

4. Artigo

LIMITES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO

André Luis Nacer de Souza*

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, pretendemos analisar, partindo-se de estudos doutrinários e da jurisprudência do STF, os limites constitucionais do direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Para isso, esposamos, sinteticamente, o conceito de liberdade e, em seguir, explicamos a abrangência do direito ao livre exercício profissional. Após, analisamos os requisitos constitucionais para a imposição de limitações ao referido direito. Ao final, apresentamos uma síntese das nossas conclusões.

2 LIBERDADE

A terminologia "liberdade" pode ser conceituada sobre vários ângulos e por diferentes ciências sociais, tratando-se, evidentemente, de um conceito extremamente vago e subjetivo. Cremos, a propósito, que a tarefa de conceituá-la está mais próxima do filósofo do que do jurista.

O presente trabalho, contudo, deve examinar a "liberdade" sob o seu aspecto jurídico, por ser essa a questão que nos interessa.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Candida da Cunha Ferraz (1978, p. 6), liberdade é o "Poder de autodeterminação por força do qual o homem escolhe sua conduta pessoal".

Segundo José Cretella Junior (1974, p. 22), "Em seu sentido mais amplo, liberdade natural é a possibilidade máxima de expansão física e intelectual do ser humano, faculdade de autodeterminação, que cada um tem, de optar por este ou aquele comportamento".

José Afonso da Silva explica que "O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade" (2011, p. 233). Depois, acrescenta: "Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal".

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 24ª Região. Pós-graduando (*latu sensu*) em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Atuou como Analista Judiciário - Área Judiciária e Assessor de Desembargador no TRT da 2ª Região (SP).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tem um conceito de liberdade bastante interessante no seu artigo 4º:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Há, ainda, autores que costumam mencionar um conceito "antigo" e um conceito "moderno" de liberdade, tais como Jorge Miranda (2000, p. 14), que sintetiza que "Para os antigos, a liberdade é, antes de mais, participação na vida na Cidade; para os modernos, antes de mais, realização da vida pessoal".

Segundo Celso Lafer, a ideia de liberdade antiga "está relacionada com a experiência da democracia ateniense dos séculos V e IV a.C." e significa

[...] distribuição democrática do poder entre os cidadãos que participam da feitura das leis, em virtude do acatamento pela comunidade política, dos princípios de isonomia e isegoria que asseguram aos seus membros igualdade na elaboração e aplicação das normas. Trata-se, em síntese, de uma ativa liberdade de participação na polis, graças à presença do cidadão na praça pública (LAFER, 1980, p. 12-13).

Daniel Sarmento também faz essa distinção ao mencionar a liberdade "na praça", relacionada à liberdade do cidadão em participar da formação da vontade do Estado (aquela experimentada pelos gregos antigos), e a liberdade "no jardim", relacionada à liberdade do indivíduo em suas relações privadas sem a intervenção estatal (o ideal almejado pelos burgueses). A primeira é identificada pelo autor como "autonomia pública ou soberania popular" (SARMENTO, 2010, p. 144); a segunda como "autonomia privada", que, segundo ele, quer dizer "a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual" (SARMENTO, 2010, p. 142).

Segundo José Afonso da Silva (2011, p. 232), liberdade não é a ausência de coação, mas sim a ausência de coação imoral e ilegítima. "Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe".

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Candida da Cunha Ferraz (1978, p. 17-18),

[...] a única coisa que pode autorizar os homens, individual ou coletivamente, a tolher a liberdade de ação de algum de seus semelhantes é a proteção a si próprio. A única razão legítima que pode ter uma comunidade para proceder contra um de seus membros é a de impedir que prejudique os demais. Não é razão suficiente para tanto apenas o bem físico ou moral deste indivíduo.

Segundo Jorge Luiz Souto Maior,

A liberdade, em uma acepção moderna, é vista num sentido negativo, do não-impedimento [...] ou, mais precisamente, a liberdade é o espaço deixado pela não interferência da lei, isto é, a liberdade está na esfera do que sobra dos comandos obrigatórios e das proibições legais (SOUTO MAIOR, 2000, p. 76).

Nesse contexto, definimos a liberdade como sendo a prerrogativa do indivíduo de adotar o comportamento que bem entender, limitado, apenas, pela lei, que deverá conter justificativa

adequada, interferir o mínimo possível no seu comportamento e ser elaborada mediante a participação livre de todos.

A limitação da liberdade pela lei se justifica porque determinados atos do homem acarretarão consequências não apenas sobre si próprio, mas também a outros homens ou à coletividade em geral. Diante disso, faz-se necessário limitar o comportamento humano que atinge a esfera de outro indivíduo, tarefa essa que cabe ao Estado, que criará normas genéricas e abstratas impondo limites ao poder de atuação de cada um.

A grande questão – e que, inclusive, influencia na problemática deste trabalho – é definir quais limites devem ser impostos pela lei ao comportamento do indivíduo em suas relações privadas (o conceito "moderno de liberdade"; a "liberdade na praça"); ou, nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior (2000, p. 76), "o problema de se estabelecer qual o tamanho da esfera do permitido, pois por ela se definirá a liberdade".

A luta entre a liberdade e a autoridade é inerente à história da vida do homem em sociedade. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Candida da Cunha Ferraz (1978, p. 11), por

[...] liberdade se entendia a proteção contra a tirania dos governantes políticos. Estes (exceto em algumas cidades democráticas da Grécia) pareciam encontrar-se numa posição necessariamente inimiga do povo que governavam. Naqueles tempos, o governo era exercido geralmente por um homem, uma tribo ou uma casta, que fundamentavam sua autoridade no direito de conquista ou de sucessão, mas nunca no assentimento dos governados [...].

Também eles afirmam que todos os sistemas de governo podem ser reduzidos a uma só fórmula: contrabalancear a autoridade pela liberdade e vice-versa (FERREIRA FILHO; GRINOVER; FERRAZ, 1978, p. 23).

E desse resultado, obtém-se um Estado autoritário ou liberal.

A conquista da liberdade foi a liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização da sua personalidade: econômicos, sociais, políticos.

Hoje é função do Estado promover essa liberdade. E, segundo a atual concepção de Estado e de liberdade, essa promoção se dará mediante a coordenação entre a imposição de restrições à liberdade de modo a preservar a liberdade comum.

Os limites que devem nortear a atuação do Estado na restrição das liberdades – ou na autonomia privada – é a questão chave deste trabalho, pois o que está em discussão é, justamente, quais os limites da intromissão estatal, através de lei, na liberdade de ação profissional.

3 LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO

3.1 Breve histórico

O homem sempre trabalhou. Primeiro, para obter seus alimentos; depois, para defender-se, fosse de animais ferozes ou de outros homens.

Com o tempo, passou a escravizar os adversários para gozar do seu trabalho.

E, assim, a escravidão dos povos mais fracos foi força de trabalho durante séculos e séculos, pelas mais variadas justificativas. Recebeu seu mais duro golpe com a Revolução Francesa.

A servidão era outra forma de trabalho em que o indivíduo não dispunha da sua liberdade. Os servos, característicos dos regimes feudais, tinham direito de herança sobre animais, mas eram submetidos a várias restrições e a elevados tributos que os deixavam presos ao senhores feudais. O regime foi desaparecendo no fim da Idade Média, até ser sepultado com a Revolução Francesa.

Para fugir da servidão, muitos servos deixaram o campo e fugiram para as cidades. Lá, passaram a desenvolver diversas atividades profissionais.

Com isso, alguns profissionais, munidos de interesses comuns, uniram-se, surgindo as primeiras "Corporações de Ofício". Tudo isso ocorria na Europa, especialmente na França, na Espanha e na Alemanha e, inclusive, na Inglaterra SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANA, 1991, p. 31).

Segundo Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão e Segadas Viana (1991, p. 31),

O homem que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra, tirando como proveito próprio a alimentação, o vestuário e a habitação, passara a exercer sua atividade, sua profissão em forma organizada, se bem que ainda não gozando da inteira liberdade. É que, senhor da disciplina, não só profissional, mas também pessoal do trabalhador, surgia a figura do "mestre".

O "mestre", nas corporações de ofício, mantinha rigorosa disciplina, inclusive dentro do domicílio dos demais trabalhadores – os "companheiros" e os "aprendizes", em ordem hierárquica –. Em troca, o "mestre" pagava salário, prestava socorro em caso de doenças e garantia o monopólio da profissão, pois só podiam exercê-la os membros das Corporações.

As Corporações estabeleciam suas próprias e rígidas regras para seus trabalhadores. Eram, também, detentoras de privilégios concedidos pelos reis, interessados no enfraquecimento dos senhores feudais.

Quando da sua completa extinção, já se apresentavam como uma forma mais branda de escravidão.

O fim das corporações veio com a Revolução Francesa, quando ocorreu a ascensão burguesa ao poder, que necessitava de mão-de-obra livre. O capital precisava que as pessoas estivessem livres para venderem a sua mão-de-obra e, por isso, a "liberdade de trabalho" era fundamental. Aqui, portanto, foi o marco inicial da liberdade do trabalhador – considerada no aspecto restrito de exercer o trabalho que quisesse, não se preocupando, contudo, se existiam efetivas opções para o trabalhador –.

Não havia, porém, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, qualquer previsão específica sobre a liberdade de trabalho. A Constituição Francesa de 1791 também não o fez.

Porém, antes mesmo da Constituição Francesa, foi editada a "Lei Chapelier" em 17/03/91, de autoria do seu patrono, que proibiu a coalizão de cidadãos, inclusive os "empresários, os que tem estabelecimentos abertos, os operários e oficiais de qualquer arte", extinguindo as corporações de ofício.

Essa lei é, por muitos, considerada o marco da liberdade de trabalho no Estado moderno – embora não seja inútil lembrar que, pelo teor da mesma lei, ficavam proibidos os sindicatos; ou seja, a lei era "liberal" para os interesses burgueses, mas opressora aos interesses proletários –.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece no seu artigo 23: "Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego". Também há previsão da liberdade profissional no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 6º, item 1).

3.2 Liberdade de trabalho no Brasil

A atual Constituição prevê, no seu artigo 5º, XIII, que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Vejamos, por outro lado, como a liberdade de trabalho foi expressa nas constituições anteriores.

A primeira Constituição do país, a de 1824, limitou-se a proibir as corporações de ofício - que já eram poucas -.

A segunda constituição brasileira, já sob a égide do Estado Republicano, de 1891, garantiu o "livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial" (artigo 127, § 4º).

Note-se que ambas não exigiam qualquer pressuposto de capacidade para o exercício profissional. E isso se explica porque, sendo um país até então predominantemente agrícola, era pequeno o número de profissões.

A Constituição de 1934, entretanto, trouxe as primeiras restrições, conforme se verifica do artigo 113, 13: "É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público".

A de Constituição de 1937 assim dispôs no seu artigo 122, 8: "A liberdade de escolha de profissão ou do gênero do trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei".

A de 1946, por sua vez, estabelecia no artigo 141, § 14: "É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

Por fim, a Constituição de 1967 trazia, em artigo 153, § 23, o seguinte: "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer".

3.3 Conceito

A "liberdade de trabalho" ou a "liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão" é direito declarado no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, e pode ser definida como a liberdade do ser humano em desempenhar qualquer atividade laborativa profissionalmente. Tem inspiração na autonomia de vontade das partes e na liberdade contratual – alicerces do primado liberal básico –.

Sua importância se revela tanto ao indivíduo, por ser um aspecto essencial de sua existência, de sua vontade e da sua felicidade, quanto ao modo capitalista de produção.

A terminologia também é fruto de discussões. A título de exemplo, José Afonso da Silva (2011, p. 257) não chama de "liberdade de trabalho" porque, segundo ele, "essa terminologia não exprime bem a sua essência e porque não constitui direito social do trabalho". Ele prefere chamar de "liberdade de exercício de ofício e de profissão", consoante o enunciado do artigo 5º, XIII.

Com a devida vênia ao ilustre constitucionalista, dele discordamos apenas num aspecto: quanto às denominações "liberdade de trabalho", "liberdade de profissão" e "liberdade de qualquer trabalho, ofício e profissão", a despeito de essa última ter sido adotada pelo constituinte, cremos

que todas são corretas e, como o próprio autor adverte, não se confundem com o "direito ao trabalho", razão pela qual, neste trabalho, adotamos as três nomenclaturas.

No mais, tem razão o citado autor quando diz que a liberdade de trabalho é um direito individual, consistente na liberdade do indivíduo em escolher sua profissão, num aspecto amplo, e que não se trata, portanto, de direito social, porque ela não garante o direito "ao trabalho", "à profissionalização" ou "à educação profissional", por exemplo – esses, sim, direitos de cunho social –.

A liberdade de trabalho tem por escopo primário a proibição de que o Poder Público constranja o indivíduo a escolher uma ou outra profissão. E, como direito individual, não se importa se há condições materiais de o indivíduo alcançar a qualificação necessária para o exercício da profissão – a norma apenas o declara –. É uma liberdade, portanto, "formal", o que, obviamente, não retira a sua grande importância.

José Cretella Junior (1974, p. 198), ao explicar o que ele chama de "liberdade de escolha de emprego", afirma que, de acordo com tal direito, "o homem escolhe livremente o emprego, público ou privado, disputando as vagas e obtendo-as na razão direta de suas aptidões. Ninguém o obriga a aceitar este ou aquele emprego".

A liberdade de trabalho está intimamente ligada ao projeto de vida adotado pelo indivíduo. Há, portanto, estreita ligação com a dignidade da pessoa humana.

Tal direito somente pode ser limitado por lei que venha a estabelecer qualificações mínimas ao exercício da profissão, conforme se infere da literalidade do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal.

Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, sendo certo que somente à União cabe legislar sobre condições para o exercício de profissões (artigo 22, XVI).

3.4 Abrangência

Quais aspectos estão abrangidos no conceito de "liberdade de trabalho"?

Segundo Jorge Miranda (2000, p. 499), a liberdade de trabalho, em sentido amplo, compreende o seguinte:

- 1) Positivamente, a liberdade de escolha e de exercício de qualquer gênero ou modo de trabalho que não seja considerado ilícito pela lei penal – possua ou não esse trabalho carácter profissional, seja típico ou atípico, permanente, temporário ou sazonal, seja independente ou subordinado, esteja estatutariamente definido ou não;
- 2) negativamente, a interdição do trabalho obrigatório, a impossibilidade de o Estado vincular quem quer que seja a certo gênero de trabalho, profissional ou não, a certo e determinada empresa ou a certo trabalho em concreto.

Prosseguindo, o jurista português faz uma interessante diferenciação entre a liberdade de *escolha* e a liberdade de *exercício* de qualquer profissão (MIRANDA, 2000, p. 500-502).

Segundo ele, a liberdade de *escolha* de profissão alcançaria: 1) o direito de escolher livremente, sem impedimento ou discriminação, qualquer profissão; 2) direito de acesso à formação escolar correspondente; 3) direito de acesso à aprendizagem ou à prática profissional necessária; 4) direito de acesso aos requisitos necessários à promoção na carreira profissional; 5) direito de escolher uma especialidade profissional e de receber as qualificações necessárias; 6) direito de mudar de profissão.

A liberdade de *exercício* de qualquer profissão, por outro lado, abrange: 1) direito de obter sem discriminação as habilitações legais, que não somente as escolares, para o exercício da profissão; 2) direito de adotar a modalidade jurídica de exercício profissional que prefira; 3) direito de escolher o local onde exercerá a profissão; 4) direito de prática não só dos atos materiais, como dos atos jurídicos atinentes à profissão; 5) inviolabilidade de domicílio profissional; 6) direito de sigilo profissional; 7) direito de inscrição e de não-inscrição nas associações profissionais; 8) direito de não ser privado, senão nos casos da lei, do exercício da profissão.

E, por fim, o jurista português ainda acrescenta que o direito ao trabalho – considerado um direito social a obtenção de um emprego – não pode vir de encontro à liberdade de trabalho, como aconteceria, por exemplo, se o Estado, com o pretexto de efetivar o direito social ao trabalho, impusesse determinava atividade a um indivíduo (MIRANDA, 2000, p. 498).

Já para Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013, p. 506), a liberdade abrange,

em termos gerais e não exaustivos: (a) a possibilidade de escolher (ou não) qualquer profissão, trabalho ou ocupação; (b) a garantia do livre exercício da profissão, trabalho ou ocupação escolhido; (c) igualdade de condições de acesso à profissão escolhida, desde que preenchidos os requisitos legais.

Em complemento a essas conclusões, entendemos inseridos no conceito de "liberdade de trabalho" os seguintes aspectos:

- 1) o direito de escolher livremente, sem impedimento ou discriminação, qualquer profissão;
- 2) o direito de não ser compelido a exercer qualquer ofício ou profissão, ressalvados, por própria disposição constitucional, o serviço militar obrigatório (artigo 143 da Constituição Federal)
- 3) o direito de acesso democrático à formação escolar disponibilizada pelo Estado, observando-se a quantidade de vagas, que devem ser preenchidas por critérios objetivos e não discriminatórios, não podendo limitar-se a determinada classe social o direito de qualificar-se profissionalmente;
- 4) direito de acesso democrático aos requisitos necessários à promoção na carreira profissional, novamente para evitar-se que isso seja privilégio de determinado grupo ou classe;
- 5) o direito de mudar de profissão;
- 6) o direito de obter sem discriminação as habilitações legais, que não somente as escolares, para o exercício da profissão;
- 7) o direito de adotar a modalidade jurídica de exercício profissional que prefira;
- 8) o direito de escolher o local onde exercerá a profissão;
- 9) o direito de não ser privado, senão nos casos da lei, do exercício da profissão;
- 10) o direito de não trabalhar.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. xxx) entende que a atual Constituição Federal não alcança do direito de "não trabalhar", ressaltando que "Embora o texto da Constituição vigente não seja nesse ponto explícito, este parece resultar do que está no art. 1º, IV".

José Cretella Junior (1974, p. 196), em publicação anterior à Constituição de 1988, também entendia que o trabalho não é só um direito, como também um dever.

Não corroboramos tal afirmação. Acreditamos que, no conceito de liberdade de trabalho, está inserido o de não trabalhar - estando o indivíduo sujeito às consequências de tal opção -. A "obrigação" de trabalhar decorre dos regimes fascistas e não se coaduna com o regime democrático. Tanto assim o é que a Lei de Contravenções Penais, que prevê o delito de "vadiagem" (artigo 59), é de 1941, período em que o país tinha um governo fortemente inclinado à ideologia fascista.

3.5 A possibilidade de limitação

O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, ao estabelecer a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", autorizou ao legislador a proceder à limitação da liberdade de trabalho.

Isso se justifica porque o exercício dos direitos fundamentais pode dar ensejo a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção.

As restrições aos direitos fundamentais podem ser diretas ou indiretas. As diretas ocorrem quando o próprio texto constitucional impõe diretamente a restrição, como a limitação à inviolabilidade de domicílio nos casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial (artigo 5º, XI). A restrição indireta é aquela que o constituinte preferiu remeter à lei a sua imposição, como é o caso da liberdade de exercício profissional.

Segundo Gilmar Mendes, essas restrições constitucionais indiretas classificam-se, fundamentalmente, como "restrição legal simples" ou "restrição legal qualificada". Segundo o referido autor,

No primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou o atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição (MENDES, 2012, p. 203).

Fábio Rodrigues Gomes (2008, p. 181) explica que "reserva de lei qualificada" quer dizer que "não basta que a restrição seja inserida no mundo jurídico através de lei formal, mas também que ela (a lei) guarde pertinência temática com a finalidade contida na norma constitucional".

Gilmar Mendes (2014, p. 206) cita como exemplos de "restrição legal simples" os incisos VI (liberdade religiosa), XV (liberdade de ir e vir) e XXIX (propriedade intelectual de inventos industriais), afora outros. Menciona, como exemplos de "reserva legal qualificada", a liberdade do exercício de profissão, além dos incisos XII e XXXVIII do artigo 5º (2014, p. 207).

O STF já decidiu, no Recurso Extraordinário 511.911/SP, relatado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, que o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, ao estabelecer a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", ensejou uma "reserva legal qualificada", corroborando o entendimento doutrinário acima mencionado.

Nessa decisão, o STF julgou inconstitucional a exigência de conclusão do curso de Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

O mesmo autor leciona que, se as liberdades são passíveis de limitação ou de restrição, não se pode perder de vista que tais restrições também são limitadas. Menciona que esses são os chamados "limites dos limites", que decorrem da própria Constituição, e se referem à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Não há regra específica sobre o que seria o núcleo essencial de cada direito fundamental. Isso não é fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito específico, determinado procedimento. Adota-se, para isso, o princípio da proporcionalidade, de modo a proteger o direito fundamental de limitações arbitrárias ou desarrazoadas, bem como contra a lesão ao núcleo essencial de tal direito.

O princípio da proporcionalidade diz respeito à necessidade e à adequação da providência legislativa. Ou seja: o meio utilizado pelo legislador deve ser adequado e necessário ao fim visado. Será adequado se, com a sua utilização, o objetivo pode ser alcançado; será necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, que seja menos restritivo ao direito fundamental objeto de cerceio.

Nesse contexto, ao fixar limites legais à liberdade de profissão, deve o legislador levar em conta o seguinte: a) trata-se de uma "reserva legal qualificada", razão pela qual eventual restrição deve ter em vista a persecução de determinado objetivo; b) deve ser preservado o núcleo essencial do direito fundamental e, para isso, é necessário observar-se o princípio da proporcionalidade, que engloba os critérios de adequação e necessidade.

3.6 Alcance da expressão "qualificações profissionais que a lei exigir"

O exercício de qualquer atividade profissional – ou, em outras palavras, a liberdade de trabalho – transcende os interesses do próprio indivíduo.

Determinas profissões podem causar riscos individuais ou coletivos. Por exemplo: o exercício da profissão de motorista de caminhões, no Brasil, traz inegável risco individual ao empregado, considerando as condições das estradas brasileiras; ao mesmo tempo, se exercido por alguém sem capacidade técnica adequada ou sem os cuidados que a profissão exige, acarretará relevante risco de danos à coletividade.

Torna-se necessário, portanto, assegurar que, na atual sociedade de consumo de massa, os profissionais tenham capacidade técnica para exercer a atividade profissional por eles disponibilizada à sociedade, sob pena de colocar em risco vida dos outros indivíduos.

Os exemplos mais claros dessa necessidade são, certamente, as profissões de médico ou de engenheiro. Um médico sem conhecimento técnico específico inevitavelmente causará danos à saúde do seu paciente; da mesma forma, um engenheiro desqualificado irá se responsabilizar por obras e construções que, se defeituosas, colocarão em risco a vida de um número indefinido de pessoas.

Por conta disso, tornou-se necessária a implantação de limites para o exercício de determinadas profissões. E, no Estado de Direito, essa limitação só pode ser feita pelo Poder Legislativo, órgão dotado de legitimidade para tal, sendo impossível, portanto, que a limitação seja procedida por mero ato administrativo.

Não é por menos, aliás, que o exercício ilegal da profissão é contravenção penal (artigo 47 da Lei das Contravenções Penais) e, no caso do médico, do farmacêutico e do dentista, é crime, tipificado no artigo 282 do Código Penal, tamanho é o risco que um profissional despreparado tecnicamente pode causar à coletividade.

Torna-se necessário, portanto, estabelecer o alcance da expressão "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Em primeiro lugar, não há dúvidas de que a lei deve restringir-se a estabelecer qualificações que o indivíduo deve, de alguma forma, adquirir, para exercer determinada profissão.

A propósito, ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 expressamente se refere a "qualificações", não utilizando, portanto, a locução "interesse público", que estava presente até a Constituição de 1937.

Portanto, o "interesse público" não é fundamento para, por si só, justificar violação à liberdade profissional. É necessário que as limitações legais se restrinjam à exigência de qualificação para o exercício da profissão – o que, certamente, em última análise também se destina ao atendimento de um interesse público, qual seja o de evitar danos à coletividade –. Por exemplo: exigência de aprovação em curso de Medicina para o exercício da profissão de médico; de aprovação em curso de Engenharia para o exercício da profissão de engenheiro; etc.

Fundamentos pueris como "interesse público" - assim colocado de uma forma genérica - ou o "grande número de profissionais no mercado" não podem legitimar, de acordo com o artigo 5º, XIII, da CF, restrições à liberdade profissional. Tanto é assim que o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 603.583/RS, que versava sobre a constitucionalidade do exame da OAB, entendeu ser o exame "constitucional" não porque ele atenda ao interesse público ou porque exista um grande número de bacharéis no país, mas sim porque o referido exame se insere no conceito de "qualificações".

O Ministro Marco Aurélio Mello, relator da ação, esposou que

[...] o exame não pode ser considerado, só por si, como qualificação profissional, mas como "avaliação da qualificação" previamente obtida. Prevendo o inciso constitucional uma hipótese de reserva legal qualificada, isto é, de restrição a direito fundamental somente admissível quando vinculada a certo fim, supostamente ausente no caso concreto, haveria a inconstitucionalidade da exigência. O jogo semântico não impressiona. Cabe reformular a alegação, pois o que verdadeiramente contesta o recorrente é a adequação do exame à finalidade prevista na norma maior – assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade.

Há de entender-se a aprovação no exame, sem equívocos, um elemento que qualifica alguém para o exercício de determinada profissão. Qualificar-se não é apenas se submeter a sessões de ensino de teorias e técnicas de determinado ramo do conhecimento, mas sujeitar-se ao teste relativamente à ciência adquirida. O argumento do recorrente não se sustenta: se o exame da Ordem "não qualifica", também não teriam o mesmo efeito as provas aplicadas pelas próprias universidades, as quais são condições essenciais à obtenção do bacharelado. Também elas seriam inconstitucionais? A resposta é desenganadamente negativa. O exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados.

A primeira conclusão, portanto, é que a lei, ao impor restrições ao exercício de determinada profissão, deve limitar-se a estabelecer qualificações que o indivíduo deve, de alguma forma, adquirir, para exercer determinada profissão.

Em segundo lugar – e aqui entra o conceito de "reserva legal qualificada" já acima esposto –, embora seja possível a restrição à liberdade profissional, desde que seja relacionada com a exigência de uma qualificação ao exercício da profissão, é certo que o Legislativo não tem poder ilimitado para exigir toda e qualquer "qualificação" para o exercício de um ofício ou profissão.

Tratando-se de "reserva legal qualificada", deve existir uma "correlação entre o critério escolhido (de natureza eminentemente técnica) e a finalidade que se pretende atingir" (GOMES, 2008, p. 181) – qual seja, a de evitar que um profissional incapaz acarrete danos à coletividade –, de modo a preservar-se o núcleo essencial do direito fundamental, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Portanto, as qualificações exigidas pela lei devem, conforme já ressaltado em julgamentos do STF, guardar ligação com o escopo de evitar danos à coletividade, decorrentes dos riscos de alguém se propor a exercer uma profissão sem conhecimentos técnicos para tanto. No Recurso Extraordinário nº 511.911/SP, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, tal posição se mostrou evidente:

Como parece ficar claro a partir das abordagens citadas, 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, entre outras várias.

O Ministro Gilmar Mendes, nessa mesma decisão, reafirmou que para aferir a constitucionalidade de lei que, ao estabelecer determinada qualificação para o exercício de uma profissão, restrinja a liberdade de trabalho, torna-se necessário verificar se a lei transborda o princípio da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade.

Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013, p. 509), embora entendam que se trate de uma reserva legal simples e não qualificada, esclarecem que a limitação do legislador deverá observar, "a cada caso, dos limites dos limites, ou seja, dos critérios da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, bem como a proteção do assim chamado núcleo duro essencial [...]".

Jorge Miranda (2000, p. 503) ainda acrescenta que as restrições devem ser impostas

não em razão de certa e determinada pessoa, mas em razão de uma pluralidade infinita de pessoas; e como restrições apuradas, segundo padrões igualmente objetivos, por órgãos ou agentes independentes.

No caso em particular da exigência de curso superior de "Jornalismo" para o exercício da profissão de jornalista – objeto do Recurso Extraordinário 511.911/SP –, o Ministro e a maioria do STF entenderam inexistir justificativa legítima para a restrição profissional, mormente porque o exercício da profissão de jornalista sem a aprovação em curso superior de Jornalismo não trará, na opinião desses Ministros, qualquer risco à coletividade.

Um exemplo: a lei exigir que, para o exercício da profissão de médico, tenha o indivíduo cursado Medicina, é seguramente constitucional, porque há correlação entre o critério – cursar

Medicina – e a finalidade da norma – evitar que indivíduos se proponham a cuidar da saúde de pessoas sem conhecimentos técnicos para tanto –.

Mas, ao contrário, uma lei exigir que, para o exercício da profissão de corretor de imóveis, torna-se necessário, como etapa indispensável, o registro nos conselhos regionais de corretores de imóveis, não se está observando o comando constitucional. Foi o decidido pelo STF na Representação 930/DF, cujo relator foi o Ministro Rodrigues Alckmin.

No julgamento deste caso, entendeu o STF pela inconstitucionalidade do dispositivo frente à CF de 67, porque a) a atividade de corretor de imóveis não teria potencial de causar dano a terceiros, inexistindo interesse público a ser tutelado, no caso, e b) porque a restrição à liberdade de trabalho não dizia respeito a qualquer requisito de capacidade técnica para o exercício da atividade de corretor de imóveis.

Esses argumentos foram novamente adotados no julgamento do caso envolvendo os músicos, que só poderiam exercer a profissão após o registro na Ordem dos Músicos, conforme previsão contida no artigo 16 da Lei 3857/6 (RE 441.426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie). Ora, qual perigo trará à sociedade um músico ruim ou mal preparado, de modo a exigir-lhe registro em conselho de classe e submeter-se à fiscalização do mesmo?

No julgamento do Recurso Extraordinário 603.583/RS, que versou sobre a constitucionalidade do exame da OAB, o Procurador Geral da República emitiu parecer que sintetiza a conclusão acima exposta, conforme se vê abaixo:

[...] 4. A locução "qualificações profissionais" há de ser compreendida como: (i) pressupostos subjetivos relacionados à capacitação técnica, científica, moral ou física; (ii) pertinentes com a função a ser desempenhada; (iii) amparadas no interesse público ou social e (iv) que atendam a critérios racionais e proporcionais. Tal sentido e abrangência foi afirmado pelo STF no julgamento da Rp. nº 930 (RTJ 88/760) em relação à locução "condições de capacidade" contida no § 23 do art. 153 da CF de 1967 e reafirmado pelo Plenário da Suprema Corte na atual redação do art. 5º, XIII, da CF (RE 591.511, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.11.09), com a expressa ressalva de que "as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais", e que "a restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional."

Apenas a título de curiosidade, ressalte-se que o PGR opinou pela inconstitucionalidade do exame da OAB, opinião essa que não foi acolhida pelo STF.

3.7 Outras hipóteses constitucionais de limitação

Há, ainda, outras duas possibilidades de limitação da liberdade de trabalho que, embora não estejam mencionadas expressamente no artigo 5º, XIII, decorrem da própria Constituição Federal.

A primeira é a exigência de concursos públicos para acesso a cargos e empregos públicos. Trata-se de um limite imposto por outra norma constitucional (artigo 37, II) ao livre acesso aos cargos públicos e que se destina a fazer valer outros relevantes princípios constitucionais, como a impessoalidade e a moralidade administrativa.

A segunda se verifica quando o direito ao livre exercício de profissão colidir com outro direito fundamental.

Por exemplo: não é possível que alguém possa exercer profissionalmente atividades como a de "homicida", pois isso atentaria contra o direito à vida constitucionalmente consagrado a todos (artigo 5º, *caput*). Sopesando-se o direito à vida e a liberdade profissional, o legislador privilegiou aquele, estabelecendo a conduta do homicida como crime, não sendo lícita qualquer atividade profissional nesse sentido.

Nesse sentido também lecionam Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013, p. 507), para quem soa "contraditório que se pudesse falar em um direito a exercer ocupação vedada pelo legislador e mesmo cuja prática seja tipificada como crime ou contravenção".

4 CONCLUSÃO

Em razão do acima especificado, concluímos o seguinte:

1) para estabelecer-se restrições ao exercício de determinada profissão – excluindo-se, aqui, a exigência de concursos públicos para acesso a cargos e empregos públicos, exigência essa imposta por outra norma constitucional e destinada a fazer valer outros relevantes princípios constitucionais, como a impessoalidade e a moralidade administrativa –, é necessária a edição de lei formal, conforme estabelecido no artigo 5º, XIII, da CF, não bastando, para tanto, a edição de, por exemplo, um ato administrativo;

2) a lei deverá limitar-se a estabelecer qualificações necessárias que um indivíduo deverá alcançar para o exercício de determinada profissão;

3) a lei não poderá estabelecer qualificações que não sejam destinadas a evitar o perigo de dano à coletividade, devendo, ainda, existir proporcionalidade e razoabilidade entre a qualificação estabelecida e o risco de dano existente;

4) as restrições devem ser gerais, ou seja, destinadas a um número plural de pessoas;

5) há, ainda, a possibilidade de restrição ao livre exercício de profissão quando o referido direito colidir com outro direito fundamental. A título de exemplo, mencionamos não ser possível que alguém possa exercer profissionalmente atividades como de "assassino", pois isso colidiria com o direito à vida constitucionalmente consagrado a todos. Sopesando-se o direito à vida e a liberdade profissional, o legislador privilegiou aquele, estabelecendo a conduta do homicida como crime, não sendo lícita qualquer atividade profissional nesse sentido.

REFERÊNCIAS

CRETELLA JR, José. **Liberdades públicas**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Liberdades públicas** (Parte geral). São Paulo: Saraiva, 1978.

GOMES, Fabio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho**: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LAFER, Celso. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991.