

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

OSVALDO COSTA SILVA

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO RE
511.961/SP: O CASO DO DIPLOMA DE
JORNALISMO**

**BRASÍLIA-DF
2010**

OSVALDO COSTA SILVA

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO RE
511.961/SP: O CASO DO DIPLOMA DE
JORNALISMO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Professora Orientadora: Prof. MSc. Inês Porto

BRASÍLIA-DF
2010

OSVALDO COSTA SILVA

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO RE
511.961/SP: O CASO DO DIPLOMA DE
JORNALISMO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/_____, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

A todos os professores do IDP que me guiaram em busca do saber jurídico.

Dedico

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores do IDP pela paciência, empenho e dedicação que dispensaram a todos os alunos da Pós-Graduação em Direito Constitucional, fator de grande importância para o bom desempenho deste trabalho.

Agradeço à amiga e orientadora, Prof^a Inês Porto, pela preciosa orientação e boa vontade em colaborar no desenvolvimento dessa monografia.

Agradeço à minha esposa e aos meus filhos, razão do meu esforço na conclusão deste curso.

Agradeço a todos os amigos que de alguma forma contribuíram para o aperfeiçoamento do tema em questão.

E, um agradecimento especial a Deus, por me permitir compartilhar com meus amigos e familiares todos os momentos de minha vida.

A morte do homem começa no instante em que ele desiste de aprender.

Albino Teixeira

RESUMO

Monografia que abordará os aspectos constitucionais do Recurso Extraordinário 511.961/SP que julgou a não recepção do Decreto-Lei nº 972/69, no tocante ao dispositivo previsto no inc. V do art. 4º, que exigia o diploma de nível superior em jornalismo para o exercício da profissão. Dentro desse contexto, pretende-se, com base nesse julgamento histórico, pesquisar na doutrina constitucional quais os critérios para se fixar que determinada profissão necessite de restrições ao seu exercício, conforme preconizado pelo art. 5º, inc. XIII, da Constituição Federal. Pretende-se também sistematizar os votos dos ministros para demonstrar como chegaram à conclusão, por maioria, que a exigência posta pelo referido decreto não foi recepcionada pela atual Constituição Federal.

Palavras chave: Direitos Fundamentais; Restrições constitucionais; Exercício do jornalismo .

ABSTRACT

Monograph addressing the constitutional aspects of the extraordinary appeal that 511.961/SP judged non-receipt of Decree-Law No. 972/69, concerning the arrangements under the inc. V Art. 4, which called for higher education qualifications in journalism for the profession. Within this context, it is intended, based on this historic trial, search the constitutional doctrine which criteria to establish that a particular profession requires constraints on the exercise, as required by art. 5, inc. XIII of the Federal Constitution. Another aim is to systematize the votes of the ministers to demonstrate how the conclusion reached by majority, that the requirement posed by the decree was not approved by the Federal Constitution.

Keywords: Fundamental Rights, constitutional restrictions, exercise of journalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 - HISTÓRICO: DA SENTENÇA DE 1º GRAU AO ACÓRDÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 511.961/SP	13
1.1 Da sentença de 1º grau – 16ª Vara Cível Federal SP - Processo N° 2001.61.00.025946-3.....	13
1.2 Da decisão de 2º Grau - Acórdão do Tribunal Regional Federal – 3ª Região- AC 200161000259463/SP.....	16
1.3 Da Ação Cautelar 1.406-9/SP – Relator Ministro Gilmar Mendes.....	18
1.4 Do Recurso Extraordinário nº 511.961/SP – Acórdão do STF – Relator Ministro Gilmar Mendes.....	19
2- PRINCIPAIS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO CASO DO DIPLOMA DE JORNALISMO.....	20
2.1 Considerações sobre direitos fundamentais.....	23
2.2 Distinção entre regras e princípios.....	25
2.3 Tentativa de conceituação – direitos fundamentais.....	28
2.4 Direitos Fundamentais - colisões	29
2.5 A ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade.....	34
2.6 Restrições constitucionais e legais ao livre exercício de atividade laboral: considerações gerais.....	38
2.6.1 Restrições diretamente constitucionais.....	40
2.6.2 Restrições indiretamente constitucionais por expressa reserva legal.....	41
2.6.3 Restrições indiretamente constitucionais por outros bens constitucionais tutelados.....	43
2.7 Artigo 5º, inc. XIII, da Constituição Federal de 1988 – Limitação da liberdade de exercício laboral: tentativa de solução.....	45
3 - Do RE 511.961/SP – FUNDAMENTOS DOS VOTOS DOS MINISTROS.....	58
3.1 Do voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes.....	58
3.1.1 Da análise da primeira perspectiva.....	60
3.1.1.1 Do âmbito de proteção de um direito fundamental.....	60
3.1.1.2 Do Histórico de decisões do STF sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental relacionado à regulamentação de uma profissão.....	61

3.1.1.3 Da Lei e Doutrina Constitucional.....	62
3.1.1.4 Da frequência em curso superior de jornalismo	64
3.1.1.5 Do jornalismo como profissão diferenciada.....	64
3.1.1.6 Da questão da Lei de Imprensa e da vedação à censura prévia estatal	65
3.1.1.7 Do controle pela própria Imprensa sobre a exigência de diploma de jornalismo.....	68
3.1.1.8 Dos exemplos de grandes comunicadores que não possuíam ou não possuem diploma em jornalismo.....	69
3.1.2. Da análise da segunda perspectiva.....	69
3.1.3 Da conclusão do Relator, Min. Gilmar Mendes	70
3.2 Das ponderações dos demais ministros	70
3.2.1 Ministra Cármen Lúcia	70
3.2.2 Ministro Ricardo Lewandowski	71
3.2.3 Ministro Eros Grau.....	73
3.2.4 Ministro Carlos Ayres Britto.....	73
3.2.5 Ministro Cezar Peluso.....	74
3.2.6 Ministra Ellen Gracie.....	75
3.2.7 Ministro Celso de Mello.....	77
3.2.8 Ministro Marco Aurélio.....	77
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

INTRODUÇÃO

Esta monografia, intitulada **Aspectos Constitucionais do RE 511.961/SP: O Caso do Diploma de Jornalismo**, será dividida em 03 capítulos onde se pretende expor os principais aspectos constitucionais envolvidos no caso, e os fundamentos dos votos dos ministros no julgamento do Recurso Extraordinário- RE 511.961/SP que numa decisão polêmica¹ do Supremo Tribunal Federal julgou a não-recepção do art. 4º, inc. V, do Decreto-Lei nº 972/1969, assim decidindo pela não exigência do diploma de jornalismo para o exercício da profissão.

Convém destacar que o STF, ultimamente, vem sendo palco de diversas decisões polêmicas, a exemplo da questão da lei de imprensa, células-tronco, cotas raciais, aborto anencefálico, dentre outros.

A questão posta no RE 511.961/SP foi outra que ganhou amplo destaque pela sua delicadeza e relevância, despertando a curiosidade de como responderia a Corte Suprema diante de uma situação imposta por um decreto-lei editado na época da ditadura militar, e que há 40 anos estava em plena vigência. Esse RE foi resultado de uma longa batalha, começada em 2001, pelo MPF; passou para a jurisdição do TRF3 em grau de recurso, e, finalmente chegou ao STF que tinha a obrigação constitucional de dar uma resposta, positiva ou negativa, mas, agradando ou não aos interessados.

O cerne constitucional da questão posta era dizer se a exigência prevista no inc. V do art. 4º do Decreto-Lei nº 972/69 foi recepcionado pela Constituição de 1988, e se essa exigência contrariava o Pacto de San José da Costa Rica.

O STF deu a sua resposta. Quem ganhou? Quem perdeu? Como se verá, a Democracia.

¹ A polêmica da decisão se localiza no fato de um lado estavam os jornalistas sem diploma que há muito queriam o direito de exercer a profissão livremente. Do outro lado, estavam os jornalistas diplomados que não aceitavam que sua profissão passasse a ter importância comum no cenário midiático. Esse julgamento também poderia afetar os diversos cursos de jornalismo constituídos para formação profissional. Por fim, abre precedentes para desregulamentação de outras profissões.

Dentro desse contexto pretende-se, com base nesse julgamento histórico, pesquisar na doutrina constitucional quais os critérios para se fixar que determinada profissão necessite de restrições ao seu exercício, bem como por que outras não necessitam de tais restrições. Pretende-se também sistematizar os votos dos ministros para demonstrar como chegaram à conclusão, por maioria, que a exigência posta pelo referido decreto não foi recepcionada pela atual Constituição Federal.

Destaca-se que este estudo monográfico, na modalidade estudo de caso, será disposto em três capítulos nos quais se pretende expor o que segue.

No primeiro capítulo far-se-á um histórico do caso, desde a ação inicial culminando com o acórdão do RE 511.961/SP.

No segundo capítulo far-se-á um estudo doutrinário identificando-se os principais aspectos constitucionais que se encontram no acórdão do RE 511.961/SP, dentre eles, vários direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de exercício laboral; a questão da colisão desses direitos e ainda verificar quais as soluções adotadas pela doutrina para determinar quais critérios devem ser adotados para fixar que determinada atividade laboral deve sofrer as restrições estabelecidas pelo legislador.

No terceiro capítulo analisar-se-á o voto do relator, fazendo-se considerações sobre os pontos mais relevantes apontados pelo ministro Gilmar Mendes, e ainda far-se-á uma análise conjunta dos votos dos demais ministros, sistematizando os votos para verificar as considerações feitas por eles para justificarem o provimento, por maioria, dos recursos interpostos.

Na realização do presente estudo de caso foi utilizado o Acórdão do RE 511.961-SP, além de diversos documentos, tais como, a petição inicial da Ação Civil Pública, a Sentença de 1º grau, o Acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e o suporte na doutrina de J.J.Canotilho, Robert Alexy, Daniel Sarmento, Paulo Bonavides, Roger Stiefelmann Leal, Fábio Carvalho Leite, dentre outras citações.

1 - HISTÓRICO: DA SENTENÇA DE 1º GRAU AO ACÓRDÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 511.961/SP

Neste capítulo, para melhor entendimento do caso em análise, faz-se um breve histórico, desde a ação inicial até o acórdão do RE 511.961/SP.

1.1 Da sentença de 1º grau – 16ª Vara Cível Federal SP - Processo Nº 2001.61.00.025946-3²

Em 17 de outubro de 2001, o Ministério Público Federal (MPF), por seu ilustre Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, o Procurador da República, Dr. André de Carvalho Ramos, ajuizou Ação Civil Pública com pedido de tutela antecipada, contra o Governo Federal, contestando a exigência do diploma de jornalismo para o exercício da profissão. Essa ação foi motivada após a instauração, junto ao MPF, das representações nº 1.34.001.002285/2001-69 e nº 1.34.001.001683/2001-68, que visavam apurar a regularidade da exigência do referido diploma para o exercício daquele ofício.

Conforme a petição inicial, após a instrução das representações, e colhidas as razões apresentadas pela União Federal, concluiu o signatário que, efetivamente, a exigência de diploma superior aos jornalistas era grave afronta à Constituição Federal de 1988 e à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Após tal constatação, a ACP foi ajuizada, sendo distribuída à 16ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo - 3ª Região, onde constavam os seguintes pedidos a serem deferidos em sede de tutela antecipada, *in verbis*:

Diante disso, requer o Ministério Público Federal que Vossa Excelência conceda tutela antecipada, cumprida a lei 8.437/92, com abrangência nacional, para impor à ré determinando que:

- a) seja obrigada a União Federal a não mais registrar ou fornecer qualquer número de inscrição no Ministério do Trabalho para os diplomados em jornalismo, informando aos interessados a desnecessidade do registro e inscrição para o exercício da profissão de jornalista.
- b) seja obrigada a União Federal a não mais executar fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de

² A petição inicial e processo original n 2001.61.00.025946-3 está disponível em <http://www.trf3.jus.br/consultag.p>. Acessado em 01.12.2009.

- grau de curso universitário de jornalismo, bem como não mais exarar os autos de infração correspondentes;
- c) sejam declarados nulos todos os autos de infração lavrados por auditores-fiscais do trabalho, em fase de execução ou não, contra indivíduos em razão da prática do jornalismo sem o correspondente diploma;
 - d) sejam remetidos ofícios aos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação, dando ciência da antecipação de tutela, de forma a que se aprecie a pertinência de trancamento de eventuais inquéritos policiais ou ação penais, que por lá tramitem, tendo por objeto a apuração de prática de delito de exercício ilegal da profissão de jornalista.

Como pedido final, o Procurador da República, Dr. André de Carvalho Ramos, requereu que fosse julgado procedente o pedido, de forma que, em caráter definitivo, *verbis*:

- a) seja confirmada a tutela antecipada pleiteada;
- b) seja fixada multa de R\$10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos, (art. 13 da lei no.7347/85), para cada auto de infração lavrado em descumprimento das obrigações impostas através da concessão do pedido;
- c) seja a ré condenada a reparar os danos morais coletivos causados pela conduta impugnada.

Em atenção ao pedido de tutela antecipada requerido pelo MPF, a juíza federal substituta, Dra. Carla Abrantkoski Rister, da 16ª Vara Cível da Justiça Federal, 3ª Região, em São Paulo, concedeu a liminar, em 23 de outubro de 2001, para suspender a obrigatoriedade da exigência do diploma de jornalismo para a obtenção do registro profissional. Convém lembrar que a decisão da juíza suspendeu provisoriamente a obrigatoriedade até julgamento definitivo em instâncias superiores, obrigando assim o Ministério do Trabalho a conceder registros de jornalista a qualquer pessoa.

Posteriormente à concessão da liminar (22/11/2001), o Governo Federal, através da Advocacia Geral da União (AGU), bem como a Federação Nacional de Jornalismo (FENAJ) e o Sindicato dos Jornalistas de São Paulo, na qualidade de terceiros interessados, entraram com pedido de agravo de instrumento com efeito suspensivo contra a liminar concedida pela juíza substituta Carla Rister.

O Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) também foi admitido como terceiro interessado.

O juiz convocado Manoel Álvares, do Tribunal Regional Federal – TRF 3ª Região, sem adentrar ao mérito da liminar, se manifestou pela sua manutenção.

Finalmente, encerrando-se uma longa espera, a juíza substituta Dra. Carla Abrantkoski Rister, em 18/12/2002, proferiu sentença de mérito, publicada em 10/01/2003, na qual confirmou a medida liminar, tornando-a definitiva.

Em sua decisão, julgando o mérito da questão posta, a juíza federal Carla Abrantkoski Rister confirmou que o Decreto-Lei nº 972/69 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no que tange à exigência do diploma de curso superior de jornalismo para o registro do profissional perante o Ministério do Trabalho. Conforme a magistrada, a regulamentação trazida pelo decreto-lei não atendia aos requisitos necessários para perpetrar restrição legítima ao exercício da profissão.

Assim, a magistrada proferiu sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos para determinar que, *in verbis*:

- a) A ré União Federal, em todo o país, não mais exija o diploma de curso superior em Jornalismo para o registro no Ministério do Trabalho para o exercício da profissão de jornalista, informando aos interessados a desnecessidade de apresentação de tal diploma para tanto, bem assim que não mais execute fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau universitário de Jornalismo, assim como deixe de exarar os autos de infração correspondentes;
- b) Seja declarada a nulidade de todos os autos de infração pendentes de execução lavrados por Auditores-Fiscais do Trabalho contra indivíduos em razão da prática do jornalismo sem o correspondente diploma;
- c) Sejam remetidos ofícios aos Tribunais de Justiça dos Estados da Federação, de forma a que se aprecie a pertinência de trancamento de eventuais inquéritos policiais ou ações penais em trâmite, tendo por objeto a apuração de prática de delito de exercício ilegal da profissão de jornalista;
- d) Fixar multa de R\$ 10 mil, a ser revertida em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos, nos termos dos arts. 11 e 13 da Lei 7.347/85, para cada auto de infração lavrado em descumprimento das obrigações impostas nesta decisão.

1.2 Da decisão de 2º Grau - Acórdão do Tribunal Regional Federal – 3ª Região- AC 200161000259463/SP³

O MPF, por seu procurador, interpôs recurso de apelação contra a sentença de 1º grau, eis que esta foi parcialmente procedente ao pedido da inicial. Desse modo, apelou o MPF ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) requerendo a reforma parcial da sentença impugnada com a condenação da Ré União Federal a se abster de exigir o registro de jornalista, bem como a reparação dos danos morais coletivos a serem fixados por arbitramento.

A 4ª Turma do TRF3 rejeitou as preliminares e, no mérito, deu provimento à remessa oficial e às apelações da União, da FENAJ e do Sindicato dos Jornalistas de São Paulo. Por outro lado, julgou prejudicada a apelação do MPF, exarando a ementa a seguir reproduzida:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REQUISITOS PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. FENÔMENO DA RECEPÇÃO. VIA ADEQUADA. MATÉRIA EMINENTEMENTE DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM OUTROS SINDICATOS. DECRETO-LEI N. 972/69. RECEPÇÃO FORMAL E MATERIAL PELA CARTA POLÍTICA DE 1988. EXIGÊNCIA DE CURSO SUPERIOR DE JORNALISMO. AUSÊNCIA DE OFENSA À LIBERDADE DE TRABALHO E DE IMPRENSA E ACESSO À INFORMAÇÃO. PROFISSÃO DE GRANDE RELEVÂNCIA SOCIAL QUE EXIGE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E FORMAÇÃO ESPECIALIZADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.

1. Legitimidade do Ministério Público Federal para propor ação civil pública, ante o interesse eminentemente de ordem social e pública, indo além dos interesses individuais homogêneos do exercício da profissão de jornalista, alcançando direitos difusos protegidos constitucionalmente, como a liberdade de expressão e acesso à informação.
2. Legítima e adequada a via da ação civil pública, em que se discute a ocorrência ou não do fenômeno da recepção, não se podendo falar em controle de constitucionalidade.
3. Havendo prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador e sendo a matéria predominantemente de direito, possível o julgamento antecipado da lide.
4. Todos os Sindicatos da categoria dos jornalistas são legitimados a habilitar-se como litisconsortes facultativos, nos termos do § 2º do art. 5º da Lei nº 7.347/85. Não configuração de litisconsórcio necessário.

³ O Acórdão da AC n 2001.61.00.025946-3 está disponível em <http://www.trf3.jus.br/consultag.p>. Acessado em 01.12.2009.

5. A vigente Constituição Federal garante a todos, indistintamente e sem quaisquer restrições, o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e à liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX). São direitos difusos, assegurados a cada um e a todos, ao mesmo tempo, sem qualquer barreira de ordem social, econômica, religiosa, política, profissional ou cultural. Contudo, a questão que se coloca de forma específica diz respeito à liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, ou, simplesmente, liberdade de profissão. Não se pode confundir liberdade de manifestação do pensamento ou de expressão com liberdade de profissão. Quanto a esta, a Constituição assegurou o seu livre exercício, desde que atendidas às qualificações profissionais estabelecidas em lei (art. 5º, XIII). O texto constitucional não deixa dúvidas, portanto, de que a lei ordinária pode estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o livre exercício de determinada profissão.
6. O Decreto-Lei n. 972/69, com suas sucessivas alterações e regulamentos, foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Inexistência de ofensa às garantias constitucionais de liberdade de trabalho, liberdade de expressão e manifestação de pensamento. Liberdade de informação garantida, bem como garantido o acesso à informação. Inexistência de ofensa ou incompatibilidade com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.
7. O inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 atribui ao legislador ordinário a regulamentação de exigência de qualificação para o exercício de determinadas profissões de interesse e relevância pública e social, dentre as quais, notoriamente, se enquadra a de jornalista, ante os reflexos que seu exercício traz à Nação, ao indivíduo e à coletividade.
8. A legislação recepcionada prevê as figuras do provisionado e do colaborador, afastando as alegadas ofensas ao acesso à informação e manifestação de profissionais especializados em áreas diversas.
9. Precedentes jurisprudenciais.
10. Preliminares rejeitadas.
11. Apelações da União, da FENAJ e do Sindicato dos Jornalistas providas.
12. Remessa oficial provida.
13. Apelação do Ministério Público Federal prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, à unanimidade, rejeitar as preliminares, e, no mérito, dar provimento aos recursos de apelação da União, da FENAJ, do Sindicato dos Jornalistas e à remessa oficial, julgando prejudicado o recurso de apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto do Senhor Juiz Federal Convocado Relator e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de outubro de 2005.

1.3 Da Ação Cautelar 1.406-9/SP – Relator Ministro Gilmar Mendes⁴

Contra a decisão do Colegiado, o MPF e o SERTESP interpuseram recursos extraordinários alegando a violação aos artigos 5º, incisos IX e XIII, e 220, da Constituição Federal e sustentando que o Decreto-Lei nº 972/69, que estabelece os requisitos para o exercício da profissão de jornalista, não foi recepcionado pela ordem constitucional instaurada em 1988. Ocorre que o Procurador-Geral da República (PGR) ajuizou ação cautelar pleiteando a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários admitidos no tribunal de origem.

Assim, argumentou o PGR que o pedido cautelar objetivava a obtenção de efeito suspensivo ao recurso interposto pelo MPF, a fim de evitar a ocorrência de graves prejuízos àqueles indivíduos que, em razão da tutela antecipada, confirmada na sentença monocrática, estavam a exercer a atividade jornalística, independentemente de registro no Ministério do Trabalho ou de diploma de curso superior específico.

Em 16/11/2006, o Ministro-Relator, Gilmar Mendes, proferiu decisão na qual deferiu a medida cautelar e concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário, conforme requerido pelo PGR.

Para concessão do pedido, assim se expressou o Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

Quanto à urgência da pretensão cautelar, entendo como suficientes as ponderações do Procurador-Geral da República no sentido de que "um número elevado de pessoas, que estavam a exercer (e ainda exercem) a atividade jornalística independentemente de registro no Ministério do Trabalho de curso superior, por força da tutela antecipada anteriormente concedida e posterior confirmação pela sentença de primeiro grau, agora se acham tolhidas em seus direitos, impossibilitadas de exercer suas atividades.

⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.as>. Acessado em 12.12.2009.

1.4 Do Recurso Extraordinário nº 511.961/SP – Acórdão do STF – Relator Ministro Gilmar Mendes

O Tribunal Pleno do STF, em sessão do dia 17/06/2009, em decisão histórica e polêmica, tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 511961, em que se discutiu a constitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e a obrigatoriedade de registro profissional para exercer a profissão de jornalista, o Relator, Min. Gilmar Mendes, votou pela não-recepção do art. 4º, inc. V, do Decreto-lei nº 972/69, sendo acompanhado pelos demais Ministros presentes à sessão plenária. Foram eles: os Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau e a Min. Ellen Gracie. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, foi voto vencido, pois não acompanhou o voto do presidente da Corte e relator do RE.

Feitas essas primeiras considerações, desde a ação inicial até o acórdão do Supremo Tribunal Federal, analisar-se-á, nos capítulos seguintes, os aspectos constitucionais envolvidos no caso, primordialmente analisando-se os fundamentos dos votos do relator e demais ministros, fundamentos estes precedidos de estudo doutrinário. Convém ressaltar que embora se analise os fundamentos da decisão que culminou na dispensabilidade do diploma de nível superior para o exercício da profissão de jornalismo, a presente monografia não pretende opinar se essa decisão do Supremo foi ou não justa, até porque isso seria motivo para outra pesquisa.

2- PRINCIPAIS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO CASO DO DIPLOMA DE JORNALISMO

Dentre os principais aspectos constitucionais que se encontram no acórdão do RE 511.961/SP estão vários direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de exercício laboral; a questão da colisão desses direitos e ainda as restrições ao exercício de direitos fundamentais, que no caso em comento se focaliza em dizer se a profissão de jornalismo encontraria alguma restrição constitucional para seu livre exercício. Assim, antes de sistematizar os votos dos ministros, faz-se necessário discorrer-se sobre tais aspectos constitucionais para melhor se analisar os rumos que conduziram o Supremo, através de seus ministros, a considerar o dispositivo do Decreto-Lei em questão como não-recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Antes, porém, colaciona-se a ementa do acórdão do RE 511.961/SP, cuja publicação se deu em 13/11/2009, DJe nº 213:

EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969.

1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. Os recursos extraordinários foram tempestivamente interpostos e a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores. Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI-QO nº 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral.

2. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação. 3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A não-recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil

pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF.

4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

5. JORNALISMO E LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO XIII, EM CONJUNTO COM OS PRECEITOS DO ART. 5º, INCISOS IV, IX, XIV, E DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

6. DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF n.º 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.

7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. No campo da profissão de jornalista,

não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. 8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), conheceu e deu provimento aos recursos extraordinários, declarando a não-recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972/1969, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Falaram, pelo recorrente, Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelos recorridos, FENAJ - Federação Nacional dos Jornalistas e outro, o Dr. João Roberto Egydio Piza Fontes e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso.

Plenário, 17.06.2009.

Como se pôde verificar na ementa retro, os direitos fundamentais envolvidos no presente estudo de caso são os previstos na Constituição Federal como "Liberdade de expressão, Liberdade de exercício profissional. Com efeito, dispõe o art. 5º, IX, da Lei Maior: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". E, o art. 220 da Carta da República, estabelece que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão

e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

2.1 Considerações sobre direitos fundamentais

Inicialmente, faz-se um sucinto apanhado sobre os direitos fundamentais, tendo como ponto de partida as primeiras concepções jusnaturalistas, culminando-se com a positivação nas cartas constitucionais, para se demonstrar a importância deles no universo jurídico.

É fato que a conquista dos direitos fundamentais é fruto de um processo gradual da humanidade, que se inicia no direito natural, a partir do momento em que o homem se conscientiza da existência de seus próprios direitos.

Todavia, a concepção atual de direitos fundamentais começou a ganhar notoriedade com o jusnaturalismo racional dos séculos XVII e XVIII, especialmente, por meio de suas teorias contratualistas, na medida em que grande parte destes direitos há muito já eram considerados direitos naturais pelos jusfilósofos.

Como se sabe, nesta fase racional subjetivista, o jusnaturalismo se desligou dos preceitos ontológicos e teológicos dos jusnaturalismos clássico e medieval e tomou o próprio homem como fonte originária de todos os direitos naturais conhecidos.

Desse modo, pelo simples fato de existir, o homem passava a titular-se senhor de direitos incondicionáveis, imutáveis e inalienáveis, que tinham o poder de limitar o poder estatal, além de legitimarem seu exercício.

Partindo deste ideal e ao longo do século XVIII, advieram renomadas declarações que efetivaram a consagração dos direitos naturais aos indivíduos como uma esfera autônoma de atuação, limitando o poder do Estado⁵. Entre estas declarações ganha papel de destaque a Declaração do Estado da Virgínia de 1760.

⁵ FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e Almagem versus A Liberdade de Expressão**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 58.

Entretanto, foi após o advento da Revolução Francesa de 1789 e com a consequente elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, edificadas nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que surgiu a ideia da universalidade destes direitos, difundindo-os a todos os indivíduos, independente de qualquer fator sócio-político.

Sobre isso, veja-se o pensamento de Paulo Bonavides⁶:

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.

Importa ressaltar que esses direitos, tendo como partida esse marco histórico, passaram a compreender qualquer cidadão, mas ainda não eram considerados direitos fundamentais. Eles só alcançaram tal *status*, enquanto o conjunto de direitos e liberdades garantidos pelo Estado, a partir do processo de positivação a que foram submetidos, consistente na incorporação destes direitos no ordenamento jurídico de um Estado em forma de normas.

Todavia, não basta que haja a efetiva proteção destes direitos pelo Estado em qualquer espécie normativa, torna-se imprescindível, desta forma, que sejam previstos e tutelados no ápice da fonte primária normativa, ou seja, na Constituição.

Corroborando tal aspecto, J. J. Canotilho observa que:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.⁷

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 516.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

Canotilho, em referência a outro estudioso, continua seu pensamento:

Por outras palavras que pertencem a Cruz Villalon: 'onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios'. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas.⁸

Conclui-se, assim, não ser possível conferir a algum direito o título de direito fundamental sem que haja a sua efetiva constitucionalização reconhecendo-o e tutelando-o. Do contrário, estar-se-ia frente a um grotesco equívoco quanto às terminologias atribuídas às mais variadas modalidades de direitos. Isto porque o fato de não estarem positivados em uma Constituição não quer dizer que não exista qualquer direito protegido, mas apenas que não são direitos fundamentais, mas outros, como direitos humanos, liberdades públicas, etc.

2.2 Distinção entre regras e princípios

Partindo-se do “famoso” Código de Napoleão, na França, iniciou-se uma ideia de tentar prever nos diplomas legais todos os atos e fatos jurídicos que, porventura, pudessem ocorrer e suas respectivas conseqüências, não sendo possível a existência de lacunas.

A ideia era transformar o Direito em uma Ciência com as mesmas características das ciências naturais e exatas. Esse movimento foi cognominado **positivismo jurídico** e tinha como característica principal o afastamento entre Direito e juízos de valor, mormente o valor de justiça, uma vez que a norma era justa pelo simples fato de ser válida em sentido formal.

⁸ Idem, p. 377.

Passado esse período, os princípios, antes meramente fontes secundárias de direito, tomaram o *status* de norma jurídica e passaram a figurar no corpo dos mais modernos textos Constitucionais.

Essas considerações iniciais objetivaram evidenciar a alteração de percepção relativa à construção da norma jurídica, visto que passou a englobar no âmbito de seu conceito, também, o caráter axiológico dos princípios. **Demais disso, por ser muito tênue a linha divisória entre direitos fundamentais e princípios, não poderia existir uma teoria satisfatória da colisão entre direitos fundamentais sem uma abordagem da estrutura da norma jurídica, distinguindo-se regras de princípios.**⁹

Como se sabe, as regras e os princípios são espécies, dos quais a norma jurídica é um gênero.

Para fazer tal distinção, cita-se os ensinamentos de J. J. Canotilho que enumera alguns critérios doutrinários. O primeiro é o **critério do grau de abstração**. Por este critério, **os princípios** são como normas de elevado nível de abstração, enquanto no conteúdo das regras esse mesmo nível se mostra relativamente baixo.¹⁰

Outro critério é o do **grau de determinabilidade**. Neste, em um caso concreto, leva-se em consideração a atuação do intérprete. Sendo normas com conteúdos indeterminados e vagos, os princípios exigem intervenções concretizadoras por parte do aplicador do direito. As regras, por sua vez, podem ser aplicadas de uma forma mais direta, por meio da subsunção. Se o fato ocorreu conforme dita o conteúdo da regra, ela estará apta a produzir os seus efeitos jurídicos.¹¹

Canotilho preconiza também que:

os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).¹²

⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.034.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.034.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1034.

Mesmo considerando esses e outros critérios não citados, Canotilho assevera que Robert Alexy ressalta como ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios, o fato desses últimos serem mandatos de otimização, determinando que algo seja realizado na maior medida possível.¹³

Logo, uma nítida propriedade do princípio seria o fato de poder ser aplicado em diferentes graus de concretização, dependendo das condições fáticas e jurídicas.

Contrariamente aos princípios, as regras são normas que preconizam uma imperativamente, uma permissão, uma proibição ou uma imposição, que é ou não cumprida¹⁴. Citando R. Dworkin, Canotilho assevera que as regras são aplicadas no sistema do *all-or-nothing* (tudo-ou-nada), isto é, aplicadas ao caso concreto, ou não. Tendo a regra validade, haverá de ser cumprida na exata medida de sua determinação, nem mais nem menos. A diferença entre regras e princípios resta ainda mais nítida quando entram em conflito. Desse modo, **a resolução do conflito entre duas regras antagônicas se verifica através de introdução de uma cláusula de exceção ou através de um juízo de validade.**¹⁵

Porém, esta interpretação nem sempre será possível, pois existem casos nos quais uma regra necessitará ser invalidada para que a outra em conflito com ela possa produzir os seus efeitos. Este juízo de validade pode ser realizado através dos métodos hermenêuticos da hierarquia, do *lex posterior derogat legi priori*, e *lex specialis derogat legi generali*.

Já o método de solução da colisão entre princípios é totalmente diferente, pois em posições antagônicas, um princípio cederá diante do outro, sem que isso signifique ser declarado inválido. Sobre essa referência, Gonet assevera que

no conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro¹⁶.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p.1034.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1.035.

¹⁵ Idem, Ibidem. p. 87.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 182.

Portanto, enquanto o conflito entre regras é resolvido por meio de um juízo de validade, o conflito entre princípios, por sua vez, é solucionado através de um juízo de valor, de peso, devendo ser resolvido através da ponderação, conforme se analisará mais adiante.

2.3 Tentativa de conceituação – direitos fundamentais

Antes de se falar de colisão, é interessante se tentar fazer uma conceituação de direitos fundamentais, tarefa que não se mostra fácil.

Considerando a doutrina de Vieira, pode-se chegar a uma definição singela e restrita de direitos fundamentais como sendo “o conjunto de direitos da pessoa humana reconhecidos de forma expressa ou implícita por uma determinada ordem constitucional¹⁷. Não obstante, não há entre os juristas um consenso quando se trata de conceituar os direitos fundamentais.

Só para exemplificar, “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”. Esta é a definição de Hesse.¹⁸

Por fim, cita-se ainda outra definição que será levada a efeito quando se abordar, logo a diante, sobre a solução de colisão entre direitos fundamentais. Trata-se da definição de Sarlet¹⁹: “direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.36.

¹⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p.225.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.110.

2.4 Direitos Fundamentais - colisões

Percebe-se, pela dificuldade encontrada ao se tentar definir os direitos fundamentais, que estes são direitos heterogêneos, tendo conteúdos manifestamente abrangentes, mutáveis e que, na maioria das vezes, só podem ser revelados frente a um fato concreto e quando da interação entre si ou nas relações destes com outros bens constitucionalmente protegidos. **Assim, resulta que, em determinadas situações fáticas, referidos direitos entram em colisão uns com os outros ou com outros valores constitucionais, surgindo, desta forma, a problemática da colisão entre direitos fundamentais.**

Convém ressaltar que um conflito é capaz de acionar simultaneamente a necessidade de proteção de dois ou mais direitos fundamentais, idênticos ou não, ou seja, ao exercer um direito fundamental, um indivíduo pode encontrar pela frente, em condições completamente antagônicas e colidentes quanto ao seu direito, um outro titular de um direito fundamental que deseja igualmente exercê-lo.

Diante dessa observação, pode-se tentar delinear um conceito para o instituto da colisão dos direitos fundamentais como sendo “o impasse que surge quando um titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, impede ou dificulta que o titular de outro direito, também fundamental, o exerça plenamente”. Estas colisões, conforme Farias, podem ser apresentadas em duas hipóteses²⁰: a) Na **1ª hipótese**, a colisão ocorre quando o exercício de um direito fundamental entra em choque com o exercício de outro direito fundamental. b) Na **2ª hipótese**, a colisão ocorre quando o choque se dá entre um direito fundamental e outro bem jurídico protegido constitucionalmente.

Destarte, a colisão entre os referidos direitos se aparenta aos conflitos entre os princípios, na medida em que tanto os direitos fundamentais, quanto os princípios, têm características peculiares de deterem múltiplos significados e por exigirem o emprego de processos semelhantes para a solução entre conflitos.

²⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e A Imagem versus A Liberdade de Expressão**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 93.

Assim, diante dessa conclusão, verifica-se que para resolver uma colisão entre direitos fundamentais, não basta a mera utilização de um juízo de validade com base nos conhecidos **critérios hermenêuticos clássicos** aplicados para a solução de colisão entre as regras (critérios hierárquico, cronológico e o da especialidade).

Segundo Daniel Sarmento ²¹, **o critério hierárquico**, diante de um conflito entre direitos deste porte, não resultaria em efeito prático, porque todas as normas constitucionais estão previstas no mesmo diploma legal, inexistindo hierarquia axiológica entre eles.

Ainda na lição de Daniel Sarmento ²², considerando-se **o critério cronológico**, verifica-se que este é completamente ineficaz à obtenção de um resultado satisfatório, tendo em vista que todos os direitos fundamentais e bens constitucionais foram editados em um único momento, com a promulgação da Constituição da República.

Do mesmo modo, **o critério da especialidade** não se mostraria proveitoso, tendo em vista o caráter geral das normas fundamentais da Constituição e dos bens por ela tutelados, não existindo uma posição de especialidade entre eles.

Por outro lado, tais conflitos entre direitos fundamentais também não se resolvem apenas com a aceitação inicial de que uns direitos são mais importantes que outros, pois como já referido anteriormente, todos estão previstos na mesma fonte, inexistindo, desta forma, qualquer hierarquia valorativa entre eles.

Sobre esse aspecto, assevera Canotilho que²³ :

excluem-se, por conseguinte, relações de preferência *prima facie*, pois nenhum bem é, *prima facie*, quer excluído, porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado, porque, *prima facie*, se afigura com valor 'reforçado' ou até absoluto.

Cumpra observar que diante de uma situação onde dois ou mais direitos entram em eventual colisão, **a primeira providência a tomar é delimitar o que a melhor doutrina convencionou chamar de âmbito de proteção do direito funda-**

²¹ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p.32.

²² SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p.30.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.203.

mental²⁴. Partindo desse ponto, pode-se averiguar a existência de uma real colisão e encontrar a solução mais apropriada ao caso concreto. Cuida-se, assim, de uma fração da realidade que o constituinte achou por bem definir como objeto da proteção da garantia fundamental.

Segundo o Mestre J.J.Canotilho, delimitar-se o âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental é:

Determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – âmbito de proteção da norma – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia, sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição – restrição constitucional expressa – ou se a constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção – reserva de lei restritiva.²⁵

Desse modo, torna-se essencial a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais para que se evitem situações ilusórias, pois uma interpretação literal da norma de direito fundamental pode conduzir a uma impressão errônea de que determinada situação está incluída no âmbito de proteção de um direito, quando na verdade não está. Tais situações são chamadas de “**colisões aparentes entre direitos fundamentais**”.

Perante uma situação como esta, o intérprete é induzido a acreditar que dois ou mais direitos fundamentais estão em conflito entre si, entretanto, em verdade, o que se observa é uma simples aferição incorreta do âmbito de proteção.

A doutrina preconiza que para solucionar conflitos aparentes é suficiente proteger integralmente o direito fundamental restringido.

Já a colisão autêntica ocorrerá quando, ainda que se delimite o âmbito de proteção, se constatar uma real colisão entre os direitos fundamentais envolvidos.

Nessa colisão autêntica existe um verdadeiro choque ente os âmbitos de proteção de dois ou mais direitos fundamentais ou bens afiançados pela Lei Maior.

Alexandre Reis e Clèmerson Marlin, em referência a Alexy, expõem que ele ensina sobre a existência de colisões autênticas de direitos em dois sentidos: amplo

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.195.

²⁵ CANOTILHO, J. J., op. cit., p. 1.195.

e estrito²⁶. **As colisões em sentido amplo** definem-se como sendo as que nascem do embate entre um direito fundamental com outros bens jurídicos tutelados pela Carta Magna. Já **as colisões em sentido estrito** passam a existir quando o titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, causa resultados negativos a outro titular, podendo os direitos ser idênticos ou distintos.

Considerando-se que os direitos fundamentais não são submetidos às técnicas hermenêuticas clássicas para resolver conflitos, a solução para as colisões autênticas não é encontrada tão facilmente quanto nas colisões aparentes.

Ocorre ainda que um direito fundamental não é suscetível a ser preterido em face de outro direito fundamental, tendo em vista que, conforme já exposto, gozam de um mesmo *status* axiológico atribuído pela Constituição.

Como se pode constatar, a harmonização dos direitos fundamentais quando ocorrem conflitos autênticos não é fácil, daí, a solução mais consentânea é a procura por métodos seguros que satisfaçam as peculiaridades destes direitos fundamentais sem, no entanto, esvaziar-lhes o conteúdo.

Antes da explicitação de métodos usados pela doutrina na tentativa de solucionar essas colisões, importa aqui se fazer alguns apontamentos sobre um interessante assunto: trata-se da “**concorrência entre direitos fundamentais**”²⁷ que a doutrina visualiza como interessante fenômeno que consiste no oposto da colisão, determinando uma situação de harmonia entre os direitos fundamentais ou bens constitucionalmente garantidos.

J.J.Canotilho²⁸ leciona que a concorrência de direitos fundamentais acontece no momento em que o comportamento de um titular entra no âmbito de proteção de mais de um direito fundamental (cruzamento) ou de bem constitucionalmente protegido (acumulação). Desse modo, realizando determinada conduta, um indivíduo tem sobre si a incidência de diversas normas de direito fundamental.

²⁶ SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, p.233.

²⁷ FERREIRA, Emanuel de Mello. **Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação**. Disponível em <http://www.scribd.com/doc/26429715/Emanuel-de-Melo-Ferreira-Colisao-de-Direitos-Fundamentais-e-Ponderacao>. Acessado em 20.05.2010.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p.1268-1269. Apud FERREIRA. Op. cit.

Ocorre o cruzamento, por exemplo, quando um articulista publica um trabalho em uma revista especializada, pois há a harmonia entre os direitos à liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de exercício de qualquer ofício ou profissão, atendidas as qualificações legais. Por outro lado, **ocorre uma acumulação** quando diversos direitos convergem em torno de um bem constitucionalmente protegido, como a “participação na vida pública”, a qual tem sobre si a conjugação de direitos como o de petição, de reunião com fins pacíficos, de criação e de participação em partidos político e de sufrágio.²⁹

Resta saber-se que norma de direito fundamental aplicar-se-á nos dois casos de concorrência, sabendo-se que elas podem consubstanciar limites diferentes, pois podem apresentar reserva de lei restritiva, qualificada ou não.

A doutrina assevera que existem três situações possíveis:

- **Concorrência entre direitos fundamentais de caráter geral e direitos fundamentais de caráter especial;**
- **Concorrência entre direitos fundamentais de caráter especial; e**
- **Concorrência entre direitos fundamentais de caráter geral.**

Na primeira concorrência, “o direito fundamental de caráter especial deverá ser o objeto da proteção”³⁰, devido ao seu caráter específico.

Na segunda concorrência, por sua vez, dever-se-á apontar qual dos direitos apresenta “uma especialidade intrínseca” em relação ao outro, devendo-se aplicá-lo à hipótese.³¹

Por fim, **no último caso de concorrência**, “existe uma concorrência ideal”, havendo assim, a necessidade de se proteger todos os direitos concorrentes, pois inexistente relação de especialidade entre eles.³²

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p.1269. Apud FERREIRA. Op. cit.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p.1268-1269. Apud FERREIRA. Op. cit.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 356. Apud FERREIRA. Op. cit.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 356. Apud FERREIRA. Op. cit.

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo das colisões entre direitos fundamentais e as soluções adotadas para resolvê-las.

2.5 A ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade

Originário da dogmática germânica, o princípio da proporcionalidade, tem se destacado na atual teoria constitucional como um importante parâmetro para a solução das colisões entre direitos fundamentais³³.

O princípio da proporcionalidade, no direito constitucional pátrio, é garantido implicitamente na Constituição Federal através da cláusula do devido processo legal (*due process of law*) prevista no artigo 5º, inciso LIV.

De acordo com a doutrina de Daniel Sarmento ³⁴,

o emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro.

Para facilitar o entendimento sobre o princípio da proporcionalidade, Daniel Sarmento faz a identificação e análise do que a doutrina germânica alemã chama de subprincípios ou princípios parciais do princípio da proporcionalidade.

Segundo o referido doutrinador, os subprincípios são os seguintes:

- **o princípio da adequação** (*Geeignetheit*);
- **o princípio da necessidade** (*Enforderlichkeit*); e
- **o princípio da proporcionalidade em sentido estrito** (*Verhältnismäßigkeit*).

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 309. Apud FERREIRA. Op. cit.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 310. Apud FERREIRA. Op. cit.

O princípio da adequação preconiza que o intérprete se utilize, dentre os meios acessíveis, do mais apto e adequado para atingir o objetivo estabelecido. Não deve existir uma relação congruente entre meio e fim na medida avaliada.³⁵

Já **o subprincípio da necessidade**, também chamado de princípio da exigibilidade, dispõe que a medida restritiva empregada para o caso concreto seja verdadeiramente indispensável à conservação do conteúdo dos direitos fundamentais em conflito, isto é, deve ser selecionado o meio menos gravoso ao exercício do direito fundamental e que não possa ser substituído por outro menos lesivo.³⁶

Finalmente, tem-se **o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito** estabelecendo que se deve desenvolver uma análise da relação custo-benefício da norma³⁷, de forma que os prejuízos dela decorrentes sejam menores do que os benefícios dela resultantes. Na verdade, ao empregar esse subprincípio, o intérprete é convidado a realizar uma verdadeira ponderação de interesses.³⁸

Na visão da constitucionalista Ana Paula de Barcellos, a ponderação de interesses é “uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”³⁹. (grifou-se).

Ressalte-se que há casos nos quais a medida adotada para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais, ao passarem pelo crivo dos subprincípio da adequação e da necessidade, se verificam perfeitamente adequadas e necessárias, no entanto, mostram-se inconstitucionais quanto ao resultado obtido, por imputar valores desproporcionais aos direitos em colisão, configurando uma verdadeira aberração jurídica.

A partir desse instante, surge o valor de se utilizar uma ponderação de interesses na hermenêutica jurídica, agasalhando um resultado muito mais racional, coerente e controlado ao conflito. Portanto, a interpretação deve ponderar os danos

³⁵ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 87.

³⁶ Idem, Ibidem. p. 88.

³⁷ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 89.

³⁸ Idem, Ibidem. p. 89.

³⁹ BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p.55.

causados pela medida restritiva dos direitos fundamentais e os benefícios obtidos, como o fito de manter uma razoabilidade entre os meios escolhidos e o resultado almejado

Observe-se que, compreendendo previamente os direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos envolvidos no conflito, o intérprete deve atribuir um peso específico a cada um deles, através de um sistema de ponderação entre eles. O peso conferido a cada um desses direitos dependerá da intensidade com que estiverem sendo afetados os interesses tutelados por cada um dos direitos. Assim, pode-se afirmar que estes pesos emprestados só podem ser mensurados mediante um caso concreto.

Partindo-se da atribuição de peso, é aceitável a definição do nível de restrição a que cada direito fundamental conflitante será submetido. Dissertando a respeito da ponderação entre princípios constitucionais colidentes, Daniel Sarmento⁴⁰ afiança o seguinte:

O nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente.

Usando uma metáfora, Daniel Sarmento ilustra o processo de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito através da ponderação de interesses, *in verbis*:

De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, de outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.⁴¹

Desse modo, “ponderar” não significa cominar ao direito uma grandeza quantitativamente mensurável, mas contrariamente, significa a valoração de cada direito fundamental em conflito, de forma orientada, idêntica e racional, tendo sempre como parâmetro o fato concreto do conflito.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 104.

⁴¹ *Idem*, *Ibidem*. p. 89.

Porém, importa observar que em relação a direitos fundamentais, a prática da ponderação não é absoluta, pois, conforme a melhor doutrina, “o núcleo essencial dos direitos fundamentais” deve ser respeitado.

Ainda segundo Daniel Sarmiento ⁴², esse núcleo essencial é um conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, devendo ser sempre protegido em todas as situações, tanto pelo legislador, como pelo aplicador do Direito, sob pena de aniquilar o direito por completo.

Importa enfatizar que a doutrina cita duas correntes que cuidam do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, quais sejam, **a teoria absoluta e a teoria relativa**.

Na teoria absoluta, observa-se que o conteúdo essencial do direito fundamental deve ser delimitado abstratamente, impossibilitando-se a extrapolação de seus limites.

Já na teoria relativa, o “núcleo essencial” deve ser delimitado usando-se como parâmetro o caso concreto, no qual se apresenta o conflito.

Cotejando-se as duas teorias, é fácil perceber que a teoria absoluta pode conduzir o intérprete a situações complexas. Tais situações espelham os casos de colisão onde um determinado direito fundamental somente poderá ser protegido com a completa restrição do outro direito fundamental ou qualquer outro bem protegido pela Lei Maior.

Exemplificando a conclusão acima, tem-se o aborto em casos de anencefalia. Tal tema já foi tratado pelo STF (ADPF 54), onde se tem a colisão do direito fundamental à vida do feto versus a dignidade da pessoa humana.

Nesse exemplo, se o julgador proteger algum desses direitos, restará cerceando completamente o exercício do direito concorrente, sendo impossível uma tutela parcial de ambos os direitos.

⁴² SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 111.

Desse modo, o uso da teoria relativa do núcleo essencial se amolda melhor ao caso, “por ser a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas”, conforme explicita Daniel Sarmento.⁴³

Por tudo o que foi exposto, chega-se à conclusão que o chamado “princípio da proporcionalidade”, mediante uma ponderação de interesses, se constitui em um método capaz de fornecer resultados bastante satisfatórios para as colisões entre direitos fundamentais, tendo em vista a possibilidade de “restringir e tutelar razoavelmente cada direito envolvido”, considerando a forma como se apresentam no caso concreto.

Após essas considerações sobre os aspectos relativos aos direitos fundamentais, colisões entre direitos e métodos de resoluções de conflitos, passa-se a outro aspecto interessante que é bem evidente no RE 511.961/SP: Trata-se da temática sobre as exigências legalmente instituídas para o exercício de uma atividade profissional.

2.6 Restrições constitucionais e legais ao livre exercício de atividade laboral: considerações gerais

Inicialmente, cumpre ressaltar que o art. 5º da Constituição Federal, e seus incisos II e XIII, preconizam o seguinte:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

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

⁴³ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 113.

Da análise dos dispositivos constitucionais transcritos acima, infere-se, sem nenhuma dúvida, que somente lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa e que apenas lei em sentido formal poderá impor restrições ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Denota-se, desse modo, que a norma do inciso XIII do art. 5º da CF/88 é cláusula sob reserva de lei qualificada, ou seja, a par da exigência de lei formal, esta só poderá restringir a liberdade profissional no que tange às qualificações profissionais, nada mais. Entretanto, a Constituição não traz critérios claros no que se refere à fixação de restrições pelo legislador.

Para amparar as considerações desse tópico, cita-se interessante artigo publicado pelo Doutor em Direito de Estado pela USP, prof. Roger Stiefelmann Leal, cujo título é “Atividade profissional e direitos fundamentais: breves considerações sobre o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”.

Em parte do referido trabalho, Dr. Stiefelmann explicita sobre as restrições ao direito do livre exercício de trabalho, profissão ou ofício, momento no qual destaca, em especial, as restrições “diretamente constitucionais”, as restrições “indiretamente constitucionais por expressa reserva legal”, e as restrições “indiretamente constitucionais por outros bens constitucionalmente tutelados”. Sobre esses itens, analisar-se-á em seguida.

De início, Stiefelmann⁴⁴ assevera que a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, a exemplo de outras liberdades públicas, é direito fundamental passível de restrição. Nesse sentido, afirma que a presença no texto constitucional de uma carta de direitos implica necessariamente a tutela de vários bens jurídicos eleitos pelo constituinte como fundamentais. Entretanto, segundo ele, deve-se admitir que, em determinados casos, os direitos de liberdade encontram na própria Constituição, ainda que não expressamente, imposições que autorizam a instituição de limites ao seu exercício. A referida restrição ou a sua viabilidade devem ter fundamento no

⁴⁴ STIEFELMANN LEAL, Roger. **Atividade profissional e direitos fundamentais: breves considerações sobre o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 81, p.10-29, out./nov., 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/artigos/roger-rev81. Acessado em 14/05/2010.

texto constitucional, pois não existe restrição a direito fundamental sem base constitucional.

Estas limitações podem advir de previsão expressa do texto constitucional ou mesmo da própria proteção constitucionalmente atribuída a outro bem jurídico⁴⁵. Conforme citado pelo autor, as restrições podem, ainda, ser diretamente fixadas pelo texto constitucional - *restrições diretamente constitucionais* - ou impostas por lei infraconstitucional devidamente autorizada, expressa ou tacitamente, pela Constituição - *restrições indiretamente constitucionais*⁴⁶. Assim, a seguir, veja-se cada uma das restrições em referência.

2.6.1 Restrições diretamente constitucionais

As restrições diretamente constitucionais, segundo Leal, são aquelas provenientes de normas de nível constitucional que estabelecem, sem a necessidade de outros provimentos normativos, restrições ao direito fundamental⁴⁷. Ou seja, a restrição imposta não é mediada por nenhuma outra norma ou ato, senão pelo próprio preceito constitucional.

Como exemplo, cita que o texto constitucional de 1988 apresenta, é certo, restrições desta natureza ao direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Assevera ainda que “alguns impedimentos a que estão sujeitos Deputados e Senadores - sobretudo os constantes do art. 54, I, “b”, e II, “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal - configuram exemplos desta modalidade de restrição”.⁴⁸

⁴⁵ RETORTILLO, Lorenzo Martín, *apud* STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 18.

⁴⁶ Segundo o autor, essa última classificação é adotada por R. Alexy

⁴⁷ ALEXY, R., *apud* STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 19.

⁴⁸ STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 19.

2.6.2 Restrições indiretamente constitucionais por expressa reserva legal

Stiefelmann ⁴⁹ conceitua **as restrições indiretamente constitucionais por expressa reserva legal** como sendo “a categoria de restrições às liberdades públicas que se caracteriza pela atribuição ao legislador do poder de limitar a realização do direito”. Nesse caso, entende que existe “cláusula constitucional expressa em que se autoriza o Poder Legislativo a estabelecer normas restritivas ao exercício de determinado direito de liberdade”.

E exemplifica indicando o serviço militar obrigatório:⁵⁰

A título de exemplo desta modalidade de restrição, cumpre mencionar o caráter obrigatório da prestação de serviço militar. O art. 143 do texto constitucional preceitua que o serviço militar será obrigatório nos termos de lei. Tal obrigatoriedade está a restringir o direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, pois o trabalho, neste particular, deixa de ser livre para se tornar obrigatório. No entanto, a formulação do enunciado constitucional indica o condicionamento de tal compulsoriedade à lei. Assim, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão admite a restrição em razão do serviço militar de caráter obrigatório, desde que implementada por lei. Atribuiu-se ao legislador, desse modo, o poder de impor limitações ao aludido direito de liberdade.

No entanto, a exemplificação mais interessante desse tipo de restrição é exatamente a prevista na parte final da norma do inc. XIII do art. 5º da CF/88. Trata-se da determinação constitucional de atendimento às “qualificações profissionais” a serem estabelecidas em lei. Conforme o autor, a norma constitucional enunciativa do direito de liberdade confere ao legislador o poder de exigir o preenchimento de determinados requisitos que demonstrem “qualificações profissionais” para que seja permitido o acesso ao exercício de determinada profissão⁵¹. Stiefelmann Leal, no entanto, faz interessante observação no sentido de informar que não existindo a lei restritiva, não há impedimento para o “livre exercício da atividade de modo imediato, pois não se trata, na espécie, de norma constitucional não auto-executável”⁵².

⁴⁹ STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 19.

⁵⁰ STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 19.

⁵¹ Ibidem, p. 19

⁵² STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 19

O jurista também assevera que é tradição no direito constitucional pátrio essa “restringibilidade do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão através de leis que instituam requisitos de aferição de atributos profissionais mínimos”⁵³.

Sobre essa tradição, observa que mesmo no texto da Carta de 1891, onde não se explicitou comando semelhante, prevaleceu - a despeito do entendimento positivista manifestado à época - a via interpretativa que permitia ao legislador a instituição de restrições desta ordem. Citando a doutrina de Sampaio Dória, o prof. Stiefelmann Leal asseverou que “tais limitações de ordem técnica encontram fundamento nos danos que o mau exercício de determinadas atividades laborais ou profissionais pode causar a terceiros e a sociedade”⁵⁴.

Fazendo uma referência à Carta de 1946, disse que a partir dessa constituição, “passou-se a utilizar no constitucionalismo pátrio a expressão “condições de capacidade” como delimitadora do conteúdo das restrições a serem adotadas pela lei”. Porém, ao inovar no que se refere à terminologia empregada para designar o conteúdo das leis restritivas do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o texto constitucional de 1988 “atribui ao legislador o poder de restringir o direito com a finalidade de impor “qualificações profissionais” a serem atendidas, como requisitos do exercício de determinadas atividades”⁵⁵.

Partindo dessas observações, o autor procura descobrir qual o sentido que se deve atribuir à expressão “qualificações profissionais”. Assim, citando que a terminologia atual é mais abrangente do que as expressões adotadas nas Constituições anteriores, diz que não se pode interpretar a expressão “qualificações profissionais” como permissiva da ampla liberdade de conformação do legislador. Impõe-se que as qualificações a serem atendidas se ajustem estritamente à profissão para a qual são exigidas. Considera inafastável a relação de pertinência que deve permear as qualificações legais com a atividade profissional a ser desempenhada.⁵⁶

⁵³ Ibidem, p. 19

⁵⁴ STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 20.

⁵⁵ STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 20.

⁵⁶ STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 20.

Para Leal, quando o legislador extrapola a liberdade do poder de fixar as “qualificações profissionais” que a Constituição autoriza, incorre em inconstitucionalidade. Desse modo, “não há lugar para determinações excessivas e desproporcionais, que inviabilizem o próprio exercício do direito”⁵⁷. Trata-se, conforme a doutrina de J.J. Canotilho, in casu, de aplicação da cláusula da proibição do excesso⁵⁸. Portanto, citando a doutrina de Jorge Miranda, afirma que em se tratando de interpretação dos direitos fundamentais prevalece o postulado da preponderância do direito sobre as restrições, de modo que as normas restritivas, via de regra, não devem ser interpretadas de forma extensiva⁵⁹.

2.6.3 Restrições indiretamente constitucionais por outros bens constitucionais tutelados

Por fim, sobre essas restrições, Leal expõe que os direitos de liberdades podem ser objeto de restrição por normas jurídicas infra-constitucionais, mesmo sem expressa autorização constitucional. Ele explica que por conta de outro preceito constitucional que, inclusive, pode ser conformador de outro direito fundamental, verifica-se a possibilidade do legislador, ao ponderar uma liberdade pública e outros valores constitucionais que se lhes oponham, optar por uma solução que aplique em maior grau os valores contrapostos e em menor grau a liberdade.⁶⁰

Em outras palavras, significa que os bens protegidos pela Constituição estão a legitimar, em vários casos, a intervenção do legislador para instituir restrições a direitos de liberdade, conferindo maior medida de aplicação a outro princípio constitucional.⁶¹

Para exemplificar sobre “restrições indiretamente constitucionais por outros bens constitucionalmente tutelados”, o prof. Stiefelmann Leal cita um caso que

⁵⁷ Ibidem, p. 20.

⁵⁸ CANOTILHO apud STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 20.

⁵⁹ MIRANDA apud STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 20.

⁶⁰ Cf. RETORTILLO, Lorenzo Martín, *apud* STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 20.

⁶¹ STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 20.

envolveu o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão que “não está imune a esta categoria de restrições”.⁶²

O exemplo citado pelo professor é originado na Lei nº 8.713/93, cujo art. 70⁶³ proibiu os candidatos a cargos eletivos no pleito de 1994 de transmitir programas de rádio e televisão sob pena de cassação do respectivo registro eleitoral, caso tais candidatos tivessem como profissão a função de apresentador ou comentarista em programas de rádio ou televisão, devendo afastarem-se de suas atividades, cerceando o direito de tais trabalhadores ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. LEAL assevera que nas normas que disciplinavam aquele pleito, não havia similares restrições ao exercício de outras profissões. Essa questão chegou ao STF na ADIn nº 1062-0 (medida cautelar) Rel. Min. Sydney Sanchez, in DJU de 01º de julho de 1994.⁶⁴

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou considerando que tal norma tinha por finalidade a aplicação do princípio democrático, pois assegurava a igualdade entre os candidatos no pleito eleitoral. Justificou que afastando dos meios de comunicação de massa aqueles que poderiam usá-los além do horário eleitoral gratuito, assegurou que uns não tivessem maior exposição que outros. Assim, segundo o prof. Stiefelmann Leal, o STF decidiu pela “legitimidade constitucional das restrições impostas pelo legislador à liberdade de trabalho, ofício ou profissão em virtude da aplicação do princípio democrático”.⁶⁵

A norma disposta no inc. XIII do art. 5º da CF/88 foi, como se verá no capítulo seguinte, a mais referida nos votos dos ministros, tendo em vista que, uma vez resolvido o conflito entre os direitos fundamentais colidentes ou até concorrentes, ainda se precisaria encontrar solução que justificasse a exclusão de qualquer restrição que por ventura viesse a impedir o livre exercício da profissão de jornalista, principalmente, uma restrição como o diploma de nível superior em jornalismo.

⁶² STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 20.

⁶³ Art. 70 da Lei nº 8.713/93: É vedada, a partir da data de escolha do candidato pelo partido, a transmissão de programa de rádio ou televisão por ele apresentado ou comentado.

⁶⁴ STIEFELMANN LEAL, Roger, op. cit., p. 21.

⁶⁵ Ibidem, p. 21.

2.7 Artigo 5º, inc. XIII, da Constituição Federal de 1988 – Limitação da liberdade de exercício laboral: tentativa de solução

Para esclarecer a temática das qualificações profissionais preconizada pela norma em referência, citar-se-á no presente estudo, interessante artigo da lavra do mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio e doutorando em Direito Público (UFRJ), prof. Fábio Carvalho Leite.

No referido artigo, intitulado “**Estado de Direito e os limites aos limites à liberdade de profissão**”⁶⁶, o prof. Fábio tematiza sobre o problema da constitucionalidade da limitação ao exercício profissional, considerando para tanto realidades frente às quais a limitação é dever do Estado e realidades sobre as quais o Poder Público deve eximir-se de intervenções, justamente em função da liberdade de atuação profissional.

Comentando sobre o art. 5º, na parte que cita o livre exercício de trabalho, previsto pela CF/88, Fábio assevera que:

A Constituição brasileira assegura, em seu art. 5º, XIII, que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Desse modo, verifica-se que a liberdade profissional pode sofrer uma restrição, desde que decorrente de lei, em obediência ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) e em conformidade, portanto, com o Estado de Direito.⁶⁷

Para o referido autor, hodiernamente, é consentâneo que as profissões devam sofrer “restrições” em decorrência do interesse público, porém, faz questionamento sobre ser confiado ao legislador pela Constituição, em caráter absoluto, determinar o que seria o interesse público justificante para fixar restrições ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão. Em outras palavras: **Cabe ao legislador, de forma absoluta, conforme a Constituição, dizer o que é de fato o interesse público, quando for fixar as restrições ao livre exercício de uma profissão?**⁶⁸

⁶⁶ CARVALHO LEITE, Fábio. **Estado de Direito e os limites aos limites à liberdade de profissão**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, vol. 3, nº 6, pg. 45-62, Julho-Dezembro de 2006: arquivo em pdf, disponível em [HTTP://: domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/24_130.pdf](http://domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/24_130.pdf). acessado em 24/05/2010.

⁶⁷ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.47.

⁶⁸ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.48.

Observar-se-á na leitura dos votos dos ministros que, quando justificaram a desnecessidade do diploma de nível superior para jornalista, o fizeram levando em conta comparações com outras profissões. Nesse aspecto, Fábio ⁶⁹ entende que:

a abordagem doutrinária a este respeito revela-se insatisfatória, pois ao justificar a exigência de lei para restringir o exercício da liberdade profissional, recorre, em geral, à arquitetura, à engenharia civil ou à medicina – exemplos que demonstrariam a necessidade da regulamentação legal. Esta ilustração, todavia, é apenas parcialmente eficaz, pois contesta apenas a corrente de que “nenhuma profissão” deve ter o seu exercício limitado, tal como previsto no dispositivo acima citado, mas não permite concluir que todas as profissões sejam passíveis de regulamentação pelo legislador – o que levaria a uma inevitável descaracterização da liberdade de profissão assegurada como direito fundamental.

É relativamente simples argumentar que uma lei que imponha determinadas exigências ao exercício da medicina atende a um interesse público. Tarefa não tão simples seria argumentar que uma lei que regulasse as profissões de diretor teatral ou técnico de time de futebol atenderia a um interesse público – isto se não se argumentar, é claro, que o simples fato de que há uma lei neste sentido é suficiente para caracterizar o interesse público.

Feitas essas observações, o prof. Fábio assevera que ao se partir do pressuposto de que a existência de lei é condição necessária, porém não condição suficiente para a limitação da liberdade de exercício profissional, faz referência à necessidade de se investigar “justamente esta zona cinzenta” entre as profissões acima citadas, tendo tal investigação o objetivo de “identificar que profissões podem ser regulamentadas e como se pode identificar tal possibilidade” ⁷⁰. Diz ele que “a doutrina tradicional não cuida desta zona cinzenta e deixa à orfandade indagações a respeito da constitucionalidade das leis que regulamentam profissões”(…).⁷¹

Importante salientar que Carvalho Leite pontua que o princípio da legalidade é afastado quando se considera inconstitucional uma lei que cria restrições para o exercício profissional de uma categoria. Nisso ele tem razão, pois é o princípio da legalidade, inicialmente, que vai legitimar uma lei desse tipo, tendo em vista que a Constituição dá poderes ao legislador para fixar tais restrições. Vejam-se suas declarações:⁷²

É importante frisar que nos casos em que se entende que não cabe à lei regulamentar o exercício da profissão, não se trata apenas da inconstitucionalidade de uma lei, mas também da superação do princípio da legalidade,

⁶⁹ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.48.

⁷⁰ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.48.

⁷¹ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.49.

⁷² CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.49.

uma vez que a Constituição deixou exatamente ao legislador (e portanto à lei), sem maiores reservas, a competência para estabelecer as qualificações necessárias ao exercício de qualquer atividade profissional. **Desse modo, afirmar que uma lei que regula uma categoria profissional é inconstitucional significa, antes de tudo, reconhecer a inaplicação do princípio da legalidade em determinada situação, em prol do reconhecimento do direito fundamental ao exercício de uma profissão.** (grifou-se).

Como se nota, o prof. Carvalho Leite fez interessantes ponderações sobre o modo como se justifica impor uma restrição para exercício de uma profissão, e como é necessário “investigar essa zona cinzenta”. Como se verá mais adiante nos votos dos ministros, ele tocou exatamente no ponto onde a doutrina usa profissões que realmente necessitam de qualificações técnicas para serem exercidas. Portanto, não é livre seu exercício por implicarem riscos aos membros da sociedade.

Buscando respostas para suas indagações sobre como se devem fixar critérios que justifiquem que algumas profissões tenham restrições legalmente impostas e outras sejam de livre exercício, Carvalho Leite mergulha na doutrina de Pinto Ferreira, Celso Ribeiro Bastos e de Ives Gandra da Silva Martins.

Ao buscar respostas, cita que a doutrina brasileira, embora admita de algum modo a possibilidade já referida (**reconhecer a inaplicação do princípio da legalidade em determinada situação, em prol do reconhecimento do direito fundamental ao exercício de uma profissão**), “não desenvolve os critérios que devem ser utilizados pelo intérprete a fim de identificar se uma determinada profissão pode ou não sofrer algum tipo de regulamentação”.⁷³

Para justificar tal conclusão, cita a doutrina de Pinto Ferreira sobre a liberdade de profissão que assevera:⁷⁴

“No que tange à escolha da profissão, a liberdade é inviolável, porém é legítimo o poder da polícia para legalizar e permitir *in totum* a admissão e o exercício da profissão. Determinadas profissões exigem habilitações especiais para o seu exercício (advocacia, medicina, engenharia etc.); outras atividades prevêm condições materiais adequadas (p. ex., estabelecimento de ensino) para seu funcionamento. Não somente as atividades liberais estão sujeitas à vigilância do poder de polícia, mas também outras, por razões de segurança pública (hospedagem, hotéis, indústrias pirotécnicas), como por motivo de saúde (produção de produtos farmacêuticos), como afinal por motivos de polícia penal, vedando a prática de crimes e contravenções. Quando o exercício de determinada atividade concerne ao interesse público,

⁷³ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.49.

⁷⁴ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.49.

exigindo regulamentação, a parte pode recorrer à justiça, caso julgue arbitrária a regulamentação”. (FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1, p. 89)

Da detida análise do fragmento citado por Carvalho Leite, é forçoso reconhecer que lhe assiste razão quando afirma que Pinto Ferreira “concluiu a análise justamente no ponto onde mais importava prosseguir: **quando uma regulamentação seria arbitrária e, portanto, inconstitucional? Por outra: quando se deve superar o princípio da legalidade em benefício da defesa da liberdade de profissão?**”⁷⁵ (grifou-se).

Insatisfeito, o juriconsulto procura respostas na doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, que são mais felizes em suas observações sobre a questão investigada:⁷⁶

“Uma forma muito sutil pela qual o Estado por vezes acaba com a liberdade de opção profissional é a excessiva regulamentação. Regulamentar uma profissão significa exercer a competência fixada na parte final do dispositivo que diz: ‘observadas as qualificações profissionais que a lei exigir’. Para obviar este inconveniente é necessário que esta faculdade seja sempre exercida nos termos constitucionais” (BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, vol. 2., p. 77.)

No aspecto citado pelos doutrinadores acima referidos, eles têm razão sobre a excessiva regulamentação imposta pelo Estado, pois a regra constitucional é a liberdade e não a restrição.

Ainda na doutrina de Bastos e Gandra, cita um fragmento esclarecedor que permite ensaiar em que condições uma profissão deve ser qualificada, e, portanto, restringida por lei federal que é requisito formal:

*“Mas é evidente que esta lei há de satisfazer requisitos de cunho substancial, sob pena de incidir em abuso de direito e conseqüentemente tornar-se inconstitucional. Assim é que hão de ser observadas qualificações profissionais. **Para que uma determinada atividade exija qualificações profissionais para o seu desempenho, duas condições são necessárias: uma, consistente no fato de a atividade em pauta implicar conhecimentos técnicos e científicos avançados. É lógico que toda profissão implica algum grau de conhecimento. Mas muitas delas, muito provavelmente a maioria, contentam-se com um aprendizado mediante algo parecido com um estágio profissional. A iniciação destas profissões pode-se dar pela assunção de ati-***

⁷⁵ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.49.

⁷⁶ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.50.

*vidades junto às pessoas que as exercem, as quais, de maneira informal, vão transmitindo os novos conhecimentos. Outras contudo demandam conhecimento anterior de caráter formal em instituições reconhecidas. As dimensões extremamente agigantadas dos conhecimentos aprofundados para o exercício de certos ofícios, assim como o embasamento teórico que eles pressupõem, obrigam na verdade a este aprendizado formal. **Outro requisito** a ser atendido para regulamentação é que a profissão nas suas diversas modalidades, ao direito, poderão ser geradoras de grandes malefícios, quer quanto aos danos materiais, quer quanto à liberdade e quer ainda quanto à saúde do ente humano. Nestes casos, a exigência de cumprimentos de cursos específicos se impõe como uma garantia oferecida à sociedade. Em outros casos, a própria pessoa interessada pode perfeitamente acautelar-se contra o profissional desqualificado, obtendo informações sobre o mesmo. É certo que a evolução tecnológica recente torna cada vez mais complexas certas profissões. Alguma sorte de curso faz-se quase sempre necessária. Nestes casos no entanto, em que inexistem grandes riscos para a sociedade, é preferível manter-se a atividade livre em nome precisamente do direito à livre opção profissional. O excesso de regulamentação nega este direito” (BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, vol. 2., p. 77-78.)*

Com base na doutrina citada, Carvalho Leite asseverou que era necessário identificar “que critérios devem ser adotados para se verificar a constitucionalidade de uma lei que regula determinada categoria profissional, limitando o exercício da liberdade profissional”.⁷⁷

Após as análises retromencionadas, o prof. Fábio fez interessantes e esclarecedoras ponderações que seguem reproduzidas à diante:⁷⁸

Como restou demonstrado, há uma forte tensão entre liberdade e legalidade no que se refere à identificação dos limites ao legislador infraconstitucional na regulamentação do exercício de uma determinada profissão. O simples reconhecimento de que a liberdade só pode ser limitada se o interesse público assim o exigir tem se revelado frágil, pois sempre há quem argumente que há interesse público na medida em que a limitação foi aprovada pelo órgão de representação popular, que seria justamente o poder legítimo para definir o que é interesse público.

Assim, se pretendemos afastar o arbítrio do legislador no que tange ao estabelecimento de exigências para o exercício profissional, alguns pontos revelam-se essenciais. Em primeiro lugar, deve-se tomar como premissa que a liberdade de profissão é um direito fundamental e assim deve ser considerado. Este ponto é de grande importância no quadro brasileiro, pois a corrida em direção à regulamentação de profissões no País tem sido favorecida justamente pelo fato de não se reconhecer que se trata de um direito constitucional fundamental que está sendo restringido. Objetivamente, o estabelecimento de exigências para o exercício de determinada atividade profissional, em um primeiro momento, nada mais faz do que dificultar o acesso a este. Trata-se, portanto, de uma limitação a um direito fundamental, que deve ser, por conseguinte, analisada com grande cautela.

⁷⁷ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.51.

⁷⁸ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.51-53.

Em segundo lugar é importante compreender que, como decorrência da premissa anterior, não é qualquer profissão que pode sofrer restrição legal em relação ao seu exercício, sob pena de descaracterizar aquele direito fundamental constitucionalmente assegurado. Não reconhecer isto seria admitir que todas as profissões podem ser regulamentadas, desde que assim entenda o poder legislativo, o que nos levaria a indagar o sentido e até mesmo o porquê daquele direito estar assegurado no texto constitucional.

É importante esclarecer que não se propõe aqui qualquer espécie de hierarquia valorativa em relação às categorias profissionais, mas apenas o reconhecimento de que determinadas atividades, por conta da sua própria essência, não devem sofrer um controle social – o que em nada diminui a sua importância. **O que se pretende, quando se diferencia profissões como a de garçom e a de médico**, no que tange aos propósitos do presente trabalho, não é identificar qual destas é a mais “importante” – conceito, aliás, sem qualquer sentido na presente análise –, **mas apenas se há um interesse social que justifique a dificuldade de acesso dos cidadãos a um ofício para o qual apresentam eventual talento, aptidão e vontade de exercê-lo.**

Assim, se há diferentes tipos de profissão, alguns que permitem o estabelecimento de exigências e outros que, em respeito à liberdade profissional, não admitem restrições legais, deve-se verificar o que exatamente diferencia tais atividades. É dizer, **por que o exercício da medicina exige uma formação em nível superior e a atividade de garçom prescinde de qualquer tipo de exigência legal?**

Quando se reconhece a legitimidade de uma exigência legal ao exercício de determinada profissão, em verdade admite-se como legítimo um controle por parte da sociedade sobre aquela atividade – o que, por suposto, há de ser a exceção, e não a regra. Assim, **a responsabilidade envolvida na atividade desempenhada pelo médico**, o conhecimento complexo necessário ao desenvolvimento desta atividade, o objeto com o qual este profissional lida, são elementos que – frise-se – reunidos, justificam a exigência de um diploma de nível superior para o exercício da profissão, restringindo, de maneira razoável e proporcional, o acesso dos cidadãos a este ofício. **O mesmo não ocorre com a atividade de garçom**, onde a Constituição deixa aos cidadãos com vontade de exercer o ofício a liberdade para escolher os caminhos que levam aos conhecimentos necessários para o seu exercício profissional, e deixa aos empregadores de estabelecimentos comerciais a liberdade de escolha dos profissionais nos processos de seleção.

Nesse sentido, uma lei exigindo a realização de cursos para o exercício da atividade de garçom (para permanecermos com o exemplo citado), ainda que sob o pretexto de aperfeiçoar o serviço, garantido assim aos consumidores uma melhora no atendimento, **seria flagrantemente inconstitucional.**

Embora não haja dúvida de que a exigência é adequada ao objetivo, não se pode reconhecer este como um fim a ser perseguido pelo Estado. A melhoria no atendimento ao público é do interesse do estabelecimento comercial, não do Estado, e qualquer responsabilidade em relação ao atendimento recairá, em um primeiro momento, sobre o estabelecimento, e não sobre o profissional.

É claro que não há qualquer impedimento à criação de cursos de formação e aperfeiçoamento das mais diversas atividades profissionais; o problema refere-se exclusivamente à exigência legal de realização de cursos como condição necessária para o exercício das atividades, impedindo assim o livre acesso ao ofício àqueles que tenham adquirido o conhecimento necessário por outros meios. Entender de outra forma seria tomar como presunção absoluta a afirmação de que não existem outras formas de se adquirir

conhecimento e habilidade para o desempenho de determinadas atividades, ou de que estes casos seriam extremamente raros. Pode-se afirmar, com certa segurança, que este seria o caso da medicina, que envolve um conhecimento suficientemente complexo a ponto de ser difícil (ainda que não impossível) adquiri-lo por outros meios, que não pela realização de um curso superior. (grifou-se e sublinhou-se).

Conforme o mestre FÁBIO, partindo das considerações já feitas “que tiveram por objetivo distinguir uma situação em que a exigência de formação profissional é devida de outra em que seria ilegítima, identificando as peculiaridades de cada situação”, ele pretendia, na sequência do estudo, “passar ao exame da constitucionalidade das exigências legais estabelecidas para o exercício das profissões de jornalista e músico”⁷⁹, que estavam sendo alvo de ações judiciais pelos tribunais do País.

Assim, cumpre observar que esse artigo de Fábio Carvalho Leite foi publicado em 2006, momento anterior ao julgamento do RE 511.961/SP. No entanto, suas observações são pertinentes e interessantes para chamar a atenção para aspectos que serão discutidos e sustentados pelos ministros quando de suas justificativas para darem seus posicionamentos diante do objeto julgado.

Tendo em vista que o texto de Fábio Carvalho Leite caminhou sobre peculiaridades das profissões de músico e de jornalista, por razões óbvias, serão citadas apenas passagens em relação à profissão relacionada ao RE 511.961/SP.

Assim, em continuação ao texto do citado autor, fez considerações relativas à ação inicial do MPF, e citou trechos da doutrina de Humberto Ávila, Suzana de Toledo Barros e Geraldo Ataliba, este último, inclusive, citado nos votos dos ministros.

Parte o autor da premissa de que a profissão de jornalista apresenta pormenores que “não permitem uma equiparação com as de músico, bailarino, humorista ou poeta, mas tampouco com a de médico”⁸⁰. Para ele, não há dúvida de que “o jornalismo não se enquadra como uma forma de expressão artística, ao menos não no mesmo nível da música, do balé ou da poesia, relativizando assim aquela imunidade à ingerência estatal própria de manifestações de caráter artístico”⁸¹. Por outro lado, se a profissão de jornalismo “não é uma expressão artística, não deixa de ser de

⁷⁹ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.53.

⁸⁰ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.56.

⁸¹ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.56.

todo modo uma forma de expressão, encontrando assim abrigo na liberdade de expressão assegurada pela Constituição”.⁸²

Antes de se prosseguir na análise das sugestões do prof. Fábio Carvalho Leite, interessa anotar que o Decreto-Lei 972/69, até a declaração da não-recepção do dispositivo questionado, estava plenamente em vigência havia 40 anos. O fato de ter sua edição atribuída a uma Junta Militar, não retirou sua legitimidade de regulamentar a profissão de jornalista.

Conforme a dedução de Carvalho, inclusive em relação à profissão de jornalista, acha que para analisar se as restrições impostas pela lei têm amparo constitucional, se afigura adequado se recorrer ao recurso da proporcionalidade. Vejam-se suas considerações.⁸³

Nestes casos em que não figura clara a inconstitucionalidade de uma lei impondo restrições ao exercício de uma determinada profissão, casos em que se faz notar a tensão entre os princípios da liberdade e da legalidade, cada qual munido de aspectos que devem ser valorados, parece adequado o recurso à proporcionalidade, considerada esta, como leciona Humberto Ávila⁸⁴, como um postulado normativo, ou seja, uma metanorma ou norma de segundo grau, que estrutura a aplicação das demais normas, não se confundindo, portanto, com as mesmas. O recurso ao método da proporcionalidade justifica-se por se tratar de um conflito de princípios decorrentes de um mesmo sobreprincípio – o Estado de Direito – e tem o mérito de ao menos reduzir significativamente (se não mesmo afastar) o grau de subjetivismo na identificação ou avaliação do chamado “interesse público” em cada caso concreto.

Conforme se afere do fragmento acima, ao se utilizar o método da proporcionalidade, já anteriormente estudado, não há garantia que será o melhor recurso a ser utilizado pelo intérprete, porém, sua utilização, repita-se, “tem o mérito de ao menos reduzir significativamente (se não mesmo afastar) o grau de subjetivismo na identificação ou avaliação do chamado “interesse público” em cada caso concreto”.

É interessante anotar que Carvalho observou que na ação civil pública, o MPF afirmou que aquela exigência do diploma para o exercício da profissão era “desproporcional e irrazoável”, porém “não apontou, ao menos não com exatidão,

⁸² CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.56.

⁸³ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.57.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – a definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo:Malheiros, 2004, 4.ª ed., pp. 88-89. Apud CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.57.

por violação a que elemento integrante do postulado normativo da proporcionalidade esta exigência poderia ser caracterizada como desproporcional”.⁸⁵

Ainda que em linhas anteriores o recurso da proporcionalidade já tenha sido desenvolvido no presente trabalho monográfico, afigura-se enriquecedor novamente se referir a ele nas sábias palavras do prof. Fábio, pois conforme se verá adiante, ele se apóia na doutrina de Suzana de Toledo Barros e de Geraldo Ataliba.

Conforme Carvalho⁸⁶, “o postulado da proporcionalidade, como é sabido, desdobra-se em três elementos: **a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito**”.

O elemento ADEQUAÇÃO:⁸⁷ “determina que se verifique a adequação da medida adotada a fim de se alcançar o fim proposto, ou por outra, que se constate se o **meio** adotado contribui para a obtenção do resultado pretendido, presumindo-se, como já visto, que este resultado enquadre-se como um **fim** a ser perseguido pelo Estado”. (grifou-se).

Carvalho analisa o elemento ADEQUAÇÃO relativamente ao caso do jornalismo, nos seguintes termos:⁸⁸

Em relação ao caso em análise, significa verificar se a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista (meio) contribui para o fim desejado, seja este simplesmente garantir a qualidade da informação jornalística, seja mesmo o desenvolvimento de uma esfera pública democrática nas sociedades complexas. A este respeito, não há dúvida de que existe uma relação de causalidade, ou seja, existe uma relação entre o meio (formação universitária em curso de jornalismo) e o fim almejado (maior qualidade de informação jornalística). Não se trata de afirmar que este é o melhor ou o único meio de se atingir este fim. É uma simples constatação de que há de fato uma relação de causalidade, ou de que o meio escolhido pelo legislador, que tem legitimidade para tanto, é adequado ao fim pretendido.

Sobre o assunto da proporcionalidade, cita fragmento da doutrina de Suzana de Toledo Barros, que assevera:⁸⁹

⁸⁵ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.57.

⁸⁶ Ibidem, p. 57.

⁸⁷ Ibidem, p.57.

⁸⁸ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.58.

⁸⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 74. Apud CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.58.

Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional". (...) "**sob a perspectiva da adequação**, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.

Sobre esse aspecto, Carvalho⁹⁰ cita trecho da petição inicial do MPF no qual identifica que o postulante "reconhece o valor da formação universitária em um curso de jornalismo,". O trecho citado é o seguinte: *"não se afirma aqui, frise-se desde já, que o diploma de jornalismo não poderia ser de auxílio no percurso profissional de um indivíduo, todavia, de modo algum é indispensável"*.

Carvalho⁹¹ traduz que tal citação do MPF significa que ele, implicitamente, reconhece que a exigência do diploma é adequada, porém não necessária.

Partindo para a análise do elemento NECESSIDADE, cita trecho explicativo de obra já antes referida na qual Suzana de Toledo Barros explicita que:⁹²

"O princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional. GILMAR FERREIRA MENDES, citando PIROTH e SCHLINK, observa: 'apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado'." (TOLEDO: 1996, p. 78)

Carvalho⁹³ conclui que conforme **o elemento necessidade**, a medida restritiva a ser imposta deve se mostrar "indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e não poderia ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa". Considera que é nesse ponto que "parece residir a força da argumentação pela inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalismo". Argumenta, porém, não ser tarefa fácil apontar a necessidade do diploma de jornalismo para o exercício da atividade. Ao fazer essa ob-

⁹⁰ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.58.

⁹¹ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p. 58.

⁹² CARVALHO LEITE, F., op. cit., p. 59.

⁹³ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p. 59.

servação, assevera que “nenhum país do mundo adota tal exigência, e que este fato não impede o exercício da profissão, revelando, em alguns casos, um jornalismo (e, portanto qualidade de informação) apontado até mesmo como uma referência”.

Ao fazer tal observação, cita a doutrina de Geraldo Ataliba, autor de parecer no qual defendeu a inconstitucionalidade da exigência do diploma para o exercício da atividade de jornalista:

“A interpretação que propomos mostra que o Brasil é um Estado de Direito democrático, com responsabilidades definidas e proteção a valores sociais e individuais fundamentais, como se dá em **todos** os países civilizados, que adotam princípios semelhantes e que jamais cogitaram de –como o fez, para nossa vergonha, a Junta Militar – exigir diploma para exercício da profissão de jornalista”. (ATALIBA: Parecer de 21 de fevereiro de 1992, grifo no original)

Vale aqui se fazer uma observação: este parecer de Geraldo Ataliba foi citado desde a petição inicial bem como no voto de Gilmar Mendes. Por outro lado, convém ressaltar que o prof. Fábio Carvalho Leite cita que nenhum país do mundo exige diploma de jornalismo para exercício da profissão, fato esse que se pede vênua para discordar, pois não é informação de todo verdadeira. Na verdade, há vários países que fazem tal exigência, no entanto, há vários que não o fazem.

Carvalho, sem fazer considerações sobre o elemento proporcionalidade em sentido estrito, assinalou que “a profissão de jornalista guarda um vínculo com a liberdade de expressão, reforçando assim para o seu exercício o valor de liberdade individual contra uma ingerência estatal”⁹⁴. Disse que “não reconhecer esta relação seria afirmar que há apenas uma forma “correta” de se expressar jornalisticamente (não havendo assim propriamente “liberdade”)”.⁹⁵

Por fim, após todas as considerações, o prof. Fábio Carvalho Leite conclui que:⁹⁶

Como se pôde verificar, a discussão a respeito dos limites ao exercício da liberdade de profissão, bem como dos limites ao legislador na imposição daquela primeira limitação, quando sob a égide do sobreprincípio do Estado de

⁹⁴ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.59.

⁹⁵ Ibidem, p. 59

⁹⁶ Ibidem, p. 60-61

Direito, obriga que se realize uma ponderação envolvendo os subprincípios da legalidade e da tutela dos direitos fundamentais, daí decorrentes.

O recurso ao método da proporcionalidade, enquanto um postulado normativo insito ao Estado de Direito, parece adequado à identificação do momento em que se deve afastar o princípio da legalidade – mesmo quando a atuação legislativa tenha sido expressamente autorizada pelo texto constitucional – em função da tutela dos direitos fundamentais, que seria um outro subprincípio decorrente do Estado de Direito. O recurso ao método, no entanto, pressupõe um reconhecimento preliminar de que o fim a ser alcançado pela medida restritiva, no caso a lei regulamentadora da categoria profissional, seja um objetivo legítimo a ser perseguido pelo Estado – o que não ocorre em muitos casos. De fato, não se tratando de um fim legítimo não importa verificar sequer se há adequação entre meios e fins, quanto mais necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito.

A importância desta questão revela-se indiscutível, mormente no período que o país atravessa, onde a proliferação de novos cursos de ensino superior, impulsionada pela garantia corporativista da chamada “reserva de mercado”, tem retirado substancialmente o sentido da liberdade de profissão assegurada na Constituição.

Dessa forma, ainda que as conclusões do prof. Fábio Carvalho Leite sejam autoexplicativas, importa lembrar que o recurso ao método da proporcionalidade, enquanto um postulado normativo insito ao Estado de Direito, parece adequado à identificação do momento em que se deve afastar o princípio da legalidade, ainda que o legislador tenha autorização constitucional para impor restrições ao exercício de uma liberdade prevista na Carta Magna.

Deve-se, por fim, asseverar que o recurso ao método da proporcionalidade, no entanto, pressupõe um reconhecimento preliminar de que o fim a ser alcançado pela medida restritiva, no caso a lei regulamentadora da categoria profissional, seja um objetivo legítimo a ser perseguido pelo Estado – o que não ocorre em muitos casos. Portanto, como asseverou o prof. Fábio⁹⁷, “não se tratando de um fim legítimo não importa verificar sequer se há adequação entre meios e fins, quanto mais necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito”.

Como o objetivo deste trabalho monográfico não é esgotar todas as considerações sobre os aspectos constitucionais já mencionados, inicia-se no próximo capítulo a análise do acórdão do RE 511.961/SP e dos votos dos ministros, sistematizando seus argumentos mais importantes com os quais justificaram, por maioria, porque

⁹⁷ CARVALHO LEITE, F., op. cit., p.60.

a exigência preconizada no art. 4º, inc. V, do Decreto-Lei 972/1969 não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

3 - DO RE 511.961/SP - FUNDAMENTOS DOS VOTOS DOS MINISTROS

Neste capítulo, pretende-se sistematizar os votos dos ministros, para demonstrar como cada um deles justificou o posicionamento adotado que culminou na decisão que por maioria de votos reconheceu a não-recepção da exigência de diploma de nível superior em jornalismo para o exercício da profissão. Para tanto, inicia-se a sistematização detalhada do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes. Em relação aos demais ministros, far-se-á apenas um breve resumo, tendo em vista que suas razões são semelhantes ao do voto condutor do julgamento.

3.1 Do voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes

O Relator, após a análise dos pressupostos de admissibilidade recursal e da resolução das questões preliminares, passou à análise meritória da questão suscitada no RE 511.961/SP⁹⁸.

Observou que desde o juízo de primeiro grau (16ª Vara Cível Federal de São Paulo), tal questão havia sido discutida de acordo com duas perspectivas de análise.⁹⁹

PRIMEIRA PERSPECTIVA: enfatizava o aspecto relacional-comparativo entre o Decreto-Lei nº 972/1969 e a Constituição de 1988, especificamente em relação às liberdades de profissão, de expressão e de informação protegidas pelos artigos 5º, IX e XIII, e 220.

SEGUNDA PERSPECTIVA: questionava referido decreto-lei em face do art. 13 (liberdade de expressão) da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominado Pacto de San José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu em 1992.

Nesse sentido, Gilmar Mendes ressaltou que seguiria as duas vias de análise, não deixando de frisar que **a primeira perspectiva** era uma continuação do

⁹⁸ O ACÓRDAO DO RE 511.961/ SP pode ser acessado no site do STF, inteiro teor, cujo link direto é <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>

⁹⁹ STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 732/733

entendimento jurisprudencial delimitado no STF no julgamento da Representação nº 930/DF, Rel. p/ o acórdão Min. Rodrigues Alckmin (5.5.1976), e **a segunda**, representava entendimento já consolidado no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Após tais considerações, o Min. Gilmar, como que antecipando qual seria a sua posição em relação ao tema proposto, após muito refletir, disse que “esse julgamento era importante e que seu impacto social seria profundo”.

Nisso, citou, como posto na petição inicial, que era conhecido o fato de que milhares de jornalistas, alguns figuras bastante conhecidas do público em geral, estavam atuando em diversos meios de comunicação sem possuir diploma de curso superior específico de jornalismo. Como exemplo, citou o caso de Alon Feuerwerker, atualmente editor de Política Econômica do Jornal Correio Braziliense, profissional esse que, embora sem formação em jornalismo, tem um invejável currículo.

Por essa observação de Gilmar Mendes percebe-se qual será sua opinião, tendo em vista que afirmou, em seu voto, que o julgamento do mérito da questão que passaria a analisar, repercutiria diretamente sobre o trabalho dos jornalistas (especialmente pelos que exerciam a profissão sem diploma de jornalismo) e, dessa forma, sobre os meios de comunicação e a imprensa em geral no Brasil. Disse que não se podia menosprezar, também, a repercussão deste julgamento nos diversos cursos de graduação em jornalismo, com implicações sobre a vida dos alunos, professores e, enfim, das universidades e faculdades.

Após várias considerações sobre argumentos esposados pelas partes e pela decisão na ação inicial, ainda em 1ª instância, o Relator iniciou sua fundamentação.

Para tanto, o Ministro Gilmar fundamentou seu voto com fulcro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em pareceres e opiniões de renomados doutrinadores, como J.J. Canotilho, João Barbalho, Carlos Maximiliano, R. Alexy, Geraldo Ataliba, dentre outros.

3.1.1 Da análise da primeira perspectiva

Como já mencionado, nessa perspectiva o Gilmar Mendes analisará o aspecto relacional-comparativo entre o Decreto-Lei n° 972/1969 e a Constituição de 1988, especificamente em relação às liberdades de profissão, de expressão e de informação protegidas pelos artigos 5º, IX e XIII, e 220.

3.1.1.1 Do âmbito de proteção de um direito fundamental¹⁰⁰

Inicialmente, Gilmar Mendes frisou que o assunto envolvia, em **primeira linha de análise**, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas.

Abalizou que “quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*”. Contrariamente a isso, “quanto mais restrito for o *âmbito de proteção* menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo”.

Seguindo tal raciocínio, disse que, **com o propósito de lograr uma sistematização**, poder-se-ia dizer que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista o seguinte:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);
- b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*.

Ministro Gilmar, fl. 739.

¹⁰⁰ STF, RE n° 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 736/745

Fazendo referência à CF/88, citou que o art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988 dispõe que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Disse o Ministro que:

a ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo.

Ministro Gilmar, fl. 740.

Por fim, nesse enfoque, considerou que a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o ***princípio da proporcionalidade***.

3.1.1.2 Do Histórico de decisões do STF sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental relacionado à regulamentação de uma profissão¹⁰¹

Continuou o Relator enfatizando que sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência. Citou que ainda sob o império da Constituição de 1967/69, o Tribunal resolveu interessante caso a respeito da profissão de corretor de imóveis. No RE nº 70.563/SP, o Relator, Ministro Thompson Flores, teceu considerações onde asseverou que “*a lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. (...)”*

Gilmar Mendes ainda lembrou que desde o julgamento da Representação nº 930 (Relator p/ o acórdão: Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977), o Supremo

¹⁰¹ STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 745/751.

Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. Disse ainda que a restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional.

3.1.1.3 Da Lei e Doutrina Constitucional¹⁰²

Nesse ponto do voto, foi explicado que o Decreto-Lei n° 972, de 17 de outubro de 1969, com alterações efetivadas pela Lei n° 6.612, de 7 de dezembro de 1979, e pela Lei n° 7.360, de 10 de setembro de 1985, regulamentado pelo Decreto n° 83.284, de 13 de março de 1979, dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista em art. 4º.¹⁰³

Assim, o relator começa a análise sobre a exigência de qualificação para a profissão de jornalista. Veja-se adiante.

Gilmar Mendes aprofundou em seu voto que **a doutrina constitucional** entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, dentre outras várias. Portanto, entendeu que nesse sentido, a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício. Desse modo, eventuais riscos ou danos efetivos a terceiros causados pelo profissional do jornalismo não seriam inerentes à atividade e, dessa forma, não seriam evitáveis pela exigência de um diploma de graduação. Dados técnicos

¹⁰² STF, RE n° 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 751/757.

¹⁰³ “Art 4º. O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de:

(...) **V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de "a" a "g" no artigo 6º.**

necessários à elaboração da notícia (informação) devem ser buscados pelo jornalista em fontes qualificadas profissionalmente sobre o assunto.

Considerando o exposto, o Ministro disse que tais entendimentos bem apreendiam o sentido normativo do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, pois já demonstravam a desproporcionalidade das medidas estatais que visam restringir o livre exercício do jornalismo mediante a exigência de registro em órgão público condicionado à comprovação de formação em curso superior de jornalismo.

Assim, na opinião dele, era fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não era meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. Desse modo, completou:

“As violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo; são, antes, o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão” (fl. 756).

Nesse momento de sua exposição, o Ministro destacou, *in verbis*:

O jornalismo despreparado diferencia-se substancialmente do jornalismo abusivo. Este último, como é sabido, não se restringe aos profissionais despreparados ou que não freqüentaram um curso superior. As notícias falaciosas e inverídicas, a calúnia, a injúria e a difamação constituem grave desvio de conduta e devem ser objeto de responsabilidade civil e penal. Representam, portanto, um problema ético, moral, penal e civil, que não encontra solução na formação técnica do jornalista. Dizem respeito, antes, à formação cultural e ética do profissional, que pode ser reforçada, mas nunca completamente formada nos bancos da faculdade.
Ministro Gilmar, fl 757.

Portanto, para ele, problemas éticos, abusos e outras considerações negativas não dizem respeito à formação acadêmica, mas sim, à formação ético-cultural do profissional de jornalismo.

3.1.1.4 Da frequência em curso superior de jornalismo¹⁰⁴

Justificando a importância da frequência em curso superior, entre eles o de jornalismo, o Ministro afirmou o seguinte:

É inegável que a frequência a um curso superior com disciplinas sobre técnicas de redação e edição, ética profissional, teorias da comunicação, relações públicas, sociologia etc., pode dar ao profissional uma formação sólida para o exercício cotidiano do jornalismo. E essa é uma razão importante para afastar qualquer suposição no sentido de que os cursos de graduação em jornalismo serão desnecessários após a declaração de não-recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969.

Mendes afirmou ainda que:

tais cursos são extremamente importantes para o preparo técnico e ético de profissionais que atuarão no ramo, assim como o são os cursos superiores de comunicação em geral, de culinária, marketing, desenho industrial, moda e costura, educação física, dentre outros vários, que não são requisitos indispensáveis para o regular exercício das profissões ligadas a essas áreas.

Em um dos pontos mais criticados pela mídia¹⁰⁵ no voto de Gilmar Mendes está a comparação que fez quando disse que *“um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nessa área”*. Continuou enfatizando que *“o poder público não pode restringir dessa forma a liberdade profissional no âmbito da culinária, e disso ninguém tem dúvida, o que não afasta, porém, a possibilidade do exercício abusivo e antiético dessa profissão, com riscos à saúde e à vida dos consumidores”*.

3.1.1.5 Do jornalismo como profissão diferenciada¹⁰⁶

Falando sobre a profissão de jornalista, declarou ser o JORNALISMO “uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades

¹⁰⁴ STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 757/759.

¹⁰⁵ Os jornalistas diplomados não gostaram da comparação, pois criticaram o fato de serem colocados no mesmo patamar que um reles cozinheiro.

¹⁰⁶ STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fl. 759.

de expressão e informação”, ou seja, essa atividade, para ele, “é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”

Conforme o Relator,

os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. (grifou-se).

Com base nessa conclusão, destacou que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral. Por fim, fez menção aos preceitos do art. 220, *caput*, e § 1º, da CF/88.¹⁰⁷

Nesse aspecto, percebe-se que embora o inc. XIII imponha restrições ao livre exercício profissional, para o relator, entende-se que embora no caso houvesse uma autêntica colisão de direitos e garantias fundamentais, pela ligação umbilical da referida profissão com os demais direitos acima referidos, haver-se-ia de fazer uma análise conjunta para resolver a celeuma.

3.1.1.6 Da questão da Lei de Imprensa e da vedação à censura prévia estatal¹⁰⁸

Ato contínuo, desenvolvendo um raciocínio paralelo, Gilmar Mendes fez referência ao recente julgamento da ADPF n° 130, Rel. Min. Carlos Britto, na qual se declarou a não-recepção da Lei de Imprensa (Lei n° 5.250/1967), destacando, *verbis*:

¹⁰⁷ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

¹⁰⁸ STF, RE n° 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 760/767.

O Tribunal enfaticamente deixou consignado o entendimento segundo o qual as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente poderiam ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionalíssimas, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. (grifou-se) fl. 760.

Enfatizando que de modo algum a liberdade de expressão foi alçada a direito absoluto, e que a CF/88 não descartou a possibilidade de limitações ao seu exercício, Gilmar Mendes asseverou que, *in verbis*:

É certo que o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. A própria formulação do texto constitucional — “Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão-somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. O texto constitucional, portanto, não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Todavia, tal como assentado pelo Tribunal na ADPF nº 130, em matéria de liberdade de expressão e de comunicação em geral, as restrições legais estão reservadas a casos extremamente excepcionais, sempre justificadas pela imperiosa necessidade de resguardo de outros valores constitucionais. (fl. 760/761).

Desse modo, concluiu o Ministro afirmando que “**no caso da profissão de jornalista**”, a interpretação do art. 5º, inciso XIII, em conjunto com o art. 5º, incisos IV, IX, XIV e o art. 220, leva à conclusão de que a ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas.

E complementou seu raciocínio:

É fácil perceber, nessa linha de raciocínio, que a exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição,

um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição. (fl. 761)

Em trecho interessante de seu voto, Gilmar Mendes enfatizando a importância da atividade informativa, frisou que:

em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional. (grifou-se) (fl. 761)

Dito de outra forma, Mendes frisou que:

no campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. (fl. 762).

E disse mais:

Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, *controle prévio* que, em verdade, caracteriza *censura prévia* das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. (fl. 762).

Assim, segundo o Relator, é perfeitamente aceitável que o exercício desse “poder social” por vezes termine por ser realizado de forma abusiva. Para ele, **“é tênue a linha que separa a atividade regular de informação e transmissão de opiniões do ato violador de direitos da personalidade”**. E mais, os efeitos do abuso do poder da imprensa são praticamente devastadores e de difícil reparação total.

É certo, assim, que o exercício abusivo do jornalismo implica sérios danos individuais e coletivos. Porém, mais certo ainda é que os danos causados pela atividade jornalística não podem ser evitados ou controlados por qualquer tipo de medida estatal de índole preventiva.

Destacando que não cabe ao Estado fazer prévia censura sobre a liberdade de opinião, afinal se vive em um Estado Democrático, o Ministro disse que o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de controle prévio, mas de responsabilização civil e penal, sempre *a posteriori*. Também evidenciou que não havia razão para se acreditar que a exigência de diploma de curso superior de jornalismo fosse uma medida adequada e eficaz para evitar o exercício abusivo da profissão. Assim, caracterizada essa exigência como típica forma de controle prévio das liberdades de expressão e de informação, e constatado, assim, o embaraço à plena liberdade jornalística, concluía que aquela exigência não estava autorizada pela Constituição.

De todo o exposto, tendo em vista a necessidade de proteção dos jornalistas não apenas em face do Estado, mas dos próprios meios de comunicação, ante seu poder quase incomensurável, Gilmar Mendes defendeu que os direitos dos jornalistas, especialmente as garantias quanto ao seu estatuto profissional, devem ser assegurados em face do Estado, da imprensa e dos próprios jornalistas. E, novamente sentenciou *que “a exigência de diploma comprovante da formatura em um curso de jornalismo não tem qualquer efeito nesse sentido”*.

3.1.1.7 Do controle pela própria Imprensa sobre a exigência de diploma de jornalismo¹⁰⁹

Defendeu o Relator que os próprios meios de comunicação deveriam estabelecer os mecanismos de controle quanto à contratação, avaliação, desempenho e conduta ética dos profissionais do jornalismo. Disse que as empresas de comunicação poderão estipular critérios de contratação, como a especialidade em determinado campo do conhecimento, o que, inclusive, parece ser mais consentâneo com a crescente especialização do jornalismo no mundo contemporâneo. Para ele, por essa ótica, não existiria nenhum óbice para que as empresas de comunicação, doravante, adotem como critério de contratação a

¹⁰⁹ STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 767/769.

exigência do diploma de curso superior em jornalismo, ou seja, fica a critério delas tal exigência.

Diante de tais considerações, entendeu o Min. Gilmar que as análises externadas induzem a acreditar que essa é a melhor interpretação dos artigos 5º, incisos IX, XIII, e 220 da Constituição da República e a solução mais consentânea com a proteção das liberdades de profissão, de expressão e de informação na ordem constitucional brasileira.

3.1.1.8 Dos exemplos de grandes comunicadores que não possuíam ou não possuem diploma em jornalismo

Gilmar Mendes fez questão de destacar que se outro fosse o entendimento sobre tal questão constitucional, não seria possível reconhecer a importância ímpar da atividade jornalística de algumas conhecidas personalidades, das quais destacou em seu voto, dentre outros:

(...) García Marques, Mario Vargas Llosa, Carlos Chagas, Nelson Rodrigues, Barbosa Lima Sobrinho, Cláudio Barcelos de Barcelos, mais conhecido como Caco Barcelos, ressalte-se, ainda, que Carl Bernstein e Bob Woodward, conhecidos mundialmente por seu importante trabalho de informação sobre o escândalo do Watergate, nunca possuíram diploma de jornalismo, e nem precisariam ter, pois nos Estados Unidos da América nunca se concebeu tal exigência. Formados em outros cursos, seu trabalho de investigação e denúncia no The Washington Post levou à renúncia de um Presidente da República. (fl. 769)

3.1.2. Da análise da segunda perspectiva¹¹⁰

Em análise da segunda perspectiva, o Min. Gilmar destacou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da

¹¹⁰ STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 770/784.

Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo.

Mencionou ainda que a Organização dos Estados Americanos – OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem defendido que a exigência de diploma universitário em jornalismo como condição obrigatória para o exercício dessa profissão viola o direito à liberdade de expressão.

3.1.3 Da conclusão do Relator, Min. Gilmar Mendes¹¹¹

Diante de todo o exposto, e com os fundamentos expostos pelo Ministro, conheceu do recurso e deu provimento no sentido de que o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

3.2 Das ponderações dos demais ministros

Em relação aos votos dos demais ministros presentes à Sessão Plenária, convém destacar que suas posições, com exceção do Ministro Marco Aurélio, foram muito parecidas com a opinião do Gilmar Mendes.

Todos os que votaram com o relator foram unânimes em afirmar que a profissão de jornalismo era uma daquelas profissões que não necessitava de “qualificações profissionais” para ser exercida.

Assim, veja-se alguns pontos assinalados pelos ministros:

3.2.1 Ministra Cármen Lúcia¹¹²

Votando com o Relator, Min. Gilmar Mendes, a Min. Cármen Lúcia, em sucinto voto, fez pertinente observação sobre o Decreto-lei 972/69. Segundo a

¹¹¹ STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, fls. 784.

¹¹² STF, RE nº 511.961/SP, Ministra Cármen Lúcia, fls. 785/787.

Ministra, o referido decreto, sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1/69, já seria inconstitucional, eis que nesses diplomas legislativos, o Presidente da República não poderia editar decretos-leis sobre a matéria objeto de DL 972/69, na medida em que os arts. 58 e 55, respectivamente da Carta de 1967 e da Emenda nº 1/69, já especificavam as atribuições do Presidente da República, não constando poderes para disciplinar profissões, como é o caso dos jornalistas.

Após tais considerações, analisando a questão motivo do Recurso Extraordinário, Cármen Lúcia frisou que não tinha dúvida nenhuma em que, “tanto material quanto formalmente”, o Decreto-lei nº 972/69 não havia sido recepcionado pela Constituição de 1988.

Comungando o mesmo entendimento do Min. Gilmar, Cármen Lúcia afirmou que não havia razão de ser juridicamente aceitável, constitucionalmente aceitável, em face do que dispõem os incisos IV, IX e XIII do art. 5º da Constituição; não havia critério de proporcionalidade possível de ser acolhido, em face do sistema constitucional pátrio, a fixação do art. 4º, inc. V, do Decreto-lei 972/69, e não havia possibilidade de compatibilizá-lo com o art. 13 da Convenção do Tratado de São José da Costa Rica.

Com esses argumentos, a Min. Cármen Lúcia acompanhou integralmente o voto do Min. Gilmar.

3.2.2 Ministro Ricardo Lewandowski¹¹³

O Ministro Ricardo Lewandowski destacou que o disposto no art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que, na dicção constitucional sejam atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, no entanto, asseverou que a faculdade de restringir tais liberdades, que o constituinte delegou ao legislador ordinário, dirige-se às atividades cujo exercício exija conhecimentos técnicos específicos, o que não é o caso da profissão de jornalista, para a qual não se requer um saber particular.

¹¹³ STF, RE nº 511.961/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, fls. 788/790.

Para justificar essa afirmativa, Lewandowski disse que o jornalismo constituía uma atividade intelectual que prescindia de diploma superior especializado, obtido em uma faculdade de comunicação, exigindo, antes e tão-somente, daqueles que se dedicam a esse nobre ofício, sólida formação cultural, amplo conhecimento da língua pátria, inabalável postura ética e permanente compromisso com a verdade dos fatos e com o bem comum.

Concordando com o Min. Gilmar Mendes, Lewandowski mencionou que, em atenção à boa técnica hermenêutica, os incs. XIII e IX, ambos do art. 5º da CF/88, deveriam ser confrontados e ainda fez menção ao art. 220 da Lei Maior, afirmando que tal artigo inicia o capítulo do texto magno voltado à Comunicação Social, de cujo teor se extrai que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, em especial aquela vinda a lume por meio de jornais, não sofrerão quaisquer restrições, salvo aquelas parcimoniosamente assinaladas na própria Constituição.

Por fim, o Min. Lewandowski, adentrando na análise do Decreto em comento e falando sobre o Pacto de San José da Costa Rica, que foi ratificado pelo Brasil, observou que o Decreto-lei 972/69, tal como a Lei de Imprensa (declarada inconstitucional) representavam resquícios do regime de exceção, um entulho do autoritarismo, e tinham como finalidade, inequivocamente, controlar as informações veiculadas pelos meios de comunicação, em especial pelos jornais, afastando das redações intelectuais e políticos que faziam oposição ao governo de então.

Disse ainda que a plena liberdade de expressão do pensamento, isenta de quaisquer restrições ou empecilhos de caráter legal ou burocrático, que encontra abrigo na nova ordem constitucional, mostra-se, ademais, inteiramente consentânea com os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial com o Pacto de San Jose da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678/92 - e que integra o patrimônio de direitos implícitos da cidadania, a teor do § 2º do art. 5º da Constituição - o qual, em seu art. 13.3, significativamente, consigna que:

Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informações, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. (fl. 790)

3.2.3 Ministro Eros Grau¹¹⁴

Para o Ministro Ricardo Eros Grau, era evidente que a profissão de jornalista não reclamava *qualificações profissionais específicas*, indispensáveis a proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos, isto é, o exercício da profissão de jornalista não se dá de modo a poder causar danos irreparáveis ou prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.

Por outro lado, disse que, eventualmente, a atuação do jornalista poderá, sim, prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa da vítima, quando, por exemplo, uma notícia não verídica, a respeito de determinada pessoa, vier a ser divulgada.

Sobre essa questão do risco que a profissão poderia representar, disse que esse não é um risco inerente a atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista frequente regularmente um curso de formação profissional, no qual deva obter aprovação. Falou que há patologias que em nenhuma profissão podem ser evitadas com a exigência de um diploma de nível superior, pois dizem respeito ao caráter da pessoa e não ao aprendizado acadêmico.

3.2.4 Ministro Carlos Ayres Britto¹¹⁵

Na questão do diploma de jornalismo, disse essencialmente que a exigência de diploma não protegia a sociedade a ponto de justificar restrições à liberdade de exercício da atividade jornalística, expressão sinônima de liberdade de imprensa.

Justificando tal pensamento, disse que o que protegia a sociedade era “não restringir nada” e, no caso em julgamento, ou a lei poderia fazer da atividade jornalística uma profissão ou não. Caso a lei pudesse, tal profissionalização não poderia operar como requisito “sine qua non” para o desempenho dos misteres jornalísticos, inteiramente livres por definição.

¹¹⁴ STF, RE nº 511.961/SP, Ministro Eros Grau, fls. 791/805.

¹¹⁵ STF, RE nº 511.961/SP, Ministro Ayres Britto, fls. 807/811.

Disse que quem quiser se profissionalizar como jornalista, frequentando uma universidade, cumprindo a grade curricular, ganhando os créditos, prestando exames, diplomando-se, registrando o diploma em órgão competente, quem quiser pode fazê-lo, pois só teria a ganhar com isso.

Afirmou, porém, que esses profissionais não atuam sob reserva de mercado, pois a atividade jornalística, implicando livre circulação das ideias, das opiniões e das informações, sobretudo, é atividade que se disponibiliza sempre e sempre para outras pessoas também vocacionadas, também detentoras de talento individual para a escrita, para a informação, para a comunicação, para a criação. Mesmo sem diploma específico.

Ayres Britto concluiu que a atividade jornalística tanto se disponibiliza para a profissionalização quanto não se disponibiliza, e nem por isso os não titulados estão impedidos de exercê-la. Sob pena de inadmissível restrição à liberdade de imprensa.

3.2.5 Ministro Cezar Peluso¹¹⁶

O Ministro Cezar Peluso, em referência ao art. 5º, inciso XIII, ao questionar se a lei poderia estabelecer qualquer condição ou qualquer requisito de capacidade, entendeu que a resposta era negativa, pois para não incidir em abuso legislativo, nem em irrazoabilidade, que seria ofensiva ao devido processo legal substantivo, porque também o processo de produção legislativa tem, nos termos do artigo 5º, inciso LIV, de ser justa no sentido de ser adequada e idônea para o fim lícito que pretende promover, era preciso que a norma adquirisse um sentido racional.

Fazendo referência à proporcionalidade, e explicando sobre essa racionalidade, Peluso disse que significava admitir não apenas a conveniência, mas a necessidade de se estabelecerem qualificações para o exercício de profissão que as exija como garantia de prevenção de riscos e danos à coletividade, ou seja, a todas as pessoas sujeitas aos efeitos do exercício da profissão

¹¹⁶ STF, RE nº 511.961/SP, Ministro Cezar Peluso, fls. 812/815.

Aplicadas essas considerações ao caso dos jornalistas, disse que significava a hipótese de necessidade de aferição de conhecimentos suficientes, de verdades científicas, exigidas pela natureza intrínseca do trabalho, ofício ou profissão.

Portanto, Cezar Peluso, votando com o Relator, em interessante averiguação, ressaltou que a diploma se justificaria se para o exercício do jornalismo fossem necessárias qualificações como garantia contra danos e riscos à coletividade, uma aferição de conhecimentos suficientes de verdades científicas exigidas para a natureza do trabalho, ofício ou profissão. No entanto, de acordo com o entendimento do Ministro, *“não há, no jornalismo, nenhuma dessas verdades indispensáveis”*, pois o curso de Comunicação Social não é uma garantia contra o mau exercício da profissão, pois dos riscos que existem no jornalismo, *“nenhum é atribuível ao desconhecimento de verdade científica que devesse governar a profissão”*. Disse ainda que, independentemente de diploma, desde muito tempo, o jornalismo sempre pôde ser bem exercido.

3.2.6 Ministra Ellen Gracie¹¹⁷

A Ministra Ellen Gracie asseverou que o parâmetro de aferição mais relevante no caso em julgamento era garantia fundamental a liberdade do exercício profissional, insculpida no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, qual seja, *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”* Sobre esse dispositivo, a Ministra disse que o dispositivo revelava a delicadeza do aparente paradoxo, pois proclamava *“um direito fundamental”* e ao mesmo tempo autorizava ao legislador ordinário poderes para impor restrições ao exercício desse mesmo direito. Portanto, o exercício absoluto de um direito fundamental quase sempre estava no campo da *“Utopia”*

Dito isso, afirmou que a autorização constitucional à imposição de restrições legais aos direitos fundamentais nada mais era do que o reconhecimento de um Estado de Direito no qual mesmo os direitos mais caros e indispensáveis a uma determinada coletividade não podem ter seu pleno exercício garantido

¹¹⁷ STF, RE nº 511.961/SP, Ministra Ellen Gracie, fls. 817/820.

incondicionalmente, sob pena de nulificação de outros direitos igualmente fundamentais.

Considerou que o referido reconhecimento era fruto de amadurecimento, da evolução social e política de um povo, demonstrando valores como o equilíbrio, a ponderação e a equidade. E era esse mesmo equilíbrio que impedia que, de outro lado, a concretização das restrições legais aos direitos fundamentais constitucionalmente autorizadas terminasse por esvaziá-los. Disse Ellen Gracie que as restrições legais não podem servir de instrumento de grupos que, sob pretextos políticos variados, busquem estrangular ou alijar os direitos fundamentais gerados pelo constituinte originário, pois aquelas (as restrições) servem ao exercício equilibrado, justo, possível e real destes últimos (os direitos fundamentais). **Por tudo isso, considerou a utilidade do juízo de proporcionalidade ou de razoabilidade no exame da norma restritiva de direito fundamental, que deve passar pelo crivo dos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.**

Desse modo, Ellen entendeu que a expressão “atendidas as qualificações” contida no inc. XIII do art. 5º da CF/88 deveria ser entendida como restrição legal estritamente indispensável, ou seja, cuja ausência tornaria o exercício individual do direito um verdadeiro risco aos demais integrantes da coletividade.

Fazendo menção ao parecer do Min. Eros Grau, Ellen Gracie disse que a exigência de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista era, sem dúvida alguma, restrição estatal inadequada, desnecessária e desmedida.

Justificou que não era a ausência de qualificações técnicas específicas da atividade jornalística que poderia causar danos à coletividade, mas o modo com que o profissional da comunicação lidará com os fatos, a verdade, a moral e a ética, seu grau de responsabilidade, argúcia e comprometimento com o bom-senso e a seriedade.

Citando o parecer do Ministro Eros Grau, para quem o risco de dano proveniente da atividade do jornalista não era *um risco inerente a atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista freqüente regularmente um curso de formação profissional, no qual deva obter aprovação, entendeu a Ministra Ellen que a restrição legal examinada, advinda de outros tempos, não se compatibilizava nem com o direito fundamental da liberdade de exercício profissional,*

nem com a restrição legal constitucionalmente autorizada, intrinsecamente ligada à indispensabilidade de qualificações específicas para o exercício da profissão.

3.2.7 Ministro Celso de Mello¹¹⁸

Cabe aqui observar que o Ministro Celso de Mello não inseriu seu voto no acórdão publicado pelo STF, entretanto, votou com o Relator e, fazendo uma análise histórica das constituições brasileiras desde o Império até os dias atuais, nas quais sempre foi ressaltada a questão do livre exercício da atividade profissional e acesso ao trabalho, asseverou que “*a regra geral é a liberdade de ofício*”. Citando vários projetos de lei em tramitação no Congresso que tratam da regulamentação de diversas profissões, como modelo de passarela, design de interiores, detetives, babás e escritores, disse que “todas as profissões são dignas e nobres”, porém a Constituição da República deveria ser observada.

3.2.8 Ministro Marco Aurélio¹¹⁹

Sendo voto vencido, o Min. Marco Aurélio, de início, alegou que, “em um momento em que o País goza de liberdade maior na arte da expressão”, pretendia-se enxergar, naquele decreto, “inconstitucionalidade”, principalmente, conflitando com o disposto no art. 220 da CF/88.

Marco Aurélio argumentou que não conseguia conceber, sob o ângulo formal, inconstitucionalidade superveniente, no caso em julgamento, uma vez que “nesses quarenta anos, a sociedade se organizou visando a dar cumprimento ao decreto-lei”. Segundo ele, muitas faculdades surgiram, nos vários estados brasileiros, oferecendo

¹¹⁸ O Min. Celso de Mello não inseriu seu voto no acórdão. As informações contidas nesse tópico foram obtidas no Site do STF, seção notícias: disponível em www.stf.jus.br/noticias/asp. Acessado em 12.01.2010.

¹¹⁹ STF, RE nº 511.961/SP, Ministro Marco Aurélio, fls. 821/826.

curso de nível superior em comunicação, porém, sendo enfático em relação ao objeto do julgamento dos recursos extraordinários, disse, in verbis:

E agora chegamos à conclusão de que passaremos a ter jornalistas de gradações diversas, jornalistas diploma de nível superior - e parece que, na quadra atual, se mitiga muito a importância de contar-se com diploma de nível superior – e jornalistas que terão, de regra, o nível médio e, quem sabe, até apenas o nível fundamental.

Senhor Presidente, repito, a quadra vivenciada revela liberdade maior de expressão. Não estamos em época de cerceio à liberdade que encerra também o dever de informar e bem informar a população. Tenho presente o artigo 220 da Constituição Federal, especialmente a referência constante do § 1º desse mesmo artigo 220.

É certo que nenhuma lei conterà - segundo esse § 1º - dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, mas o próprio preceito remete ao rol das garantias constitucionais. Ao fazê-lo, há alusão aos incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º da Carta da República.

Vem-nos justamente do inciso XXII a referência ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas, também, a remessa ao atendimento das qualificações profissionais que a lei - e aqui, ante o decreto-lei em exame, vejo referência a diploma normativo, abstrato, autônomo - estabelecer. (fl. 821/822)

Na sequência, o Ministro enfatizou que a profissão em comento, hodiernamente, era “um segmento profissional organizado, com sistema sindical próprio”, e fez interessante observação:

Penso que o jornalista deve deter formação, uma formação básica que viabilize a atividade profissional no que repercute na vida dos cidadãos em geral. Ele deve contar - e imagino que passe a contar, colando grau no nível superior – com técnica para entrevistar, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva publicar no veículo de comunicação, alfim, para prestar serviço no campo da inteligência.

Quando se concebe - como se concebeu em 1969 - a exigência do curso superior e quando se admite essa exigência, fazendo-o no campo da opção político-normativa, tem-se em vista a prestação de serviço de maior valor, de serviço que sirva, realmente, à formação de convencimento sobre temas, passando-se, até, a contar com orientação na vida gregária. **É possível erro nesse campo? É possível mesmo se detendo curso superior, como é possível erro no campo da Medicina, no campo do Direito, como é possível erro mesmo no âmbito desta Corte, já que a Justiça é obra do homem, sendo passível de falha.** (grifou-se) (fl. 823)

Sintetizando seu pensamento, Marco Aurélio arrebatou dizendo:

A existência da norma a exigir o nível superior implica uma salvaguarda, uma segurança jurídica maior quanto ao que é versado com repercussão ímpar, presentes aqueles que leem jornais, principalmente jornais nacionais. (fl. 824)

Por fim, o Min. Marco Aurélio acrescentou que não via conflito a ponto de declarar-se inconstitucional o § 5º do artigo 4º do Decreto-Lei nº 972¹²⁰ e, mencionando inclusive o disposto no art. 2º do referido decreto¹²¹, o qual dispõe quais são as atividades privativas do profissional de jornalismo. Asseverou ainda que para o exercício de tais atividades, acreditava que havia nas “grades, nos currículos das faculdades, o direcionamento do ensino a um domínio básico, que será aprimorado posteriormente, tendo em conta as diversas áreas do saber, as diversas áreas da inteligência”.

Portanto, após essas considerações, pedindo vênias ao Relator e demais colegas que o acompanharam, o Min. Marco Aurélio, cuja “sina quase sempre é divergir”, conheceu do recurso e negou-lhe provimento.

¹²⁰ O Ministro quis dizer “ o inc. V do art. 4º do Decreto-Lei nº 972.

¹²¹ Art 2º A profissão de jornalista compreende, privativamente, o exercício habitual e remunerado de qualquer das seguintes atividades:

- a) redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário;
- b) comentário ou crônica, pelo rádio ou pela televisão;
- c) entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falada;
- d) planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada;
- e) planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata a alínea " a ";
- f) ensino de técnicas de jornalismo;
- g) coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação;
- h) revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional e a adequação da linguagem;
- i) organização e conservação de arquivo jornalístico, e pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
- j) execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação;
- l) execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico.

CONCLUSÃO

Como se pôde observar, não é tarefa fácil determinar se determinada profissão deve ser exercida como total liberdade ou deve ter restrições legais, pois, às vezes, referidos obstáculos podem colidir com outros direitos constitucionais.

Era o caso do julgado do STF em que havia um conflito entre normas constitucionais e infraconstitucional. De um lado, a liberdade de expressão e de informação. Do outro, a liberdade de exercício de uma profissão, restringida por uma norma infraconstitucional, restrição essa que atingia a primeira. Sobre tal tema, há de se reconhecer que nem sempre uma decisão possui o grau de certeza para que se diga que foi a mais justa para o caso apresentado. Diversas vezes o Poder Judiciário se encontra em um dilema, buscando decidir em face de informações incompletas ou de incertezas jurídicas.

Em caso de colisão entre direitos fundamentais, verificou-se que o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado para resolver o conflito, buscando sempre a melhor solução de modo a não esvaziar o direito tutelado.

Em outro giro, sobre os direitos elencados na decisão do STF, destaca-se que a liberdade de expressão, principalmente sobre política e questões públicas, tem-se que aquela é o suporte vital de qualquer democracia. Na democracia, a regra primordial é não controlar o conteúdo da maioria dos discursos escritos ou verbais.

A democracia depende de uma sociedade civil educada e bem informada cujo acesso à informação vem permitir a participação plena na vida pública da sua sociedade e com direito a fazer críticas aos órgãos gerenciadores do Estado contra suas políticas insensatas e tirânicas. Assim, verifica-se que todos reconhecem que a democracia depende de acesso mais amplo possível a ideias, dados e opiniões não sujeitos a censura.

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988, e constitui um verdadeiro “termômetro” no Estado Democrático. Sendo a liberdade de expressão cerceada, o Estado torna-se autoritário. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle de atividade governamental e do próprio exercício do poder. Desse modo, cumpre

ressaltar que a Constituição Brasileira assegura que todos, sem distinção e sem quaisquer restrições, terão direito a livre manifestação do pensamento e à liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença, bem como aduz que é livre o exercício do trabalho, ofício ou profissão, salvo restrições previstas em lei ordinária. Desse modo, indaga-se qual seria o melhor e mais amplo meio de manifestação e expressão do pensamento.

A resposta a tal indagação, na sua maioria, será a imprensa. Daí, ocorre um conflito aparente de normas constitucionais, tendo em vista que, a mesma Constituição que garante a livre manifestação do pensamento que se dá de maneira mais efetiva por meio da imprensa, também permitia que um decreto exigisse qualificações profissionais para o exercício da profissão como a de jornalista. Todavia, como já mencionado, o conflito era apenas aparente, fato confirmado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão analisada.

Como visto, em relação ao jornalismo, entenderam a maioria dos ministros que é uma atividade intelectual, desprovida de especificidade para exigir diploma para seu exercício. Disseram que é técnica e não ciência. Para os ministros, o jornalista, é aquele que, imbuído de espírito informador, escreve e publica textos sobre vários conteúdos relatando de situações quotidianas até experiências científicas inovadoras. O mercado tem exigido a cada dia maior especialização dos jornalistas, como aqueles que escrevem sobre política, economia, literatura e ciências médicas. O profissional se vê mergulhado em informações técnicas específicas, as quais exigem conhecimento aprofundado impossíveis de se entender numa entrevista. Portanto, concordamos com o Relator Min. Gilmar quando diz que o próprio mercado deverá se encarregar de exigir a qualificação daquele pretendo candidato à vaga, dando a devida importância à especialização.

Por outro enfoque, os meios de comunicação, visando informar melhor seu público, passaram a procurar profissionais de áreas diversas da comunicação social e introduzi-los no sistema, de forma a viabilizar a publicação de textos com conteúdo elaborado por profissional formado na área específica. Assim surgiram, por exemplo, economistas que escrevem sobre cenário econômico mundial, matéria que o profissional formado em jornalismo não conheceu na faculdade. O jornalista deve possuir formação cultural sólida e diversificada, o que não se adquire apenas com frequência à faculdade.

Observamos ainda que um profissional tido como completo é aquele que soma à condição de economista, por exemplo, a condição de comunicador social. Este sim pode agregar os valores da economia e as técnicas de redação e publicação do texto. No entanto, não se pode exigir daquele que se dispõe a manifestar seu pensamento, a formação de comunicador, isto pelo menos enquanto lei ordinária regulamentadora, baseada na proteção do interesse público, não for publicada. Merece, ainda, salientar que, uma eventual lei regulamentadora da profissão, não poderá conter dispositivos que possam constituir em embaraço à plena liberdade de informação jornalística, conforme prevê o artigo 220, da Carta Magna.

O decreto, considerado não recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal, é fruto de um período ditatorial, onde qualquer expressão de pensamento que não fosse a governista era proibida. Daí a justificativa da exigência de curso superior, o que dificultava em muito a condição de jornalistas, já que poucos brasileiros conseguiam chegar às universidades. A exigência potencializava o controle das informações divulgadas pela imprensa, impedindo as publicações que se opunham ao regime militar.

Hodiernamente, a sociedade brasileira vive situação um tanto quanto diversa. Uma democracia que se preze não pode coibir seus cidadãos de manifestar seu pensamento, exigindo para que se publiquem artigos, a formação em comunicação social.

O STF considerou que a exigência prevista no decreto, a qual se negou recepção, era irrazoável e desproporcional, considerando que a profissão de jornalista não poderia ser regulamentada sob o aspecto da capacidade técnica, eis que não pressupõe a existência de qualificação profissional específica, indispensável à proteção da coletividade, diferentemente das profissões técnicas.

Devemos assim considerar que um bom jornalista não é aquele que cursou uma faculdade, mas sim aquele que tem a seu favor os requisitos do bom caráter, ética e o conhecimento sobre o assunto abordado.

Em última análise, a decisão do STF abre espaço para que outras atividades também possam questionar a necessidade legal de exigência de um diploma. Mas, a decisão do Supremo, agradando ou desagradando, foi tomada, e a pedido da

sociedade. Desse modo, reforça-se que o STF, na sua decisão, entendeu que a exigência do diploma de jornalismo afrontava a liberdade de manifestação e de expressão do pensamento, pois essa liberdade é um direito fundamental protegido pela Constituição.

Indaga-se o porquê de tal posição. A resposta é simples: “o Poder Judiciário é o poder que tem a missão constitucional de dizer se uma lei é ou não contrária à Constituição”. Cumpriu a sua missão. Nada mais.

Por tudo que foi exposto, diante de tantas ponderações e posicionamentos sobre a decisão do STF, entende-se que qualquer que fosse a resolução da celeuma, o lado perdedor e o ganhador seria sempre a democracia, pois permitiu que tal fato acontecesse.

Ao fazer esse questionamento através dos demandadores das ações, a sociedade brasileira pôde exercer seu direito de liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Não vai ser a falta ou a exigência de um diploma que vai impedir os membros da sociedade de expressar com liberdade o seu pensamento. Isso é democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p.55.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Coleção de Leis Editora Saraiva**. Vade Mecum. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 972/69. **Coleção de Leis Editora Saraiva**. Vade Mecum. 4ª ed., São Paulo

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO LEITE, Fábio. **Estado de Direito e os limites aos limites à liberdade de profissão**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, vol. 3, nº 6, pg. 45-62, Julho-Dezembro de 2006: arquivo em pdf, disponível em [HTTP://domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/24_130.pdf](http://domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/24_130.pdf). acessado em 24/05/2010.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos – a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FERREIRA, Emanuel de Mello. **Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação**. Disponível em <http://www.scribd.com/doc/26429715/Emanuel-de-Melo-Ferreira-Colisao-de-Direitos-Fundamentais-e-Ponderacao>. Acessado em 20.05.2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

STIEFELMANN LEAL, Roger. **Atividade profissional e direitos fundamentais: breves considerações sobre o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 81, p.10-29, out./nov., 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/artigos/roger-rev81. Acessado em 14/05/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> ou <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643> – acessado em 12/02/2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Disponível em <http://trf3.jus.br>. Acessado em 01.12.2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.