamento, o sucesso no concurso ou na carreira se tornaria inviável. Podemos considerar esse grupo como uma categoria intermediária. Há limite no conceito de qualificação profissional, limites largos o suficiente para abarcar não somente critérios de averiguação imediata, como a formação superior ou prática, mas também critérios mediatos como tempo.

O terceiro grupo, que tem como exemplo Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, faz uso de um critério menos abrangente de qualificação profissional. Notei que é um critério que considera fatores de verificação imediata, somente. Sepúlveda Pertence é inclusive apontado na monografia de Felipe Kazuo como um dos ministros que, no período por ele pesquisado, votou sempre de acordo com a consideração da existência de liberdade profissional e de contornos definidos para as “condições de capacidade” que, à época, eram a letra da lei.

A norma que estabelece tempo como critério de candidatura ao concurso e exercício não é constitucional, portanto, para esse grupo, porque não garante os fins a que se propõe. A exigência do tempo não garantirá qualificação e sendo essa somente que justifica a restrição ao acesso a profissões, então o bloqueio do acesso é inconstitucional.

Em comparação à monografia de Felipe Kazuo podemos notar que há a permanência das correntes interpretativas verificadas por ele. O STF, nesse caso votou conforme a existência de liberdade profissional em sua maioria, embora essa maioria tenha votado de maneira divergente

(segundo e terceiro grupos). O conceito de interesse público deixa de ser justificativa para restrição, no entanto.

Diante do que foi acima exposto, identifico, no caso, a atenção da maioria dos ministros em relação aos limites da qualificação profissional, limites não consensuais, nem sequer majoritários. Mas, a simples atenção e consideração desses limites apontam para, nesse caso, a predominância da teoria interna na constituição do voto dos ministros, já que seus argumentos lidam com a pertinência ou impertinência do conteúdo.

IV.2 Agravo de instrumento 134449

O agravo foi proposto por Solanil Tratamento de Água S/A, julgado pela primeira turma do STF em 1990 e traz, como questionamento, os serviços prestados em laudo pericial contábil por um profissional que é técnico em administração de empresas, argumentando que este não estaria apto para o exercício que praticou em favor dessa empresa¹². A interpretação que a Empresa agravante sustenta na petição é que a norma constitucional (art.153 CF67 e art.5º, XIII CF88) veda o exercício profissional, se não são atendidas as qualificações profissionais ou os requisitos de capacidade.

O caso foi julgado pela primeira turma e o único voto no acórdão é de Sepúlveda pertence, tendo sido unanimemente seguido pelos demais ministros no sentido de negar provimento ao agravo. A menção ao ministro é importante porque nesse caso, em que o voto do ministro se pauta na letra da norma da constituição anterior, pode-se enxergar o esqueleto argumentativo descrito na monografia de Felipe Kazuo.

As normas da constituição anterior e da atual foram trazidas pela agravante enquanto equivalentes. A menção no acórdão à norma antiga se dá porque a promulgação da nova constituição era ainda recente e o caso tinha acontecido sob a vigência da constituição anterior. O objetivo, como já dito, era dizer a conduta do profissional, contrária a constituição, porque as condições da possibilidade de restrição não tinham sido atendidas por ele.

O voto principia negando a interpretação querida pela agravante. Segundo o ministro, que faz uma análise da estrutura da norma, ela cuida do instituto, liberdade profissional, não a sujeitando a restrição outra que não condições de capacidade. Tais restrições por sua vez, serão feitas pelo legislador, motivado pelo interesse público. Ou seja, a restrição não existe

¹² O controle pretendido não se relaciona a uma norma infraconstitucional, potencialmente contrária à Constituição, mas a ato de profissional.

na Constituição. Existe sim uma atribuição de competência, vinculada a uma categoria.

O voto é curto, mas todo o esqueleto argumentativo majoritário identificado nos casos de controle de regulamentação durante a vigência da Constituição anterior pode ser identificado: (1.) existe liberdade de profissão, é para seu cuidado que existe a norma constitucional; (2.) condições de capacidade, (3.) motivadas pelo interesse público podem restringi-la.

“(...) a chamada liberdade de profissão, que se traduz na impossibilidade de condicionar o exercício de qualquer atividade profissional à satisfação de requisitos outros que não aos de capacidade.

Portanto, o conteúdo da norma constitucional somente visa a impedir que se estabeleçam discriminações ilegítimas veda tórias do exercício de profissões.

Já a cláusula final, (...), tem a ver com o interesse público na exigência de capacitação adequada dos profissionais.”

Ministro Sepúlveda Pertence, pp.269-270.

O ministro demonstra preocupação com a definição de espaços intransponíveis, para que seja preservado determinado direito. Ainda que não expresse a que linha de interpretação de direitos fundamentais, ele se refere enquanto argumenta, discute o conteúdo do direito e da restrição.

IV.3 Recurso extraordinário em mandado de segurança 199088

Recurso extraordinário em Mandado de segurança motivado pelo cancelamento da inscrição do impetrante dos quadros da OAB por estar investido no cargo de assessor do desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará.

Em primeira instância a segurança foi concedida em nome da liberdade profissional, conforme o artigo 5º, XIII, ou seja, o profissional teve seu direito de reaver sua inscrição. No TRF, ao contrário, foi considerada válida a licença de ofício, considerou-se a atuação da OAB correta, em combate à incompatibilidade entre o exercício da advocacia e a atividade desempenhada pelo impetrante em cargo público, conforme o artigo 28º da lei 8.906/94 e 83º, 84º da lei 4.215/63.

Argumenta o recorrente, licenciado, que o poder de polícia exercido cerceou seu direito à liberdade profissional e que restrições ao livre exercício de qualquer ofício, trabalho e profissão podem ser somente do tipo qualificação profissional, entendido na petição como aptidão técnica ou científica. Tais aptidões ele ainda tem, ainda que tenha sido investido em cargo público.

A incompatibilidade estaria somente em advogar contra o tribunal onde trabalha, por dever de lealdade. Quanto às leis acima referidas, elas não teriam sido recepcionadas pela constituição de 1988 por conta do conflito com o artigo constitucional que reconhece a liberdade de profissão.

O recurso foi julgado pela segunda turma do STF em 1996 e foi unanimemente negado pelos ministros que votaram: Néri da Silveira, Maurício Corrêa, Francisco Rezek e Carlos Velloso.

Primeiro o ministro-relator, Carlos Velloso, traz em seu argumento o espaço constitucional reservado ao legislador tendo em vista as necessidades sociais de regulamentação profissional. Qualificações profissionais devem, por isso, ser interpretadas de maneira abrangente e em conformidade com a constituição, por exemplo, com artigo 22º, XVI,

que trata de condições de exercício. Liberdade profissional pode ser restringida por lei e o nome da restrição é qualificação profissional, o conteúdo desta, por sua vez, deve ser atribuído em harmonia, motivado por outros dispositivos constitucionais. Entre eles o artigo 22º, XVI e o princípio da moralidade administrativa, exemplo pertinente ao caso de que o ministro faz uso. Responder a questão da consideração de existência da liberdade profissional pelo ministro é-me difícil. Ao mesmo tempo em que ele atribui ao legislador o estabelecimento de condições para o exercício profissional, ele vincula essas condições a uma categoria pré-determinada de restrição, que por sua vez é lida e interpretada extensivamente, em consonância com outros princípios constitucionais. Posso dizer que ele tende ao grupo que desconsidera a liberdade profissional, dado que o arbítrio do legislador está vinculado a uma restrição que é abrangida, no limite, por qualquer outro dispositivo constitucional. Não se estabelece os contornos mínimos e máximos de qualificação profissional e, em consequência, não se estabelece contorno mínimo de liberdade profissional. A constituição dos limites é, portanto externa.

“O exercício de qualquer profissão está sujeita a condições, condições que a lei estabelecerá. (...) Destarte, o inciso XII do art. 5º deve ser interpretado em harmonia com o inciso XVI do art. 22, certo que a expressão qualificações profissionais que a lei estabelecer, (...), exige, por isso mesmo interpretação abrangente, a comportar, nas qualificações, as condições para exercício.”

“A incompatibilidade, em tal caso, assenta-se, sobretudo, na ética, na moralidade administrativa, que é princípio constitucional imposto a Administração pública, direta e indireta.”

Ministro Carlos Velloso, pp. 1158-1159.

O Ministro Francisco Rezek, por sua vez, traz também um voto muito interessante para esse trabalho, na medida em que tento me comunicar

com uma monografia que estudou o período regido pela norma a que seu voto se refere. Ele se comunica com a norma que cuidava da liberdade profissional na Constituição de 1967, estabelecendo diferenças interpretativas derivadas da mudança na literalidade do dispositivo.

Cita o caso da Quarentena dos juízes, em que uma norma foi considerada inconstitucional por estabelecer um prazo para a retomada do exercício da advocacia por juízes aposentados. Tal prazo não foi considerado pela Corte um critério plausível, dado que não se tratava de critério de capacidade. Na época o Ministro fazia parte do entendimento vencido, entendimento que ele mantém, ainda que a norma tenha mudado, e que nesse caso é vencedor.

Quanto às normas, de acordo com Francisco Rezek, a anterior, ao denominar, a restrição como “condições de capacidade” dava limites interpretativos mais estreitos que a atual ao denominar a categoria de “qualificações profissionais”. Assim, enquanto, à época se exigia nos tribunais que as restrições fossem “condições de capacidade *técnica*”, hoje não há de onde se depreender essa necessidade.

O Ministro Francisco Rezek faz exercício semelhante ao Ministro relator: empreende interpretação que nega o exclusivo viés técnico argumentado pelo recorrente. Distingue-se deste, porque não o faz argumentando a influência do ambiente constitucional, como limitação externa. Ele o faz definindo internamente contornos, alargando internamente o conteúdo de qualificação profissional. Como a argumentação foi feita, no sentido somente de afastar o antigo limite máximo de qualificação profissional sem a definição de um novo limite, temos no voto uma liberdade profissional pouco ou nada garantida, sem contornos. Assim como no Ministro anterior ele tende a desconsideração da liberdade profissional porque ainda que reconheça a existência de uma categoria vinculante, ele não define o seu conteúdo, apenas o afirma abrangente. Se não há limitação do que pode restringir, então não há contorno ou sequer existência da liberdade fundamental.

“Não sei se a maioria diria tal coisa hoje, diante de um texto constitucional que já não fala em condições de capacidade

técnica, mas fala em qualificações profissionais, expressão mais genérica e capaz e compreender algo mais – no que concerne aos limites do exercício de determinado ofício – do que mera questão de saber se determinada pessoa tem qualificação estritamente técnica para exercê-lo.”

Ministro Francisco Rezek, pp. 1163.

Néri da Silveira não argumenta com o conteúdo do direito fundamental e segue os demais votos, por isso não me alongarei na exposição do conteúdo de seu voto.

Maurício Corrêa não enxerga ofensa ao artigo 5º, XIII, porque a lei tem a possibilidade de delegar aos conselhos profissionais a capacidade de estabelecer incompatibilidades e impedimentos. Expressa o reconhecimento da liberdade profissional, mas seu argumento vai no sentido contrário, considerando a separação estabelecida no meu capítulo metodológico.

“Realmente as profissões são livres, mas os conselhos profissionais, por delegação da lei, detêm a prerrogativa para estabelecer os casos de impedimentos e incompatibilidades para o exercício profissional.”

Ministro Maurício Corrêa, p.1165.

Observando o acórdão panoramicamente, os ministros não enxergam conflito entre o artigo 5º, XIII, porque há nele próprio a previsão da possibilidade de restrição na reserva legal. A partir daí há uma divisão:

1. Há a reserva legal, logo impedimentos e incompatibilidades podem ser estabelecidos. (Maurício Corrêa)

2. A categoria de restrição (qualificação profissional) é permeável a outros princípios constitucionais. Logo, a liberdade profissional pode ser restringida por eles. Há uma limitação externa. (Celso de Mello)

3. A liberdade profissional pode ser restringida pela categoria qualificação profissional, só ela. No entanto, ela tem contornos, analisando

literalmente em comparação com a norma anterior, mais abrangentes que a mera qualificação técnica ou científica. (Francisco Rezek)

A diferença prática entre as duas últimas linhas argumentativas pode ser pequena, já que ambas empreenderam o alargamento da categoria de restrição. Mas a motivação da restrição é distinta. Uma remete ao conflito com outros princípios, é proposta uma interpretação extensiva ou porosidade de "qualificação profissional" para que esses outros princípios de estatura também constitucional se acomodem dentro dela, restringindo legitimamente a liberdade profissional. A outra ao arbítrio do legislador dentro de uma categoria de largos limites, cabendo a ele o preenchimento de sentido, sem vinculação específica.

IV.4 Agravo regimental em agravo de instrumento 198725-9

Trata-se de um agravo regimental em agravo de instrumento em que o agravante questiona a necessidade de inscrição na OAB para o exercício da advocacia. Segundo ele, a norma que prevê essa necessidade não foi recepcionada pela constituição de 1988, a qual diz que todo embaraço à liberdade profissional será do tipo qualificação profissional e não abrange inscrição no órgão de classe.

O agravo teve provimento negado pela primeira turma do STF por unanimidade de votos em 1997.

O único ministro que tem seu voto registrado em acórdão é o ministro Moreira Alves.

Ele julga que o entendimento proposto da lei pelo agravante é equivocado, porque o dispositivo citado, art.5º, XIII, submete a liberdade profissional a qualificações profissionais que a lei estabelecer, "e para o exercício da advocacia a lei exige essa inscrição".

O ministro alinha-se na corrente do não reconhecimento da liberdade de profissão, na medida em que não fala de nenhum parâmetro constitucional de controle da regulamentação, que não a razoabilidade, e atribui o conteúdo da restrição ao arbítrio do legislador.

A inscrição é mero resultado de prescrição de legislativa e não elemento ou prova de qualificação profissional, como ela poderia argumentar. A lei, portanto, é o que pode restringir a liberdade e não cabe falar em motivação para tal restrição porque ele não vincula essa lei a nenhum parâmetro constitucional.

Também não consigo enxergar na argumentação construída contornos conferidos a qualificação profissional, porque, de acordo com o entendimento exposto, seu conteúdo não está na constituição, mas nas determinações do legislador infraconstitucional: elástica, portanto.

IV.5 Mandado de Segurança 21733-2

Sustentam os impetrantes que o Edital 12/93 pertinente ao preenchimento de vagas no Quadro da Procuradoria Geral da União, mais especificamente as vagas da área de concentração pericial de especialidade arquitetura, conflita com o Decreto 23.569/33, que disciplina as profissões de engenheiro civil e do arquiteto, considerando-as áreas comuns. Pleiteiam assim uma liminar concedendo aos engenheiros civis a possibilidade de participação no concurso, já que, dada a identidade de qualificação, estão habilitados para o concurso. Liminar que lhes é negada.

Considerando que a única possibilidade de restrição ao livre exercício da profissão é a qualificação profissional, sendo as qualificações idênticas, nada impediria que engenheiros civis pleiteassem as vagas abertas no concurso.

Segundo as informações requeridas para o julgamento da liminar, o referido Decreto foi revogado pela resolução 218 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que discrimina as atividades das diferentes modalidades profissionais.

Marco Aurélio, Ministro relator, preocupa-se em seu voto com o busca pelos elementos técnicos específicos de formação e atividade profissional que aproximam ou afastam as áreas profissionais em questão. Busca o conteúdo de cada profissão, para então dizê-las diferentes. Conclui que os pontos comuns não são suficientes para considerar as áreas idênticas. O edital, portanto, foi razoável, na medida, em que não estabeleceu discriminações ilegítimas. Discrimina, na medida do permitido constitucionalmente: qualificações profissionais.

O cuidado do ministro ao buscar elementos distintivos das profissões, para então dizer o que é qualificação para cada uma delas, denota a consideração de limites ao conteúdo de qualificação profissional. Pode restringir a liberdade de profissão somente critério de qualificação. Então, ele busca os critérios em um diploma legal: a resolução cujo conteúdo são

especificidades técnicas que cada profissional precisa dominar para ser considerado pertencente a determinada área.

A partir das peculiaridades técnicas ele julga as profissões diferentes e como consequência a qualificação necessária.

“Não obstante, o texto de tal diploma revela inúmeras outras alíneas que distanciam as atividades do engenheiro-civil e do arquiteto ou do engenheiro-arquiteto. Os pontos comuns existentes não são de molde a assentar-se que as qualificações sejam idênticas.”

Ministro Marco Aurélio, p.684.

Posso dizer que, considerando limites para a qualificação profissional, ele se alinha a corrente que reconhece a liberdade profissional, que pode ser regulada por lei desde que dentro do conteúdo de qualificação profissional, que nesse voto mostrou-se de natureza técnica.

V. A lida dos ministros com “qualificação profissional”

A qualificação profissional é a categoria prevista constitucionalmente para restringir o acesso a profissões, a liberdade profissional. Há, para alguns, outras possíveis e também legítimas hipóteses de restrição como foi visto na análise dos votos e será retomado logo mais.

Agora parto para a exposição dos elementos que busquei nos votos dos ministros a fim de compor a “qualificação profissional”.

Considerando que consensos argumentativos foram raros, minha exposição não define um conceito usado no STF, ou a sua maneira de empreender controle de regulamentação profissional, mas mostrará como esse controle tem sido feito.

Interessante notar, assim como Felipe Kazuo no final de sua monografia, que, nesse tema, os ministros costumam manter uma coerência com seus argumentos ou posicionamentos. Néri da Silveira, já antes da Constituição de 1988, se posicionava no sentido do não reconhecimento da liberdade profissional, enquanto conteúdo mínimo, e da atribuição ao arbítrio do legislador o preenchimento do conteúdo de qualificação profissional. Seu posicionamento se manteve nos acórdãos pós-1988 de que ele participou. Sepúlveda também não mudou o entendimento que já era seu antes da promulgação da nova Constituição: defende um conteúdo rígido e essencialmente técnico de restrição que não pode ser desrespeitado pelo legislador. Marco Aurélio votou como Sepúlveda em todos os votos analisados. Francisco Rezek, com Néri.

À exposição:

1. Cabe ao legislador o preenchimento da categoria qualificação profissional.

Esse argumento torna a categoria a priori vazia e o controle de constitucionalidade é efetuado mediante outros parâmetros que não a categoria “qualificação profissional”. Qualificação não serve para o controle de regulamentação profissional, porque ela não tem conteúdo pré-definido.

2. Qualificação profissional restringe a liberdade de profissão e tem como elementos outros princípios constitucionais. Deve para isso ser interpretada extensivamente.

Os contornos de qualificação profissional não se dão por atribuição de significado independente a ela. A liberdade profissional terá seus limites atribuídos depois dos conflitos com outros princípios constitucionais e qualificação que é sua categoria típica de restrição será interpretada de acordo com esses outros princípios. Qualificação profissional é conceito permeável, por isso variável.

3. Qualificação profissional é uma categoria de essência técnica. Só elementos técnicos de discriminação são considerados válidos, porque são eles que discriminam uma profissão de outra.

3.1 Critérios mediatos

Presunções ou consideração de um critério como útil, válido para que o fim último que o aperfeiçoamento técnico se dê. É um modelo flexibilizado, mas que considera limites mínimos de liberdade profissional e os máximos de qualificação profissional.

3.2 Critérios imediatos

Corrente argumentativa menos flexível. Somente critérios técnicos imediatos, porque garantem os fins a que se propõem, são considerados constitucionais.

4. Qualificação profissional é um termo amplo, que tem elementos, que vão além do técnico.

A definição é imprecisa só afasta o antigo limite máximo atribuído a categoria. O alargamento, no entanto, não se dá por conta de sopesamento ou atribuição ao legislador. O alargamento se dá por mera interpretação da categoria e conclusão de que ela é essencialmente genérica.

VI. Conclusão

Tentei alinhar os acórdãos em ordem cronológica para tentar mapear uma evolução ou transformação diretamente relacionada a essa passagem do tempo, mas o constatei é que já não há uma maioria que argumente de uma mesma maneira, como acontecia na época da vigência da Constituição de 1967.

Os ministros cujos argumentos antigamente restavam vencidos, como Néri da Silveira e Francisco Rezek, seriam hoje vencedores habituais, mas não se pode dizer também que o entendimento da Corte migrou no sentido do deles, porque não há identidade argumentativa.

Consegui por isso somente mapear os constantes entendimentos de um fator essencial no controle de regulamentação profissional, que é a sua categoria constitucional expressa de restrição (qualificação profissional).

Como viram: nem majoritários, nem consensuais.

Em relação à liberdade profissional ela pode ser mapeada a partir da exposição sobre as maneiras de lidar com sua categoria de restrição. Por exemplo, os que acreditam numa categoria rígida de conteúdo essencialmente técnico são consideradores da liberdade profissional em seus argumentos. Já os que atribuem à competência legislativa, em função da reserva legal, os encargos de preenchimento da categoria “qualificação profissional” interpreto como não-consideradores da liberdade profissional, porque não vinculam a atividade legislativa a nenhum critério prévio. Critério prévio, aliás, ao qual esta reserva legal está expressamente condicionada.

Há correntes de difícil classificação que classifiquei como tendentes à desconsideração da liberdade profissional porque, ainda que não atribuam o conteúdo de qualificação profissional ao livre arbítrio do legislador, alargam de tal maneira a possibilidade de restrição à liberdade profissional que acabam por equiparar-se em efeitos à corrente que atribui o preenchimento do sentido da categoria de restrição ao livre arbítrio do legislador.

O interesse público deixou de ser argumento de motivação da lei para a constituição de regulamentação profissional.

Por fim, acredito que não há ainda pacificação jurisprudencial acerca do tema, de maneira que os conceitos liberdade profissional, restrição, motivação, não são ainda tratados de maneira coerente pela corte, apesar de o serem pelos votantes individualmente.

VII. Considerações finais

Argüida sobre a previsibilidade de algumas decisões que me propus a pesquisar e sobre a instrumentalidade da monografia, acredito que o trabalho mereça agora uma justificativa posterior à sua confecção. Já se sabe por que pesquisei, justifiquei-me. Tendo terminado a pesquisa, preciso justificá-lo.

O fato de termos no Brasil instituições profissionais já solidificadas não apazigua a questão da existência legítima de tais instituições. O fato de que as reservas de mercado existam há muito e sirvam como controle do número de profissionais não as legitima tampouco.

A voz da Corte representa, portanto, uma ponderação importante para a constituição de marcos normativos e para a definição reinvidicada continuamente pela sociedade sobre quem se adéqua a quem, direito e sociedade. É necessário que se adéquem. Necessário para perpetuação de ambos.

Uma vez entendidos os marcos e as definições traçaremos o perfil do Estado de que tratamos. Nesse contexto a liberdade profissional é mais um foco de análise para a observação da estrutura do Estado Brasileiro, já que seria ingênuo tentar depreendê-la somente da leitura de sua Carta Constitutiva, sem observar sua dinâmica institucional.

Ainda que não possa atribuir motivações a votos e pronunciamentos dos Ministros do STF, posso ressaltar as implicações sociais das decisões que emanam: restrição, nesse caso, implica exclusão. Exclusão, a depender do caso em questão, como forma de fechamento¹³ social, resultante num monopólio de oportunidades sociais e econômicas¹⁴.

¹³ O termo é de origem Weberiana e é usado para caracterizar a exclusão de concorrência. Os dispositivos tipicamente instrumentalizados para tal monopólio são: a propriedade dos meios de produção e qualificações acadêmicas e profissionais.

¹⁴ LUNARDELLI, 2008, p.89.

Atentemos: num cenário de desigualdades como Brasil, a exclusão é qualificada.

Por fim, o não-fim. Esse trabalho não se encerra nessa monografia. Prolongar-se-á nos próximos pronunciamentos da Corte sobre o tema.

VIII. Bibliografia:

TATENO, Felipe Kazuo. *A amplitude do interesse público nas regulamentações profissionais e o alcance do princípio da liberdade profissional nessas situações*, 2005.
http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=58

LUNARDELLI, José Marcos. *A regulação das profissões e o controle judicial*, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 1ª edição, São Paulo, Malheiros, 2008.