

EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM ORDEM OU CONSELHO PROFISSIONAL E EXERCÍCIO DE PROFISSÕES ARTÍSTICAS: O *TOPOS* ARGUMENTATIVO DA POTENCIALIDADE LESIVA A INTERESSES, BENS E DIREITOS DA COLETIVIDADE

Eduardo Rocha Dias¹

RESUMO

A liberdade de expressão artística deve ser considerada na análise da possibilidade de restrição da liberdade de exercício de profissão, quando se tratar de atividades culturais, não se podendo estabelecer requisitos para acesso a tais profissões, quando não houver risco ou perigo para a saúde, a segurança, o patrimônio, a vida ou a outros bens juridicamente relevantes. Neste trabalho, busca-se examinar os limites para tal restrição e também o critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal para definir a razoabilidade ou não de exigências como o registro em uma ordem ou conselho profissional. A partir da caracterização de tal exigência como exercício do poder de polícia, conclui-se que quando não houver perigos para outros bens jurídicos a exigência não se mostra razoável. Por outro lado, considerando a necessidade de ponderar adequadamente bens e valores em conflito, a previsão do art. 5.º, inciso XIII, da Carta Magna demanda a demonstração de perigos para outros bens jurídicos, para que se possa estabelecer tal exigência de inscrição. Em se tratando de profissões artísticas, há de prevalecer, portanto, a liberdade. O critério da potencialidade lesiva, portanto, parece ser constitucionalmente adequado, sendo pertinente à discussão em causa e fazendo prevalecer a liberdade profissional e a liberdade de expressão artística.

Palavras-chave: Profissões artísticas. Exigência de inscrição em conselho profissional. Liberdade profissional. Liberdade de expressão artística.

REGISTRATION IN PROFESSIONAL ORDERS AND ARTISTIC PROFESSIONS: THE POTENTIAL RISK TO OTHER INTERESTS, GOODS AND RIGHTS AS AN ARGUMENTATIVE *TOPOS*

ABSTRACT

Freedom of artistic expression must be considered when it comes to determine whether or not the right to work may be restricted. When cultural activities are involved, laws approved by Congress may not establish conditions that do not derive from possible risk to health, safety, property, life or other relevant goods. This paper tries to examine the limits to such restrictions, like registration in a professional order, and also Brazil's Supreme Court rulings that considered when they are reasonable and according to the Constitution. Assuming that such restriction is an expression of state police power, this work arrives at the conclusion that when there is no danger to other relevant goods it is not reasonable for Congress to make it a condition to work in an artistic profession. In

¹ Procurador Federal, Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

such professions, freedom is the rule. Brazil's 1988 Constitution article 5.º number XIII demands that a danger to other rights or goods exists in order to allow Congress to validly pass a bill conveying such restriction. The criteria of potential danger to other goods, therefore, seems to be compatible with the Constitution and pertinent to the problem examined and favors the prevalence of either right to work and freedom of artistic expression.

Keywords: Artistic professions. Requirement of registration in a professional order. Right to work. Freedom of artistic expression.

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento constitucional da liberdade de expressão artística (art. 5º, inciso IX, e 220, § 2º, da Carta Magna), independentemente de censura ou licença, articula-se, como direito subjetivo, com a tarefa estatal de garantir o pleno exercício dos direitos culturais e de proteção do patrimônio cultural brasileiro, de que tratam os arts. 215 e 216 da Carta Magna.

As referidas dimensões viabilizam a concretização da denominada “Constituição Cultural”, que complementa a democracia econômica e social por meio da criação dos meios de exercício e de expressão de atividades artísticas e culturais.² Tais atividades viabilizam meios concretos de subsistência das pessoas e também contribuem para a sua valorização e para a afirmação da sua dignidade e identidade. Repercutem também sobre a comunidade, estabelecendo vínculos com sua história e servindo para o fortalecimento dos laços que unem as pessoas e de sua identidade coletiva, decorrentes das formas comuns de expressão, dos modos de viver, criar e fazer, e das obras e criações executadas.

É nesse quadro normativo que se deve situar o exercício de profissões artísticas, sujeitas, como o exercício de qualquer atividade laboral, à possibilidade de restrição de que trata o inciso XIII do art. 5º da Constituição. Dado o caráter extremamente complexo e conflituoso das sociedades modernas, que se reflete nas respectivas cartas constitucionais, tanto na consagração do pluralismo político, quanto no reconhecimento de direitos fundamentais dotados de uma *vis expansiva* geradora de frequentes colisões, não é incomum encontrar situações em que se terá de restringir direitos face a outros direitos ou interesses da coletividade.

Aí se coloca o problema das exigências de registro em conselho ou ordem profissional para viabilizar o acesso e o exercício de determinada atividade. Trata-se de hipótese de colisão de direitos fundamentais que já foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica dos julgados proferidos, dentre outras ações, nos Recursos Extraordinários 635.023, 555.320 e 414.426. Apesar de já haver uma orientação jurisprudencial traçada por referidas decisões, pretende-se neste estudo revisitar o assunto, abordando, em especial, o critério decisório adotado por elas para definir se dada medida restritiva do Estado é ou não razoável, no caso a denominada potencialidade

² Examinar, a propósito, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 349.

lesiva do exercício de uma atividade laboral para outros direitos ou interesses da coletividade. Examinar-se-á, no tocante às profissões artísticas (lembre-se que nas decisões do Supremo acima referidas se tratou da profissão de músico), se tal critério se mostra adequado para servir como *topos* interpretativo das razoabilidade ou não das soluções legislativas consagradoras do dever de registro em ordem ou conselho como condição de exercício de atividade laboral.

Para esse fim, serão seguidas as seguintes etapas: inicialmente, buscar-se-á inserir a aludida exigência dentro das medidas de polícia ou de controle de atividade particulares potencialmente geradoras de riscos ou perigos para a comunidade, o que poderá trazer algumas contribuições interessantes para o debate; em seguida, será efetuada uma análise geral sobre as restrições a direitos fundamentais e suas principais concepções; por fim, a partir da análise das decisões do STF, envolvendo a exigência de registro na Ordem dos Músicos Brasileiros para exercício da mencionada atividade artística, buscar-se-á aferir a adequação do critério interpretativo da potencialidade lesiva.

2. A EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM ORDENS OU CONSELHOS PROFISSIONAIS COMO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

No Recurso Extraordinário 539.224, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que a fiscalização profissional é uma atividade típica de Estado, abrangendo o poder de polícia, de tributar e de punir, não podendo ser delegada a particulares, conforme decidido pela Corte Suprema na ADI 1.707.³ Na ementa do referido julgado, menciona-se que “Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União”.

Por atividade de polícia deve-se entender, em um sentido tradicional⁴, aquela destinada a assegurar a “defesa da boa ordem da coisa pública”, ameaçada pelos indivíduos.⁵ A proteção da sociedade e dos indivíduos contra os perigos que pudessem ameaçá-los constitui o núcleo de tal atividade, efetuada, geralmente, com recurso a um “poder de coação”.⁶ As ordens, emitidas em virtude de um vínculo de subordinação, dotadas de força obrigatória e vinculante da conduta, e as permissões (ou autorizações), atos que permitem o exercício de uma dada atividade somente após o exame e a

³ Destaque-se que as conclusões do julgado proferido em mencionada ADI 1.707 não se aplicam integralmente à OAB, por força de outra decisão, exarada na ADI 3.026.

⁴ ORTEGA, Ricardo Rivero. *El estado vigilante*. Madri: Tecnos, 2000. p. 55-56.

⁵ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo II, Parte Especial. Buenos Aires: De Palma, 1982. p. 8.

⁶ MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*. Tomo II, Parte Especial. Buenos Aires: De Palma, 1982. p. 5-7.

verificação de sua conformidade com normas preexistentes, são, justamente, formas de sua manifestação.

Na França, a polícia administrativa é tradicionalmente considerada como o conjunto das intervenções da Administração sobre comportamentos privados, impondo à livre ação destes últimos a disciplina exigida pela vida em sociedade, prevenindo atentados à ordem pública, entendida como segurança pública, tranquilidade pública e salubridade pública.⁷

A noção tradicional de polícia, identificada com o Estado absoluto, no qual era vista como um poder genérico e expansivo que habilitava o Poder Público a adotar qualquer medida limitativa sobre os súditos destinada a prevenir prejuízos à coisa pública, acabou sendo superada e substituída por outras noções, como a de atividade de ordenação. Evita-se, assim, correr o risco de perpetuar elementos autoritários incompatíveis com o princípio da legalidade. A atividade de ordenação é compreendida como o condicionamento da conduta dos particulares com vistas a submetê-la ao interesse geral.⁸ Entre as técnicas de ordenação, podem-se identificar diversas medidas de verificação das condutas dos particulares. Há aquelas em que a Administração se limita a verificar o cumprimento de determinados requisitos de aptidão ou idoneidade que há de reunir uma pessoa ou objeto, necessários para a realização de uma concreta atividade ou profissão, para a utilização ou circulação de um bem e que, por seu caráter objetivo, são objeto de uma constatação puramente regrada. Existem também aquelas em que a margem de apreciação da Administração, no momento de valorar a idoneidade dos requisitos, incorpora necessariamente certa margem de valoração adicional acerca da conveniência pública da atividade.

As autorizações constituem uma técnica pela qual a norma jurídica qualifica determinadas atividades como potencialmente lesivas (ou dotadas de capacidade de incidência relevante) para os interesses públicos e por isso subordinam o exercício de ditas atividades a um ato da Administração no qual se comprova e declara que a modalidade de exercício concreto que o particular pretende não produz dita lesão, ou se estabelecem as condições específicas sob as quais pode ser desenvolvida para evitar a lesão aludida. A autorização opera tanto sobre atividades que constituem o exercício normal de direitos subjetivos previamente reconhecidos (como o direito de propriedade imóvel, que implica o de edificar sobre ela) como sobre situações em que tal direito não existe de modo algum, e em que há apenas a liberdade geral de atuação que possuem os sujeitos privados em virtude de sua vinculação meramente negativa à lei, uma liberdade exercitável em qualquer direção e cuja compatibilidade com o interesse público é condicionada pela norma.

⁷ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 478-481; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, Paris: L.G.D.J., 2001. p. 721.

⁸ MAURER, Hartmut, *Droit administratif allemand*, Paris: L.G.D.J., 1994. p. 15; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. v. II. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000. p. 253-278. Tal atividade, no direito espanhol, encontra-se sujeita aos princípios da reserva de lei e da especificação, com o que se afasta a possibilidade de se reconhecer um genérico poder de intervenção do Estado na matéria.

Na hipótese do controle de acesso a determinadas profissões, fica claro o interesse público subjacente, no caso a fiscalização profissional, evitando danos à sociedade. A caracterização do controle do acesso a uma dada profissão por meio de ordens ou conselhos como exercício de poder de polícia ainda guarda atualidade, no Brasil, diante da previsão do art. 145, II, da Carta Magna, que permite a cobrança de taxas em virtude de sua efetivação.

Os riscos e perigos que o desenvolvimento de uma atividade pode trazer é que justificam a intervenção estatal, consubstanciada no controle de ingresso e na fiscalização posterior de seu exercício, que pode tornar necessária, eventualmente, a aplicação de sanções e mesmo a retirada da autorização para exercício da atividade, em caráter definitivo ou temporário. Logo, em se tratando de atividades que pouco ou nenhum risco trazem para a sociedade, não se mostra razoável, antes se mostra excessivo, estabelecer restrições desproporcionais ou mesmo impor a exigência de inscrição em ordens ou conselhos profissionais. É a primeira conclusão a que se pode chegar.

3. AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCIPAIS CONCEPÇÕES

Como restrição deve-se entender qualquer ação ou omissão dos poderes públicos, aí incluídos o legislador, a Administração e o Judiciário, que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando “as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental”, bem como enfraquecendo “deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”.⁹ Pode-se falar em restrição em sentido amplo, abrangendo, além de manifestações de conteúdo jurídico, as intervenções fáticas sobre direitos fundamentais¹⁰, e em sentido restrito, compreendendo as atuações normativas ou “leis restritivas”, nos termos do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa.¹¹ Referido dispositivo, a exemplo do artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn, que o inspirou, regula a aplicação dos

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 157. JORGE MIRANDA, ao tratar dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídico-constitucional portuguesa, menciona as restrições, distinguindo-as dos limites ao exercício de direitos, dos condicionamentos, da regulamentação e da concretização legislativa (*Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 3. ed. 2000. p. 329 et seq.). As restrições envolvem a amputação ou compressão das faculdades compreendidas em um determinado direito, decorrentes de previsões específicas. Já os limites dizem respeito ao modo de se exteriorizar a prática de um direito, decorrente de razões ou condições de caráter geral, o qual pode desembocar em condicionamentos, ou seja, no estabelecimento de requisitos para o seu exercício. A regulamentação, por outro lado, compreende o preenchimento ou desenvolvimento legislativo do direito. A concretização, por sua vez, implica o estabelecimento de normas que conferem exequibilidade a dispositivos que dela carecem total ou parcialmente.

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 209 et seq.

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 227.

chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, ou seja, dos limites às restrições de referidas posições jurídicas.

Na Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não se prevê expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais. A doutrina, porém, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, vem identificando como “limites aos limites”, além da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade (fundado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do artigo 5º, inciso LIV, da CF/88) e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade).¹²

As previsões do artigo 18 da Constituição portuguesa e do artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn permitem concluir que a filiação teórica a eles subjacente é chamada “teoria externa” dos limites aos direitos fundamentais, ou “pensamento de intervenção e limites”. Para essa corrente, e em termos resumidos, a função principal dos direitos fundamentais é a defesa do indivíduo ante atuações estatais, típica marca da teoria liberal dos direitos fundamentais, para a qual toda intervenção em referida esfera é excepcional e deve ser expressamente prevista.¹³ Ocorre que tal teoria pressupõe que o legislador constituinte tenha sido clarividente o bastante para introduzir reservas e restrições explícitas, já que, no silêncio da Constituição, não são admitidas restrições. Malgrado tal finalidade garantística, não é factível exigir que o legislador constituinte possa prever todas as possíveis hipóteses de colisão de direitos fundamentais, muito menos pretender que, dado o caráter expansivo de referidas posições jurídicas, não surjam conflitos entre direitos e bens jurídicos constitucionais fora das hipóteses expressamente previstas.

Diante de referidas deficiências, a chamada “teoria interna dos limites dos direitos fundamentais” busca, basicamente, superar o caráter liberal e individualista da “teoria externa”, pela afirmação de que a liberdade somente faz sentido no quadro da sociedade juridicamente conformada e ordenada e que o indivíduo não existe isolado da comunidade.¹⁴ A afirmação de tal caráter institucional e comunitário do direito leva a reconhecer o importante papel do legislador na efetivação e na conformação da liberdade, bem como que os direitos fundamentais não podem violar bens jurídicos de valor igual ou superior. Logo, os limites não seriam “externos” aos direitos fundamentais, mas seriam

¹² Examinar, a propósito, GILMAR FERREIRA MENDES (*Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. p. 241 et seq).

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 292 et seq. O fundamento de tal consideração encontra-se no princípio da “repartição” ou “divisão”, formulado por Carl Schmitt, que caracterizaria o Estado Liberal de Direito: a liberdade dos indivíduos é em regra ilimitada; já o poder do Estado é, em princípio, limitado (*Dottrina della costituzione*. Milão: Giuffrè, 1984. p. 173).

¹⁴ HÄBERLE, Peter. *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993. p. 79 et seq., especialmente p. 83-84; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 310-311; MENDES, Gilmar Ferreira, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. p. 225.

suas “fronteiras”, afirmando-se desde “dentro”, ou seja, seriam limites “imanescentes”. A eventual previsão destes últimos, como reservas de intervenção do legislador ou como restrições, teria, na verdade, o caráter de mera declaração. As leis, por sua vez, não constituiriam limites, mas simplesmente concretizariam, interpretariam e revelariam as fronteiras do conteúdo dos direitos.¹⁵ Contrariamente à teoria externa, o perigo da teoria interna é que ela desarma o cidadão ante o Poder Público, reforçando o âmbito de intervenção deste último, o que origina um déficit no controle de sua atuação. Ademais, torna prescindível o recurso aos requisitos formais previstos na Constituição, como é o caso do artigo 18 da Carta portuguesa, para a restrição de direitos fundamentais.

Diante de tais deficiências, costuma-se recorrer ao modelo dos direitos fundamentais como princípios como tentativa de estabelecer um procedimento adequado e controlável de argumentação e fundamentação jurídica, de forma a justificar as restrições aos direitos fundamentais, no caso a metodologia da ponderação.¹⁶ Os princípios são normas dotadas de maior generalidade e abstração, vinculando-se mais nitidamente a valores, e carecendo de concretização. São mandatos de otimização, uma vez que se aplicam na medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Distinguem-se das regras, passíveis de aplicação em termos definitivos, de “tudo ou nada”, mediante uma subsunção dos fatos concretos. Os princípios possuem uma dimensão de peso e as regras uma dimensão de validade. Isso significa que os primeiros, caso entrem em conflito, não são excluídos do ordenamento jurídico, mas submetidos a uma ponderação, pela qual, na decisão do caso, ocorre a cedência de um diante do outro. Mas isso não impede que em outra situação se decida pela aplicação do princípio oposto. Já no caso de conflito entre regras, a solução deverá levar ao reconhecimento da invalidade de uma das regras, ou à aplicação de uma cláusula de exceção que tenha sido introduzida.¹⁷

As normas de direitos fundamentais têm, em regra, a natureza de princípios, levando a que as posições jurídicas nelas assentadas somente se convertam em direitos definitivos, após uma ponderação com os princípios opostos nas circunstâncias do caso concreto. É de capital importância, portanto, reconhecer as normas constitucionais que revistam a natureza de princípios, para o fim de se proceder à referida ponderação, distinguindo-as das normas-regras, que se prestam a uma aplicação fundada na metodologia subsuntiva. Tal nem sempre é fácil, porém, principalmente se for adotado

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 313-314.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 339-341. No Brasil, Gilmar Mendes adota a perspectiva de que as normas de direitos fundamentais têm a natureza de princípios, por definirem apenas posições *prima facie*, parecendo pender para uma perspectiva de restrições fundada na teoria externa, mas que reconhece papel importante para a metodologia da ponderação (*Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. p. 225-226). Entendendo, por sua vez, que as normas de direitos fundamentais podem revestir tanto a forma de regras quanto de princípios, examina Suzana de Toledo Barros (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 155).

¹⁷ SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 50 et seq.

um critério forte de distinção entre regras e princípios.¹⁸ As regras, por exemplo, podem também ser realizadas em maior ou menor medida, como aquela regra que proíbe a ultrapassagem pela direita, mas que pode encontrar diferente acatamento por parte dos condutores nas situações concretas. Por outro lado, há grande diversidade nas formas de proteção de bens jurídicos, tanto por meio de regras quanto de princípios, o que também afasta uma distinção forte entre referidas espécies de normas. Nos casos difíceis, em que não se possa reconhecer que uma dada norma reveste a natureza de regra ou de princípio e se já foram efetuadas todas as ponderações devidas pelas instâncias legitimadas para tal, a distinção forte também se mostra problemática. Admitir, por fim, que a qualificação de uma norma como regra ou princípio possa depender de vicissitudes históricas ou da vontade do constituinte, já que dela dependerá o reconhecimento de maior ou menor margem de restrição por parte dos poderes constituídos, leva a que se busque uma distinção fraca e gradual entre as duas realidades.¹⁹ Nos casos difíceis, lembre-se, não se recorre à subsunção, mas à ponderação, não se identificando uma solução apriorística. Em alguns casos, evidentemente, poderá a Constituição adotar um determinado entendimento e resolver uma colisão entre direitos fundamentais de forma tendencialmente inequívoca. A regra, porém, é que não é possível se tipificar e se regular todas as eventuais colisões que venham a ocorrer.

Ao lado das restrições imediatamente decorrentes da Constituição e das que são estabelecidas por lei, com fundamento em autorizações contidas nas normas constitucionais, admitem-se restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.²⁰ Não se mostra adequado considerar estas últimas como “limites imanentes” aos direitos fundamentais²¹, mas elas se impõem por uma necessidade de

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 344-345.

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 353. No mesmo sentido, José María Rodríguez de Santiago (*La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2000. p. 46-47). Este último alude à circunstância de o próprio Alexy referir-se a proposições que têm um “duplo caráter”, de regra e princípio, o que contraria uma distinção qualitativa entre referidas espécies de normas (*Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 135 et seq.). Tal ocorre quando o que é estatuído por uma disposição de direito fundamental é completado com normas susceptíveis de subsunção, com a ajuda de cláusulas que fazem referência a ponderações. Em suma, tem-se que pode haver regras, princípios, normas que são predominantemente regras e normas que são predominantemente princípios. Da mesma forma, pode-se afirmar que não há uma diferença categorial entre a subsunção e a ponderação como métodos de aplicação do direito. Uma norma qualificável como regra pode exigir a realização de ponderações em virtude de, por exemplo, conter um conceito jurídico indeterminado carente de valoração.

²⁰ Sobre o tema, J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1276-1277 e 1279-1283) e Jorge Reis Novais (*As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 254 et seq.).

²¹ Adotando posição mais matizada, Konrad Hesse (*Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 251 et seq.) entende que a identificação de limites aos direitos fundamentais significa a determinação do âmbito da norma, da parcela da realidade que é objeto de garantia, a qual muitas vezes é conformada juridicamente. Tal limitação pode dar-se em virtude de ordens normativas adicionais eventualmente contidas na garantia do direito fundamental (como a limitação da liberdade de reunião a encontros “pacíficos”). São limites imanentes, a serem determinados por interpretação. Por outro lado, o autor distingue a identificação de limites imanentes da previsão de restrições aos direitos fundamentais, com base em reservas de intervenção legislativa. José

ponderação entre direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais relevantes, ante a impossibilidade de o legislador constituinte prever todas as possíveis colisões de direitos e bens constitucionais, de forma a, em cada caso concreto, assegurar a convivência entre referidos bens e direitos. Não se trata de hierarquizá-los, nem de identificar, com base em uma teoria interna das restrições aos direitos fundamentais, limites não escritos apriorísticos. Todos os direitos fundamentais, nessa perspectiva, estão submetidos a uma “reserva geral imanente de ponderação”, pela qual se busca compatibilizar, de um lado, a interpretação que os poderes constituídos fazem do interesse público e, de outro lado, as garantias decorrentes da liberdade individual.²² Uma interpretação constitucionalmente adequada e que leve em conta a força normativa da Constituição deve levar, por outro lado, a considerar as interpretações e ponderações efetuadas em abstrato pelo constituinte, bem como as reservas colocadas nos direitos fundamentais. Isso pode levar à consagração como regras de determinadas garantias jurídicas fundamentais, como é o caso da vedação da pena de morte no Brasil, passíveis de uma aplicação subsuntiva e definitiva. Na maior parte das vezes, contudo, as normas de direitos fundamentais revestir-se-ão da natureza de princípios, mediante o recurso a fórmulas abertas e a conceitos indeterminados carentes de um preenchimento valorativo, o que torna evidente a necessidade de se adotar uma ponderação.²³

No Brasil, Suzana de Toledo Barros (1996, p. 161 e seguintes) e Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 227 e seguintes) aludem às restrições legais simples, às reservas legais qualificadas e a direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal. Nas primeiras, há uma remissão abrangente ao legislador, que tem autorizada a possibilidade de restringir o âmbito de proteção de direitos fundamentais, inclusive por meio da densificação de conceitos ou institutos jurídicos; nas segundas, a Constituição fixa as condições em que se fará a restrição, os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados; por fim, na ausência de previsão de intervenção, ambos os autores entendem que o legislador pode intervir. Para Gilmar Mendes, tal possibilidade decorre do inciso II do artigo 5º da CF/88, que estabelece uma “cláusula de reserva legal subsidiária”.

Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 292 et seq.), por sua vez, apesar de aceitar a figura dos limites imanentes, rejeita os pressupostos básicos da chamada teoria interna das restrições. Para ele, e à semelhança de Konrad Hesse, há o primeiro momento de determinação do âmbito normativo dos direitos fundamentais, por meio da consideração de limites expressos ou implícitos, que leva a afastar de referido âmbito situações ou formas de exercício de direitos não aceitas pela Constituição de forma absoluta, que lesem os direitos dos outros ou valores comunitários fundamentais. Os limites imanentes, assim, são obtidos por interpretação, não se confundindo com o segundo momento, o da restrição a direitos fundamentais por parte do legislador. No Brasil, Suzana de Toledo Barros (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 166 et seq.), após reconhecer ao legislador uma “implícita autorização” para regular conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos em colisão na ausência de uma reserva de intervenção expressa, em decorrência dos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática, faz vincular tal possibilidade à existência de limites imanentes, fundados nos direitos dos outros e na cláusula de comunidade. Em última instância, a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais e a necessidade de ponderações levariam à afirmação de tais limites imanentes.

²² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 570 et seq.

²³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 574-575.

Defende ele a ideia de que, no caso de direitos fundamentais não submetidos a reserva de lei restritiva, a ação limitadora seja revestida de cautela redobrada. Quanto aos bens jurídicos em face dos quais seria admissível a restrição, defende o autor, com base na doutrina alemã, a noção de que devem se tratar de direitos de terceiros ou revestir hierarquia constitucional. Criticando esse último entendimento, uma vez que aquilo que deve prevalecer é o conteúdo material do bem em causa, e não sua localização formal em um plano constitucional ou infraconstitucional, bem como o peso relativo de cada um dos bens em colisão, examinar Jorge Reis Novais (2003, p. 620-621).

No tocante ao direito brasileiro, defende-se aqui que devem em regra ser observados os princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da igualdade na restrição de direitos fundamentais não dotados de uma reserva de intervenção. Não se mostra adequado, por sua vez, invocar-se o respeito ao núcleo essencial do direito fundamental que vier a ser restringido. Lembre-se que há duas concepções acerca do “núcleo essencial”.²⁴ Para as chamadas teorias absolutas, ele seria um núcleo fundamental, determinável em abstrato, que seria intocável por ser dotado de maior intensidade valorativa. É reconduzido à dignidade da pessoa, ou à projeção de referida dignidade em cada direito, ou aos elementos típicos que conferem caráter ao direito, dentre outras concepções. Para as teorias relativas, o núcleo essencial não poderia ser apartado dos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade. Ora, não apenas o respeito ao núcleo essencial não se encontra previsto na CF/88 como sua aplicação não traz qualquer reforço do nível de tutela dos direitos fundamentais. Isso porque, se for adotada uma perspectiva relativa da defesa do núcleo essencial, esta dificilmente pode ser distinguida do princípio da proporcionalidade, da proibição do excesso e da ponderação. A adoção de uma perspectiva absoluta, por sua vez, conduz quer à sua identificação com outros princípios constitucionais, como é o caso do princípio da igualdade ou da dignidade da pessoa, quer a uma difícil e pouco consistente tentativa de identificar um núcleo irreduzível de proteção.²⁵

Importa, por outro lado, buscar dotar o procedimento de ponderação de mecanismos que reduzam a discricionariedade do órgão decisor. A explicitação dos argumentos considerados e a apreciação de elementos pertinentes para o caso são pautas de atuação que evitam o decisionismo e o subjetivismo. A adoção, sobretudo pelos tribunais constitucionais, de *topoi* decisórios também contribui para reduzir a margem de arbitrariedade e conduzir a uma decisão que se justifique intersubjetivamente.

²⁴ Nesse sentido, examinar José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 304 et seq.).

²⁵ Examinar, nesse sentido, Jorge Reis Novais (*As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 779 et seq.). Konrad Hesse assevera que a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção do núcleo essencial (*Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 267-268). Em sentido contrário, considerando que a CF/88 ampararia a necessidade de se proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, em virtude da previsão constante do parágrafo 4º de seu artigo 60, examinar Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 120-121). Referido dispositivo prevê, como limite material do poder constituinte reformador, a vedação de propostas de emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

4. A POSIÇÃO DO STF A RESPEITO DA PROFISSÃO DE MÚSICO E A EXIGÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA COMO CRITÉRIO ARGUMENTATIVO DEFINIDOR DA RAZOABILIDADE DA INTERVENÇÃO LEGISLATIVA

Considerando o que foi examinado no item precedente, tem-se que o art. 5º, inciso XIII, da Constituição consagra uma hipótese de reserva legal simples, já que remete de forma genérica ao legislador a possibilidade de restringir o exercício profissional por meio do estabelecimento de qualificações. A imposição de inscrição em uma ordem ou conselho profissional insere-se nessas exigências. Ora, a liberdade inicialmente proclamada pelo dispositivo mencionado não é absoluta, podendo ser condicionada ou restringida face a outras circunstâncias. Ora, impõe-se considerar quando tal restrição será legítima, já que, mesmo não sendo a liberdade profissional absoluta, também não é absoluta a margem de intervenção do legislador.

Examinando referida hipótese de colisão de direitos fundamentais, a Corte Maior, no julgamento dos RE 635.023, 555.320 e 414.426, em que se impugnavam atos da Ordem dos Músicos do Brasil, no sentido de proibir a apresentação de músicos sem que portassem carteiras profissionais e comprovassem pagamento de contribuições à entidade, decidiu que nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para seu exercício. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. Destacou-se que a atividade de músico prescinde de controle, sendo manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.

A previsão de inscrição na Ordem dos Músicos, relembre-se, consta do art. 16 da Lei 3.587/1960.

A Relatora, Ministra Ellen Gracie, destacou que no passado a Corte chegou ao mesmo entendimento, ao analisar a Representação 930-DF, em que se declarou inconstitucional lei que impediu o exercício da profissão de corretor de imóveis aos que não estivessem inscritos no Conselho Federal de Corretores de Imóveis. Considerou-se ser excepcional o controle exercido por tais ordens ou conselhos, sob pena de se reinstaurar as antigas corporações de ofício.

O julgamento do feito foi afetado ao Pleno do STF, tendo a Relatora, em seu novo voto, inicialmente, destacado que a liberdade de exercício profissional é um dos diferentes aspectos que integram a liberdade da pessoa humana. O estabelecimento, por lei, de restrições, por sua vez, somente se justifica para o fim de preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados.

Somente no tocante a atividades cujo mau exercício possa trazer danos à saúde, à segurança, ao patrimônio ou à formação intelectual das pessoas é que se justificaria o controle exercido por ordens profissionais. Já no tocante aos músicos, destacou-se que tal

atividade artística não gera qualquer dano social. Com efeito, pode-se afirmar que a variabilidade com que o espírito humano pode se manifestar por meio da música – utilizando somente a voz, como é o caso dos corais, sem uso de instrumentos, utilizando objetos que a princípio nada têm de musicais, como panelas e garrafas –, em contextos muitas vezes espontâneos e sem qualquer necessidade de formação – grupos étnicos e folclóricos, por exemplo, não se coaduna com o estabelecimento de amarras como a exigência de formação e de registro e inscrição em ordens e conselhos profissionais. A má execução de músicas não gera danos à sociedade, mas apenas ao próprio executor, que, por meio de uma crítica negativa, pode ter dificuldades em desenvolver seu trabalho. E dada a subjetividade com que a música é apreciada – uns gostam de música clássica, outros de *rock and roll* – o próprio papel da crítica é relativo.

A relatora comparou a situação do músico à do escritor e mesmo à do jornalista, objeto de outra decisão do STF, no RE 511961, em que também se dispensou a necessidade de maiores requisitos formais para seu exercício.

O Plenário, por unanimidade, negou provimento ao recurso da Ordem dos Músicos, mantendo a decisão recorrida, e o entendimento da desnecessidade de registro, dada a inexistência de potencial lesivo a outros bens e direitos, e também a vinculação do exercício profissional dos músicos à liberdade de expressão artística.

Verifica-se que o critério adotado mostra-se adequado para definir um parâmetro interpretativo, um *topos*, no tocante à articulação entre a liberdade de profissão e a possibilidade de o legislador estabelecer restrições fundadas no interesse público.

Trata-se de aplicar, conforme visto no item 3 deste estudo, o princípio da proporcionalidade, na verificação da necessidade e da adequação da medida restritiva. Inexistindo potencial lesivo a outros bens e interesses, descabe o estabelecimento de restrições.

Assim, no caso de profissões como medicina, direito, engenharia e arquitetura, em que há um significativo risco de dano à saúde, à segurança, à vida e à propriedade pelo mau desempenho de mencionadas atividades, se justifica o estabelecimento de exigências como a de formação superior e de registro em um conselho ou ordem profissional; para as demais, deve prevalecer a liberdade, ainda mais quando tal liberdade de exercício profissional viabilizar a concretização de outro direito fundamental, no caso a liberdade de expressão artística.

O critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, mostra-se adequado e contribui para uma redução do subjetivismo decisório em matéria de ponderação de bens e direito, já que decorre de uma apreciação equitativa dos interesses e bens em conflito e se baseia em uma argumentação pautada em dados da realidade pertinentes com a temática enfocada. A Corte Maior ofereceu argumentos razoáveis e ponderou adequadamente as posições conflitantes, o que sem dúvida serve para ampliar perante a comunidade a legitimidade da decisão.

5. CONCLUSÕES

A exigência de inscrição em uma ordem ou conselho profissional caracteriza-se como medida de polícia, a ser adotada com a finalidade de proteger a sociedade dos riscos e perigos que o exercício da atividade pode ensejar. Inexistentes tais riscos e perigos, a previsão legal de prévio registro ou inscrição não se justifica, mostrando-se excessiva e desproporcional. A interpretação da reserva legal simples, prevista no art. 5º, inciso XIII, da Constituição, deve se encaminhar, portanto, no sentido de considerar tais riscos e perigos. O STF, ao adotar a potencialidade lesiva da atividade a outros bens e direitos como critério definidor da razoabilidade da exigência de inscrição em ordem ou conselho profissional decidiu de forma adequada, ponderando os bens e direitos em conflito, de maneira satisfatória, e elegendo um *topos* argumentativo que se mostra operativo e passível de justificação argumentativa perante a comunidade, já que reflete dados da realidade que são pertinentes. Em se tratando de profissões artísticas, o seu exercício não pode ser condicionado a registro ou inscrição em ordem ou conselho profissional, já que viabiliza outro direito fundamental, o de expressão artística, e não gera perigo à saúde, à vida, à propriedade ou a outros bens e direitos.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- GAUDEMET, Yves. **Traité de droit administratif**. Paris: L.G.D.J., 2001.
- HÄBERLE, Peter. **Le libertà fondamentali nello stato costituzionale**. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MAURER, Hartmut. **Droit administratif allemand**. Paris: L.G.D.J., 1994.
- MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo II, Parte Especial. Buenos Aires: De Palma, 1982.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- ORTEGA, Ricardo Rivero. **El estado vigilante**. Madri: Tecnos, 2000.
- RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de derecho administrativo**. V. II. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000.

SANTIAGO, José María Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo**. Madri: Marcial Pons, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 31-81.

SCHMITT, Carl. **Dottrina della costituzione**. Milão: Giuffrè, 1984.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

Artigo recebido em junho de 2013 e aprovado em junho de 2013.