

SEM REVISÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):

Trata-se de recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP (assistente simples), com fundamento no art. 102, inciso III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos da Apelação Cível em Ação Civil Pública nº 2001.61.00.025946-3.

Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública - originada dos procedimentos administrativos nº 1.34.001.002285/2001-69 e nº 1.34.001.001683/2001-68 - com pedido de tutela antecipada, em face da União, na qual defendeu a não-recepção, pela Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII e art. 220, *caput* e § 1º), do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969, o qual exige o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista.

Defendeu o Ministério Público, em síntese, que, se o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, remete à legislação infraconstitucional o estabelecimento das condições para o exercício da liberdade de exercício profissional, não pode o legislador impor restrições

indevidas ou não razoáveis, como seria o caso da exigência de diploma do curso superior de jornalismo prevista no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969. Ademais, haveria, no caso, violação ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

Ao final, o Ministério Público requereu que:

1) seja obrigada a União 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;

2) seja obrigada a União a não mais executar fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau de curso universitário de jornalismo, bem como não mais exarar os autos de infração correspondentes;

3) 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;

4) 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 ações penais, que por lá tramitem, tendo por objeto a apuração de prática de delito de exercício ilegal da profissão de jornalista.

A Federação Nacional dos Jornalistas - FENAJ e o Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo ingressaram na lide na qualidade de assistentes simples da União (ré) (fl. 747), e o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo foi admitido no processo como assistente simples do Ministério Público Federal (autor).

A sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Cível Federal de São Paulo (fls. 883-930) julgou parcialmente procedente o pedido para:

1) determinar que a União não mais exija, em todo o país, o diploma de curso superior de 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, assim como não mais execute fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau universitário de jornalismo, e deixe de exarar os autos de infração correspondentes;

2) declarar 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;

3) que sejam remetidos ofícios aos Tribunais de Justiça dos Estados, 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 do delito de exercício ilegal da profissão de jornalista;

4) fixar multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos, nos termos dos arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347/85, para cada auto de infração lavrado em descumprimento das obrigações impostas na decisão.

Os autos foram então remetidos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em razão do reexame necessário e dos recursos de apelação da União, da Federação Nacional dos Jornalistas - FENAJ, do Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à remessa oficial e aos recursos da União, da FENAJ e do Sindicato dos Jornalistas e reformou a sentença em acórdão cuja ementa possui o seguinte teor (fls. 1580-1613):

"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.

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 as 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."

No voto condutor, o Relator teceu as seguintes considerações sobre cada um dos temas controvertidos no processo (fls. 1601-1611):

"(...) Não se pode ignorar a relevante função social do jornalismo, daí resultando a grande responsabilidade do profissional e riscos que o mau exercício da profissão oferecem à coletividade e ao país. Os danos efetivos, de ordem individual ou coletiva, que o exercício da profissão de jornalista por pessoa desqualificada ou de forma irresponsável pode gerar são incalculáveis. Os bens jurídicos que podem ser afetados são da mesma magnitude que tantos outros direitos fundamentais tutelados, como a vida, a liberdade, a saúde, e a educação. Os riscos não se afastam nem se diferenciam do exercício irregular da advocacia, da medicina, da veterinária, da odontologia, da engenharia, do magistério e outras tantas profissões. (...) Dentro desse contexto, pois, não se pode ter por irrazoáveis os requisitos da qualificação profissional específica (diploma de curso superior) e registro no órgão competente estabelecidos no Decreto-Lei nº 972/69".

"(...)Deve ser ressaltada, ainda, a louvável preocupação do autor com as populações de localidades afastadas, onde não há jornalista, nem possibilidade de acesso à universidade. Contudo, as normas regulamentares citadas não se olvidaram dessas situações extremas. Note-se que nos municípios desprovidos de curso superior em jornalismo e de profissional habilitado, é permitida a contratação de provisionados para o desempenho da função de jornalista sem a exigência de diploma de jornalismo (art.16 do Decreto n.º 83.284/79). Também restou garantido o direito de registro definitivo aos provisionados quando da nova exigência para o exercício da profissão (art. 16 e 17 do Decreto n. 83.284/79 e art. 1º da Lei n. 7360/85), bem como garantido o exercício da profissão sem a formação técnica para as atividades que dela não se necessite (incisos VIII a XI do Decreto n. 83.284/79). Igualmente ressalvado está o permissivo de contratação e remuneração de profissionais de áreas específicas para a produção de matéria afeta à sua especialidade (registro especial ao colaborador - Art. 5º, I, do Decreto n.º 83.284/79)".

"(...)É certo que, com a edição do Decreto nº 678/92 (DJU de 09.11.92), a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, passou a integrar o sistema jurídico nacional. Contudo, com a devida vênua, não vislumbro incompatibilidades entre essa norma internacional e os direitos e garantias já assegurados em nossa Constituição Federal relacionados com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), com a liberdade de expressão (art. 5º, IX), bem assim com a liberdade de informação (art. 220, § 1º), as quais, repito, não se confundem com liberdade de profissão. De qualquer forma, não se pode olvidar que, consoante referido pelo próprio autor em sua inicial (fls. 31), o C. Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido no sentido de que essas normas são recebidas com o status de lei ordinária e como tal submetem-se à supremacia da Constituição Federal. Especificamente no tocante à liberdade de informação, a Constituição Federal, no § 1º do art. 220, não deixa qualquer dúvida de que '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' (grifei). Se o legislador constituinte invocou expressamente a necessidade de observância ao preceito constante do inciso XIII do art. 5º, constando deste a possibilidade de regulamentação de determinadas profissões, evidencia-se, sob pena de contradição ou mesmo de menção inócua e repetitiva, a intenção de ver regulamentada a profissão voltada para a comunicação social, de tamanha relevância na ordem social."

"É certo, de igual forma, que a imprensa configura-se como um importante instrumento da sociedade para a defesa e a manutenção do Estado Democrático de Direito. Por corolário, imprensa e liberdade são termos inseparáveis, sendo inconcebível a existência da imprensa sem a garantia da liberdade de expressão e manifestação de pensamento, quando somente por meio dela a sociedade pode concretizar o direito à informação, tutelado no texto constitucional vigente. É justamente considerando a relevância da questão da imprensa na formação de uma nação e na manutenção de um Estado Democrático é que a profissão de jornalista comporta regulamentação e exigência de qualificação para seu exercício, sem qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Ao contrário, a limitação é permitida no próprio texto constitucional, elevando, inclusive, o princípio da dignidade humana como um de seus principais fundamentos. Por todo o exposto, impõe-se a conclusão que todas as normas veiculadas pelo Decreto-Lei nº

972/69 foram integralmente recepcionadas pelo sistema constitucional vigente, sendo legítima a exigência do preenchimento dos requisitos da existência do prévio registro no órgão regional competente e do diploma de curso superior de jornalismo para o livre exercício da profissão de jornalista. Em consequência, é de rigor o decreto de total improcedência da presente ação, com a cessação da eficácia da tutela antecipada concedida parcialmente."

Contra esse acórdão do TRF-3ª Região, o Ministério Público Federal e o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP interpuseram recursos extraordinários (fls. 1.627-1.642/1.648-1.669) com fundamento no art. 102, inciso III, "a", da Constituição, alegando violação ao art. 5º, incisos IX e XIII, assim como ofensa ao art. 220, da Constituição.

Contra-razões apresentadas pela União (fls. 1.713-1.724), pela Federação Nacional dos Jornalistas - FENAJ e pelo Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo (fls. 1.736-1.769), o recurso extraordinário foi objeto de juízo positivo de admissibilidade em decisão da Vice-Presidência do Tribunal Regional da 3ª Região (fls. 1779-1780).

Em decisão de 16 de novembro de 2006, deferi medida cautelar na AC nº 1.406/SP para conceder efeito suspensivo ao presente recurso extraordinário, nos seguintes termos:

"O recurso extraordinário ao qual se requer a concessão de efeito suspensivo discute matéria de indubitável relevância constitucional, especificamente, a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, o qual dispõe que 'é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer'.

Não se pode negar que o tema envolve, igualmente, a interpretação do art. 220 da Constituição, o qual dispõe 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. § 1º - Nenhuma lei conterá 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'.

A questão constitucional também é objeto do RMS nº 24.213/DF, Rel. Min. Celso de Mello, cujo julgamento foi afetado ao Plenário desta Corte.

O tema referente ao âmbito de proteção e as conformações e limitações legais do direito fundamental à liberdade de profissão e, dessa forma, a questão quanto à recepção ou não do Decreto-Lei nº 972/69 pela Constituição de 1988, foram amplamente debatidos nas instâncias inferiores.

Verifico que o recurso extraordinário foi admitido no tribunal de origem (fl. 8) (Súmula nº 634 do STF).

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 conformação pela sentença de primeiro grau, agora se acham tolhidas em seus direitos, impossibilitadas de exercer suas atividades" (fls. 5-6).

Ante o exposto, *ad referendum* da Turma, defiro a medida cautelar e concedo o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, tal como pleiteado pelo Procurador-Geral da República."

A referida decisão foi referendada pela 2ª Turma do Tribunal em 21 de novembro de 2006 (DJ 19.12.2006), em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

"EMENTA: Ação cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Decisão monocrática concessiva. *Referendum* da Turma. 3. Exigência de diploma de curso superior em Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. 4. Liberdade de profissão e liberdade de informação. Arts. 5º, XIII, e 220, caput e § 1º, da Constituição Federal. 5. Configuração da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*) e da urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*). 6. Cautelar, em questão de ordem, referendada."

Em resumo, a controvérsia constitucional está delimitada por duas teses opostas.

Por um lado, defende o Ministério Público Federal, assim como o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP (recorrentes) que:

- a) o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, pois viola o art. 5º, incisos IX e XIII e o art. 220. Segundo o MPF, "a restrição feita pelo art. 5º, inciso XIII da Constituição Federal, refere-se somente a determinadas profissões, nas quais se exige conhecimentos técnicos específicos para o regular desempenho na atividade, sem acarretar qualquer dano à coletividade, como os profissionais na área de Saúde, por exemplo" (fl. 1657). Afirma, ainda, que "vigora no Brasil a regulamentação das profissões por meio dos Conselhos e Ordens Profissionais, que instaura um 'monopólio' sobre a atividade profissional. A função de tais Conselhos - continua o MPF - decorre do poder de polícia do Estado, sendo seu objetivo principal defender a sociedade também do ponto de vista ético, sendo inseridas no Sistema Nacional de Organização e Condições para o Exercício de Profissões, como pessoas jurídicas de Direito Público. (...) No entanto, tal raciocínio não se aplica à classe dos jornalistas, vez que inexiste, naquele ramo, um Conselho ou uma Ordem Profissional, justamente pelo fato de que tal atividade prescinde de controle ético

por um órgão público, o que acaba sendo realizado pelos próprios leitores das matérias jornalísticas e ainda por editores e outros responsáveis pelas empresas jornalísticas. (...) De fato, a regulamentação de atividades profissionais decorre do poder de polícia do Estado, mostrando-se irrazoável no caso da profissão de jornalista, pois o jornalismo constitui uma atividade intelectual, desprovida de especificidade que exija diploma para seu exercício" (fl. 1658). Conclui então o MPF que "os requisitos principais para ser um bom jornalista, quais sejam, bom caráter, ética e o conhecimento sobre o assunto abordado, não são matérias a serem aprendidas na faculdade, mas no cotidiano de cada indivíduo, nas suas relações intersubjetivas, de forma que o exercício da profissão em comento prescinde de formação acadêmica específica" (fl. 1663).

- b) O art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969, foi revogado pelo art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Segundo o MPF, "qualquer posição que se adote - que o tratado tenha força de lei ordinária ou de norma constitucional - leva à mesma conclusão: de que o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69, foi revogado pelo Pacto de San José da Costa Rica" (fl. 1669).

Por outro lado, a União, a FENAJ e o Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo (recorridos) defendem o seguinte:

a) O Decreto-Lei nº 972, de 1969, é plenamente compatível com a Constituição de 1988. Sustenta a União que "a Constituição Federal pretérita, em seu art. 150, § 23, já dispunha sobre a liberdade de exercício profissional, observadas as condições de capacidade estabelecidas por lei. Tais condições de capacidade foram à época determinadas pelo Decreto-Lei nº 972/69, que condicionou o exercício da profissão de jornalista ao curso superior em jornalismo e o registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social. A Constituição de 1988 também trouxe em seu corpo o princípio da liberdade profissional, em moldes idênticos à Constituição Federal anterior, em seu art. 5º, XIII, (...). Portanto, em termos doutrinários, ambas as disposições constitucionais caracterizam-se como normas constitucionais restringíveis, ou seja, passíveis de regulamentação infraconstitucional, podendo a lei delimitar condições para o exercício das profissões, de acordo com os imperativos do bem comum e em observância dos demais princípios constitucionais" (fl. 1719). No mesmo sentido, afirma a FENAJ e o Sindicato dos Jornalistas que, "por estar o referido Decreto-Lei apenas disciplinando as questões relacionadas com os conhecimentos técnicos e específicos da área de jornalismo, na esteira do que disciplina o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, resta evidente a sua recepção pelo novo ordenamento constitucional vigente".

b) Assim, afirma a União que a alegação de que "a profissão de jornalista não pressupõe a existência de qualificação profissional específica é equivocada, vez que esta profissão requer não apenas leitura, mas igualmente o conhecimento da legislação e preceitos técnicos específicos. Com efeito - afirma a União -, para ser jornalista é necessário mais do que o 'hábito da leitura' ou o exercício da atividade profissional, conforme alegado, o que é comprovado pelo número enorme de matérias específicas estudadas nas Faculdades de Jornalismo, entre elas, a Redação e Edição Jornalística, Pesquisa e Teoria da Comunicação, Ética e Legislação de Comunicação, Relações Públicas e sociologia, dentre muitas outras, todas elas essenciais ao bom exercício da profissão de jornalista" (fl. 1720). Seguindo a mesma linha de raciocínio, a FENAJ e o Sindicato dos Jornalistas afirmam que, "para ser jornalista, é preciso bem mais do que o simples hábito de leitura e o exercício da prática profissional, pois, acima de tudo, esta profissão, além de exigir amplo conhecimento sobre cultura, legislação e economia, requer que o profissional jornalista adquira preceitos técnicos e éticos, necessários para entrevistar, reportar, editar e pesquisar. Ou seja, conhecimentos específicos à profissão é muito além da mera cultura e erudição".

d) Alega a União, ainda, que "por ser o jornalismo profissão umbilicalmente ligada à informação e à expressão de idéias, não se

sustenta também a idéia de que seu exercício por pessoa inepta não prejudicaria terceiros, vez que o conteúdo de informações incorretas ou inverídicas poderia causar lesões à ordem pública, como já comprovaram inúmeros casos notórios" (fl. 1720). Afirmam a FENAJ e o Sindicato dos Jornalistas que "o papel do jornalista no Brasil não é o de qualquer cidadão, 'inapto', pois para o exercício da profissão é ainda necessária a reflexão sobre a informação, a constituição e definição dos fenômenos sociais, tarefa difícil no cotidiano das redações e cuja aprendizagem, de modo adequado e intransferível, ainda é adquirida no curso superior de jornalismo, do qual não se pode abrir mão".

e) Ressalta-se que "não existe nenhum óbice na legislação impugnada que impeça a livre expressão do pensamento e liberdade de informação, vez que a lei não determina que todas as informações tenham necessariamente que ser expressadas por jornalistas, mesmo porque a livre expressão das informações não está restrita ao diploma em jornalismo. Assim, estão previstas na legislação situações nas quais se dispensam a exigência do diploma para o exercício da mencionada profissão. São os casos de colaborador e provisionados, expressamente previstos como exceções que dispensam a exigência do diploma para o exercício da profissão de jornalista, nos termos do art. 5º do Decreto nº 83.284/79. O colaborador, nos termos da lei, produz trabalho de natureza técnica, científica ou

cultural, relacionado com sua especialização, para ser divulgado com seu nome e qualificação. Os provisionados são, por sua vez, os que exercem as funções de jornalismo em localidades nas quais não exista o curso de jornalismo reconhecido na forma da lei. Assim sendo - prossegue a União em sua argumentação -, não estão excluídos dos meios de comunicação outras pessoas que não tenham o diploma de jornalismo, tais como cientistas, intelectuais, outros profissionais e cidadãos, na figura de colaboradores que podem colaborar com artigos, ensaios e críticas, manifestando livremente suas opiniões. Também não descuidou a lei das localidades nas quais não existem faculdades de jornalismo reconhecidas, prevendo nesses casos a figura dos provisionados. Ao abrir essas exceções, a lei, a um só tempo, resguardou a necessidade de requisitos técnicos para o exercício profissional, compatibilizando-o com os princípios constitucionais da livre manifestação de pensamento e de informação" (fl. 1721).

f) Por fim, sustenta a União que "não existe qualquer incompatibilidade face à Convenção Americana de Direitos Humanos, vez que nosso ordenamento jurídico não impõe qualquer obstáculo ao exercício do direito à informação e a legislação reguladora da profissão de jornalista não vai contra qualquer direito humano fundamental, mas sim a favor deles, devendo ser interpretada de forma sistêmica face a outros dispositivos constitucionais e

legais. Assim, a exigência do diploma de jornalismo é um meio de proteção de toda a sociedade, que necessita da informação de qualidade e com responsabilidade, não representando óbice, mas sim resguardo a quaisquer direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos" (fl. 1721). Em complemento, sustentam a FENAJ e o Sindicato dos Jornalistas que "não há no nosso ordenamento jurídico vigente qualquer dispositivo que cause obstáculo ao exercício do direito de informação, pelo contrário, o que existe é simplesmente uma legislação infraconstitucional que zela pelo exercício regular deste direito, a fim de que a sociedade possa continuar caminhando de forma segura para o fortalecimento das instituições democráticas. A exigência do curso superior de jornalismo jamais pode ser interpretada como violação ao direito de informação. Na verdade, por meio desta exigência, o nosso sistema infraconstitucional apenas assegurou maior eficácia a este direito e garantia fundamental, na medida em que visa garantir que a informação seja prestada à população com mais qualidade e respeito aos princípios éticos e profissionais inerentes à profissão de jornalismo. Não se perca de vista que esta legislação também garante o amplo acesso ao direito de informação ao prever em seus dispositivos a participação tanto do provisionado, como do colaborador, que apesar de não possuírem diploma superior de jornalismo, ainda assim poderão contribuir com

a qualidade da informação e com a liberdade de expressão e de pensamento através dos órgãos de imprensa. O advogado, o médico, o engenheiro, etc., em razão das técnicas peculiares às atividades que exercem, devem, antes, cursar as respectivas faculdades. E não é diferente para o jornalista, o qual, além de operador da comunicação, conhecedor não só da palavra e da escrita, deverá, invariavelmente, ser também detentor de uma macrovisão do processo de produção da notícia, requisito este que, igualmente, se adquire nos bancos das universidades".

O parecer do Ministério Público Federal, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Sandra Cureau, é pelo provimento do recurso e está resumido na seguinte ementa:

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNALISTA. CURSO SUPERIOR EM JORNALISMO. I - PRELIMINARES. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. II - MÉRITO. NÃO-RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 972/69 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA E REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE. EXIGÊNCIA DE CURSO SUPERIOR EM JORNALISMO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RAZOABILIDADE. LIBERDADE DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. REVOGAÇÃO DO ART. 4º, V, DO DECRETO-LEI Nº 972/69 PELO DECRETO Nº 678/92 (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA). III - PARECER PELO PROVIMENTO DOS RECURSOS.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):

I. Preliminares

Os recursos extraordinários interpostos pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP preenchem todos os requisitos processuais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, tal como já atestado pelo juízo positivo de admissibilidade recursal proferido pela Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 1.779-1.781).

Em primeiro lugar, os recursos são tempestivos. O acórdão impugnado foi publicado no Diário da Justiça da União - Seção 2, no dia 30.11.2005 (fl. 1614). O Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP, na qualidade de assistente simples do Ministério Público Federal, protocolou seu recurso no dia 13.12.2005 (fl. 1627), mediante o devido pagamento do preparo e atendendo às formalidades legais (fls. 1.643-1.646). O Ministério Público Federal após seu visto de ciência do acórdão no dia 6.2.2006 e, valendo-se do prazo fixado em dobro (30 dias) pelo art. 188 c/c o art. 508 do Código de Processo Civil, protocolou seu recurso no dia 7.3.2006, recurso este que também atende às formalidades legais.

Interpostos os recursos com base na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição, a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores, o que preenche o requisito do prequestionamento.

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.

Assim, verificados os pressupostos de admissibilidade recursal, o que permite o pleno conhecimento dos recursos, cabe analisar, preliminarmente, as questões relacionadas à legitimação ativa do Ministério Público para propositura da ação civil pública, assim como o cabimento ou a adequação deste tipo de ação, temas estes que foram suscitados nas contra-razões da União (fl. 1718).

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública baseada no fundamento da não-recepção, pela Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII e art. 220, *caput* e § 1º), do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969, o qual exige o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Ao final, o Ministério Público requereu que:

- 1) seja obrigada a União 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;

2) seja obrigada a União a não mais executar fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau de curso universitário de jornalismo, bem como não mais exarar os autos de infração correspondentes;

3) 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;

4) 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.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública é evidente. 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 (RE nº 163.231-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.6.2001; RE nº 195.056-1/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30.5.2003; RE nº 213.015-0/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 24.5.2002; RE nº 208.790-4/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 15.12.2000; RE nº 262.134-0/MA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 2.2.2007).

Vale recordar, em primeiro lugar, o precedente do RE nº 163.231-3/SP. Na ocasião, o Ministro Néri da Silveira deixou enfatizado que aquele julgamento abria a primeira oportunidade ao Supremo Tribunal Federal de analisar a fundo a questão da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública. Dizia o Ministro Néri: "*(...) esta, sem dúvida, é a primeira ação dessa natureza submetida a julgamento no Plenário. A questão relativa à legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública está recém chegando ao Supremo Tribunal*".

A ementa desse julgado contém a síntese do entendimento adotado pelo Tribunal:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO *PARQUET* PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

3. **Interesses difusos** são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

4. **Direitos ou interesses homogêneos** são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação."

Como se vê, o Tribunal entendeu que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção não apenas do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas também de "*outros interesses difusos e coletivos*", nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição da República.

É certo que, como bem ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence na ocasião desse julgamento, "*não é sem tormentos a demarcação precisa do âmbito de legitimação do Ministério Público para a ação civil pública*". Segundo Pertence, "*é certo que o art. 129, III, outorga ao Ministério Público a legitimação para a 'ação civil pública', na defesa, não apenas dos clássicos interesses difusos nominados, mas também a de outros interesses difusos e coletivos. E não demarca, nem dá critério de demarcação de quais seriam os interesses coletivos confiados à tutela do Ministério Público, ainda que em concorrência com outras entidades*".

A legislação infraconstitucional define alguns desses interesses e direitos difusos e coletivos.

A Lei nº 7.347/1985 especifica a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular, os direitos do consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico etc.(art. 1º).

A Lei Complementar nº 75/93 dispõe, ainda, que a ação civil pública poderá ser ajuizada pelo Ministério Público para a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor,

assim como *outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos* (art. 6º, VII).

A Lei nº 8.265/93, por sua vez, dispõe que a ação civil pública poderá ser utilizada para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem, assim como para a proteção de *outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos* (art. 25, IV).

Como se pode constatar, o ordenamento jurídico não especifica um rol exaustivo de interesses difusos e coletivos passíveis de proteção pela via da ação civil pública. E nem poderia fazê-lo, pois os direitos e interesses difusos e coletivos são a expressão jurídica de valores historicamente situados, em permanente evolução conforme novos anseios da sociedade.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, no citado julgamento do RE nº 163.231/SP, teceu considerações dignas de nota:

"Os interesses metaindividuais, ou de caráter transindividual, constituem valores cuja titularidade transcende a esfera meramente subjetiva, vale dizer, a dimensão puramente individual das pessoas e das instituições. São direitos que pertencem a todos, considerados em perspectiva global. Deles, ninguém, isoladamente, é o titular exclusivo. Não se concentram num titular único, simplesmente porque concernem a todos, e a cada um de nós, enquanto membros integrantes da coletividade.

Na real verdade, a complexidade desses múltiplos interesses não permite sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos e coletivos não comportam rol exaustivo. A cada momento, e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial,

evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se revela necessária e inafastável. Os interesses transindividuais, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns, mas evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural." (ênfases acrescidas)

Destarte, a Constituição, ao tratar do Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbiu-lhe do indisponível dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os *interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127, *caput*). E não há dúvida de que o dispositivo constitucional do art. 127, *caput*, remete para os valores fundamentais protegidos pela Constituição, especialmente os expressos em direitos e interesses decorrentes da dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político, como fundamentos da República, tal como definido no art. 1º.

Esse entendimento foi bem esposado pelo Ministro Néri da Silveira no mencionado julgamento do RE nº 163.231/SP:

"Parece, desde logo, extrair-se desse enunciado - o Ministro se referia ao art. 127, *caput* -, sem necessidade de uma discussão quanto à parte final do inciso III, do art. 129, da Constituição, que a resposta ao recurso somente poderia se fazer nos termos em que efetivamente concluiu o ilustre Ministro-Relator.

De fato, os bens aqui trazidos a exame, e a respeito dos quais se discute sobre a legitimidade da ação do Ministério Público, dizem imediatamente com questões da mais profunda essencialidade da ordem constitucional. O art. 1º, da Constituição, ao definir a República

Federativa do Brasil, assenta que tem este Estado, como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Os interesses vinculados à manutenção desses valores essenciais de nossa ordem constitucional, que se completam com a enumeração do art. 3º, não de ser compreendidos na cláusula final do art. 127, da Constituição, a legitimar a ação do Ministério Público em sua defesa. Sempre que se disser com a defesa de interesses vinculados à cidadania, à dignidade da pessoa humana, não só quanto à ordem jurídica, o art. 127 autoriza, desde logo, a ação do Ministério Público."
(ênfases acrescidas)

E prosseguiu o Ministro Néri da Silveira:

"Só por tais fundamentos - estritamente constitucionais e que decorrem da natureza do Ministério Público como instituição permanente e da função essencial que a ordem constitucional lhe quis atribuir - parece-me que essa legitimidade ressalta desde logo, porque se trata realmente, aqui, de o Ministério Público utilizar um instrumento processual -, no caso, processual-constitucional, definido no art. 129, item III, da Lei Maior - para defender valores dessa natureza. **No âmbito infraconstitucional, não me parece possível, realmente, opor dificuldade de maior expressão quanto à definição desses interesses coletivos** efetivamente postos à consideração da Corte neste instante." (ênfases acrescidas)

Assim, em julgado posterior (RE nº 213.015-0/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 24.5.2002), o Tribunal deixou assentado que *"independentemente da própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III)"*. Nas palavras do Relator, Ministro Néri da Silveira, *"distorcer o conceito de interesse coletivo ou dar-lhe*

conceito distinto do que pretendeu a Constituição é violar a Carta Magna de forma direta”.

Nessa perspectiva, o Tribunal já definiu como cabível a ação civil pública para impugnar o aumento abusivo ou ilegal das mensalidades escolares (RE 163.231, DJ 29.6.2001; RE 185.360, DJ 20.2.1998; RE 190.976, DJ 6.2.1998), entendimento que acabou sumulado no seguinte verbete: *“Súmula 643 - O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”.*

O Tribunal também entende que *“o Ministério Público dispõe de legitimidade ativa ‘ad causam’ para ajuizar ação civil pública, quando promovida com o objetivo de impedir que se consume lesão ao patrimônio público resultante de contratação direta de serviço hospitalar privado, celebrada sem a necessária observância de procedimento licitatório, que traduz exigência de caráter ético-jurídico destinada a conferir efetividade, dentre outros, aos postulados constitucionais da impessoalidade, da publicidade, da moralidade administrativa e da igualdade entre os licitantes, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa e/ou de inexigibilidade de licitação”* (RE-AgR nº 262.134-0/MA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 2.2.2007).

Em outro caso, entendeu-se que é cabível a ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, que tem por objeto a proteção de interessados, na condição de consumidores, na aquisição de casa própria, dos quais foi cobrado preço pela distribuição de informativos ou inscrição em programa habitacional (RE nº 247.134/MS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 9.12.2005).

Não se pense, por outro lado, que essa leitura da Constituição, especialmente dos artigos 127, *caput* e 129, inciso III, conferiria ao Ministério Público uma amplíssima competência para a utilização da ação civil pública, a ponto de convertê-lo em substituto processual universal para a defesa judicial de todo e qualquer interesse social.

No julgamento do citado RE nº 195.056/PR, o Ministro Pertence teceu considerações sobre a questão que merecem registro:

"(...) Daí não se pode extrair, contudo, como parece pretender o recorrente, que qualquer feixe de pretensões individuais homogêneas, seja qual for o seu objeto, possa ser tema de tutela jurisdicional coletiva por iniciativa do Ministério Público.

Não tenho dúvidas em aderir, como os votos que me precederam, ao virtual consenso doutrinário formado no sentido de não bastar, à legitimação ao MP no particular, a homogeneidade de quaisquer interesses individuais de um número significativo de sujeitos (e.g., Razuó Watanabe, Demanda Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense, em Sálvio F. Teixeira (coord.), As Garantias dos Cidadãos na Justiça, Saraiva, 1993, 185, 186; J.C. Barbosa Moreira, Os Novos Rumos do Proc. Civil. Brasileiro em Temas Dir. Processual, 6.ª série, 1997, p. 63, 73; Teori A. Zavasaki, o Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos, Rev. Inf. Legislativa, Senado, 1993, v. 117/173; Rodolfo c. Mancuso, op. loc. cit.; Lúcia V. Figueiredo, Ação Civil Pública (...) A Posição do Ministério Público, RTr Dir. Públ, 16/15, 2399; Hugo N. Mazzili, As atribuições do Ministério Público na LC federal 75, de 20.5.93, RT 696/445).

Assim, nessa extensão sem limites - e não com a generalidade com que feita pelo jurista insigne - quiçá tenha procedência a cáustica observação crítica de Miguel Reale (Da Ação Civil Pública em Questões de Dir. Público, Saraiva, 1997, p. 130), de que a legitimação do MP para a proteção de direitos individuais homogêneos "alberga o risco de transformar a comunidade em um conglomerado de incapazes".

Nesse campo dos direitos individuais homogêneos, - diversamente do que sucede com os interesses difusos e os coletivos *stricto sensu* - marcadas, como são, essas duas categorias pelas notas de indivisibilidade e de indeterminação absoluta ou relativa de seus titulares (Teori, zavascki, op. loc. cit.) - a pretendida legitimação irrestrita do MP não encontraria fundamento convincente, literal ou sistemático, na ordem jurídica posta.

(...)

A dificuldade está em encontrar o critério de demarcação da área - consensualmente limitada - em que se há de reconhecer a legitimação do Ministério Público para a tutela coletiva de tais direitos individuais derivados de origem comum.

Opta o Ministro Maurício Corrêa por uma diretiva que tem por si a vantagem da objetividade: a fonte constitucional da questionada legitimação do MP para a defesa dos interesses individuais homogêneos, malgrado contida na alusão genérica do art. 129, III, aos interesses coletivos em geral, seria uma norma de eficácia limitada, dependente de específica previsão legal.

A minha visão do problema - que parece mais afinada à doutrina dominante - se dela perde em objetividade, é menos restritiva que a proposta do Ministro Corrêa e não delega no legislador ordinário o poder de dar maior ou menor efetividade a uma norma da Constituição.

Como S. Exa., não ponho em dúvida que a lei possa conferir tal legitimidade ao Ministério Público: afinal, sua qualificação para a ação civil pública em defesa de determinada modalidade de direitos subjetivos individuais será uma hipótese a mais de legitimação extraordinária e substituição processual, cuja criação por lei ordinária, guardados os limites da razoabilidade, não encontra óbices constitucionais (assim, incidentalmente, o afirmei, não faz muito, com o apoio do Tribunal, no AOr 152, 15.9.99, Inf. STF 162, a propósito da inteligência do art. 5º, XXI, da Constituição).

(...)

Não lhe reduzo, porém, a admissibilidade a tais previsões legais explícitas: estou em que, da própria Constituição, é possível derivar outras hipóteses.

E para isso, já neste ponto com o Ministro Velloso e a doutrina mais afeita ao tema, considero adequado o apelo ao art. 127 da Constituição que, delineando em grandes traços o seu papel junto à função jurisdicional do Estado, confia ao Ministério Público "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

(...)

E, para orientar a demarcação, a partir do art. 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do MP, o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais.

(...)

O problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio art. 129, III, da Constituição denomina patrimônio social. Não é fácil, no ponto, a determinação do critério da legitimação do Ministério Público.

(...)

(...) é preciso ter em conta que o interesse social não é um conceito axiologicamente neutro, mas, ao contrário - e dado o permanente conflito de interesses parciais inerente à vida em sociedade - é idéia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar.

Donde, de igual modo, ser de repelir que o reconhecimento da presença de interesse social na tutela de determinada pretensão de uma parcela da coletividade possa ser confiada à livre avaliação subjetiva - inevitavelmente carregada de valores pessoais - quer de agente do Ministério Público que a veicule em juízo,

quer do órgão jurisdicional a que toque verificar-lhe a legitimação para a ação coletiva; para obviar esse risco de arbitrariedade, a solução há de fundar-se em critérios dotados de um mínimo de objetividade.

Penso, como visto, que a adstrição da legitimidade do MP aos casos de previsão legal expressa, embora razoavelmente objetiva, seria um critério insuficiente para a identificação do interesse social na defesa de direitos coletivos: dado que deriva da Constituição a legitimação do MP para a hipótese, não se pode reputar exaustivo o critério que delega ao legislador o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição.

Creio, assim, que - afora o caso de previsão legal expressa - a afirmação do interesse social para o fim cogitado há de partir da identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados." (ênfases acrescidas)

No caso, como retratado, 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 dos direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação. É patente, portanto, a legitimidade ativa do Ministério Público.

Quanto ao cabimento da ação civil pública, a jurisprudência desta Corte também nos dá a resposta.

A ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com processos cognominados de "processos subjetivos". A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesse próprio, mas procura defender interesse público devidamente caracterizado. Afigura-se difícil, se não impossível, sustentar que a decisão que,

eventualmente, afaste a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, tenha efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

A ação civil pública aproxima-se muito de processo sem partes ou de processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com o escopo de garantir a tutela do interesse público¹. Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*". Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Assim, já o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria atividade política de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse objetivo. Ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípuo haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Pelo contrário, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da

¹ Harald Koch, *Prozessführung im öffentlichen Interesse*, Frankfurt am Main, 1983, p. 1 e s.

necessidade de proteção de interesse específico, mas exatamente de interesse genérico amplíssimo, de interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

É certo que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de impugnação direta de lei. Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Nesse sentido, afigura-se digno de referência acórdão no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu reclamação que lhe foi submetida pelo Procurador-Geral da República, determinando o arquivamento de ações ajuizadas nas 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, por entender caracterizada a usurpação de competência da Corte, uma vez que a pretensão nelas veiculada não visava ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese².

Essa orientação da Suprema Corte reforçava, aparentemente, a idéia desenvolvida de que eventual esforço dissimulatório por parte do requerente da ação civil pública ficaria ainda mais evidente, porquanto,

² Rcl. 434, Rel. Francisco Rezek, DJ de 9-12-1994.

diversamente da situação aludida no precedente referido, o autor requer tutela genérica do interesse público, devendo, por isso, a decisão proferida ter eficácia *erga omnes*. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo juízo monocrático teria força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade. Todavia, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Reclamação n. 602-6/SP, de que foi relator o Ministro Ilmar Galvão, em data de 3-9-1997, cujo acórdão está assim ementado:

"Reclamação. Decisão que, em Ação Civil Pública, condenou instituição bancária a complementar os rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a Constituição. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, a, da CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo Reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da Reclamação".

No mesmo dia (3-9-1997) e no mesmo sentido, o julgamento da Reclamação n. 600-0/SP, relatada pelo Ministro Néri da Silveira. **Essa orientação do Supremo Tribunal Federal permite, aparentemente, distinguir a ação civil pública que tenha por objeto, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de outra na qual a questão constitucional configura simples prejudicial da postulação principal.** É o que foi afirmado na Rcl. 2.224, da relatoria de Sepúlveda Pertence, na qual se enfatizou que "ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o

próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade”³. Não se pode negar que a abrangência que se empresta – e que se há de emprestar à decisão proferida em ação civil pública – permite que com uma simples decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal.

Colocado novamente diante desse tema no julgamento da Rcl. 2.460/RJ, o Tribunal arrostou a questão da existência, ou não, de usurpação de sua competência constitucional (CF, art. 102, I, a), em virtude da pendência do julgamento da ADI 2.950/RJ e o deferimento de liminares em diversas ações civis públicas ajuizadas perante juízes federais e estaduais das instâncias ordinárias, sob o fundamento de inconstitucionalidade da mesma norma impugnada em sede direta⁴. Entendeu-se que, ainda que se preservassem os atos acautelatórios adotados pela justiça local, seria recomendável determinar a suspensão de todas as ações civis até a decisão definitiva em sede da ação direta. Ressaltou-se, no ponto, que a suspensão das ações decorria não da sustentada usurpação da competência⁵, mas sim do objetivo de coibir eventual trânsito em julgado nas referidas ações, com o conseqüente esvaziamento da decisão a ser proferida nos autos da ação direta⁶.

³ Rcl. 2.224, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 10-2-2006, p. 76.

⁴ Cf. Decreto n. 25.723/99-RJ, que regulamentou a exploração da atividade de loterias pelo Estado do Rio de Janeiro.

⁵ Rcl.-MC 2.460, Rel. Marco Aurélio, decisão de 21-10-2003, *DJ* de 28-10-2003.

⁶ No julgamento da Rcl.-MC 2.460, de 10-3-2004, *DJ* de 6-8-2004, o Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão concessiva de liminar e determinou a suspensão, com eficácia *ex nunc*, das ações civis públicas em curso. Restou mantida a tutela antecipada nelas deferida, tendo em vista a existência de tramitação de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

Essa decisão revela a necessidade de abertura de um *diálogo* ou de uma *interlocação* entre os modelos difuso e abstrato, especialmente nos casos em que a decisão no modelo difuso, como é o caso da decisão de controle de constitucionalidade em ação civil pública, acaba por ser dotada de eficácia ampla ou geral. As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo – somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle –, a dimensão política inegável dessa modalidade, enfim, tudo leva a não se admitir o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição, no âmbito da ação civil pública.

No quadro normativo atual, poder-se-ia cogitar, nos casos de controle de constitucionalidade em ação civil pública, de suspensão do processo e remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, mediante provocação do juiz ou tribunal competente para a causa. Simples alteração da Lei n. 9.882/99 e da Lei n. 7.347/85 poderia permitir a mudança proposta, elidindo a possibilidade de decisões conflitantes, no âmbito das instâncias ordinárias e do Supremo Tribunal Federal, com sérios prejuízos para a coerência do sistema e para a segurança jurídica.

No caso, está claro que a não-recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui apenas 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, já pacificada, como apresentado

acima, no sentido de que é legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que a controvérsia constitucional não seja posta como pedido único e principal da ação, mas, antes, constitua apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio (RCL nº 1.733/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º.12.2000; RCL nº 554/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; RCL nº 611/PE, Rel. Min. Sydney Sanches; RE nº 424.993/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.10.2007).

Passo então à análise do mérito dos recursos.

II. Mérito

A questão constitucional suscitada na ação civil pública de autoria do Ministério Público Federal e agora trazida à análise desta Corte cinge-se em saber se o Decreto-Lei nº 972, de 1969, especialmente o seu art. 4º, inciso V, é compatível com a ordem constitucional de 1988. Em síntese, questiona-se a constitucionalidade da exigência de diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista.

Desde que foi posta no juízo de primeira instância (16ª Vara Cível Federal de São Paulo), essa questão tem sido discutida de acordo com duas perspectivas de análise. A primeira enfatiza 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. A segunda questiona o 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.

Seguirei essas duas vias de análise, não deixando de ressaltar que a primeira continua uma linha jurisprudencial delimitada nesta Corte no julgamento da Representação nº 930/DF, Rel. p/ o acórdão Min. Rodrigues Alckmin (5.5.1976) e a segunda representa entendimento consolidado no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Antes, porém, de iniciar a exposição do raciocínio que levará às conclusões a que cheguei após muito refletir sobre o tema, quero deixar enfatizada a importância desse julgamento e o seu profundo impacto social. É conhecido o fato de que milhares de jornalistas, alguns figuras bastante conhecidas do público em geral, estão a atuar em diversos meios de comunicação sem possuir diploma de curso superior específico de jornalismo. Como exemplo, cito apenas o caso de Alon Feuerwerker, atualmente Editor de Política Econômica do Jornal Correio Braziliense e que tem no currículo atuação como Editor de Economia, Opinião e Esportes, Repórter Especial e Secretário de Redação da Folha de São Paulo; Diretor da Agência Folha da Tarde; Chefe do Depto. de Comunicação da Prefeitura de Santos; Editor-executivo do Brasil Online (Grupo Abril); Diretor de Desenvolvimento e Atendimento, Diretor e Vice-Presidente Comercial do Universo Online (UOL); Professor de Jornalismo Online da Escola de Comunicação Social Cásper Líbero - Título de Notório Saber; Assessor de Imprensa da Prefeita Marta Suplicy; Coordenador de Imprensa da campanha eleitoral de José Serra à Presidência da República; Chefe de Comunicação na liderança do Governo Lula na Câmara dos Deputados.

Alon Feuerwerker formulou pedido de ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, o que foi por mim indeferido, tendo em vista a recente decisão desta Corte no julgamento da ADI-AgR 4.071, Rel. Min. Menezes Direito (julg. 22.4.2009), em que ficou assentado que os pedidos de atuação como *amicus curiae* não poderão mais ser analisados após a inclusão do processo na pauta de julgamentos.

O caso do jornalista Alon Feuerwerker foi citado na petição inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na primeira instância, nos seguintes termos:

"À título de exemplo, trazemos o dramático e notório caso de dois profissionais que se viram ameaçados de ter sua liberdade privada, exclusivamente em razão do exercício, sem diploma, do jornalismo. Em 1992, o Sindicato dos Jornalistas do Estado de São Paulo descobriu que Alon Feuerwerker e Ricardo Anderãos, respectivamente diretor da Agência Folha e editor-assistente do caderno 'Ilustrada' do jornal Folha de São Paulo, não possuíam diploma de jornalista ou registro no Ministério do Trabalho. Instaurou-se, então, inquérito policial em razão do alegado exercício ilegal da profissão. Remetidos os autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo, o Promotor de Justiça Ricardo Dias Leme, após análise do procedimento, manifestou-se pelo arquivamento do inquérito, entendendo que o Decreto-Lei nº 972 não foi recepcionado pela Constituição de 1988. A decisão foi acolhida pelo juízo, encerrando-se o procedimento policial. Como se pode perceber, nada obstante o feliz desfecho deste caso particular, o risco de ocorrência de privações de liberdade é constante, revelando a necessidade de imediata intervenção do Poder Judiciário. Cidadãos no exercício de uma de suas mais fundamentais liberdades vêm sendo ilegalmente privados de seus bens (multas) e, o que é pior, ameaçados de privação de seu próprio direito de ir e vir." (fls. 18-19)

O cumprimento irrestrito das normas do Decreto-Lei nº 972/69 não afasta hipóteses como esta. Em seu art. 13, o Decreto-Lei nº 972/1969 prescreve que a fiscalização quanto ao cumprimento de suas exigências será realizada pelos Auditores-Fiscais do Trabalho e pelas Delegacias

Regionais do Trabalho (na forma do art. 626 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), sendo aplicável aos infratores multa variável de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no país. Compete aos Sindicatos de Jornalistas representar às autoridades competentes a respeito de fatos que comprovem o exercício irregular da profissão (art. 13, parágrafo único).

Além da multa prevista no art. 13 do Decreto-Lei nº 972/1969, o exercício ilegal da profissão pode, em tese, constituir suporte fático do tipo previsto no art. 47 do Decreto-Lei nº 3.688, de 1941 (Lei de Contravenções Penais), que comina pena de prisão de até 3 meses. A petição inicial da ação civil pública (fl. 18) ajuizada pelo Ministério Público faz referência à Nota/NP/CONJUR/TEM/Nº 008/2001 (Nota remetida pela Consultoria Jurídica da Secretaria Executiva do Ministério Público do Trabalho ao Ministério Público Federal na Representação 1.34.001.001683/2001-68), na qual consta a seguinte afirmação:

"Cumpra observar, por fim, que a aplicação da multa administrativa não exime o infrator da pena prevista na legislação penal. O exercício ilegal da profissão constitui contravenção penal relativa à organização do trabalho prevista no art. 47 da Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, que estabelece: Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício. Pena: prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa."

O Ministério do Trabalho assim entende porque considera que o Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, na parte em que exige o curso superior de jornalismo para o exercício da referida profissão, foi recepcionado pela Constituição de 1988, especialmente porque o art. 5º, inciso XIII, não protegeria de forma absoluta a liberdade profissional, remetendo para a legislação

infraconstitucional a definição das qualificações indispensáveis ao exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão. Conforme as transcrições retiradas da peça inicial da ação civil pública (fls. 4-5), assim se pronunciou a Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho:

"Reiteradamente, esta Consultoria Jurídica tem se pronunciado no sentido de que a exigência do curso superior de jornalismo foi recepcionada pela Constituição de 1988 (Parecer nº 016/2001, fl. 2)"

"Ora, a simples leitura do dispositivo transcrito revela que a liberdade de exercício de profissões não é absoluta, sofre restrições na medida em que a própria Constituição comete ao legislador a atribuição de estabelecer as qualificações indispensáveis ao exercício das profissões. Inexiste, portanto, qualquer incompatibilidade entre a exigência do diploma de curso superior prevista no inc. V do artigo 4º do Decreto-Lei 972 de 1969, e a Constituição Federal (Parecer nº 016/2001, fl. 2)"

A medida cautelar, concedida pela 2ª Turma desta Corte na AC nº 1.406/SP, para conferir efeito suspensivo ao presente recurso extraordinário, assegura atualmente o exercício do jornalismo por profissionais destituídos de diploma. O julgamento do mérito da questão, que passamos agora a analisar, repercutirá diretamente sobre o trabalho desses jornalistas e, dessa forma, sobre os meios de comunicação e a imprensa em geral no Brasil. Não se pode 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.

Começo, dessa forma, pela análise do Decreto nº 972, de 1969, especialmente o seu art. 4º, inciso V, em face da Constituição de 1988.

O tema envolve, em uma 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.

Como tenho defendido em estudos doutrinários, a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental⁷. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito ou núcleo de proteção* (*Schutzbereich*) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (*limitações ou restrições = Schranke oder Eingriff*)⁸.

O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (v. g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental⁹. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se se quiser, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*¹⁰. Alguns direitos individuais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de *âmbito de proteção* estritamente normativo (*âmbito de proteção estritamente*

⁷ LERCHE, Grundrechtlicher Schutzbereich, cit., p. 739 (746).

⁸ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte: Staatsrecht II*, cit., 14. ed., 1998, p. 50; CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 602-603 e s.

⁹ LERCHE, Grundrechtlicher Schutzbereich, cit., p. 739 (746).

¹⁰ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte: Staatsrecht II*, cit., p. 53; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 18, n. 46.

normativo = rechts- oder norm- geprägter Schutzbereich)¹¹.

Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais¹². Acentue-se que o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição. Segundo Pieroth e Schlink, uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação¹³.

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (*O que é efetivamente protegido?: Was ist (eventuell) geschützt?*), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (*Wogegen ist (eventuell) geschützt?*)¹⁴. Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito¹⁵.

Isso significa que o *âmbito de proteção* não se confunde com *proteção efetiva e definitiva*, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional¹⁶.

Na dimensão dos direitos de defesa, *âmbito de proteção* dos direitos individuais e *restrições* a esses

¹¹ Cf. item 1.2.3.2, *infra*.

¹² PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 53.

¹³ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 53.

¹⁴ SCHWABE, Jürgen, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, p. 152.

¹⁵ LERCHE, *Grundrechtlicher Schutzbereich*, cit., p. 747.

¹⁶ SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, cit., p. 152.

direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo¹⁷.

Assim, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do *âmbito de proteção* do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais¹⁸. Muitas vezes, a definição do *âmbito de proteção* somente há de ser obtida em confronto com eventual *restrição* a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

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*¹⁹.

¹⁷ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 57.

¹⁸ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 57.

¹⁹ CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 602-603.

Como se vê, a discussão sobre o âmbito de proteção de certo direito constitui ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta estão protegidos ou não por um dado direito. Assim, indaga-se, em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicação (comunicação mediante utilização de rádio; *pager* etc.)

Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

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*".

Tem-se, no citado preceito constitucional, uma inequívoca *reserva legal qualificada*. A Constituição remete à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional.

A idéia 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.

Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, v. g., "nos termos da lei" (art. 5^a, VI e XV), "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer" (art. 5^a, XII), "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (art. 5^a, XIII), "salvo nas hipóteses previstas em lei" (art. 5^a, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v. g., com a cláusula da "função social" (art. 5^a, XXIII).

Tais normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado²⁰.

A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5^o, 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: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/69, art. 153, § 23. O texto constitucional de 1891, apesar de não prever a lei restritiva que estabelecesse as condições de capacidade técnica ou as qualificações profissionais, não impedia a

²⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 602-603.

regulamentação das profissões com justificativa na proteção do bem e da segurança geral e individual, como observaram João Barbalho (Cfr.: BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira, 1891*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 330) e Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal; 2005, p. 742 e ss.).

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, 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. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou "limites dos limites" (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais²¹. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas²².

Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição

²¹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 267; PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 65.

²² PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 65.

portuguesa de 1976 (art. 18^a, III). Em outros sistemas, como o norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais.

A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden*). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo²³, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais²⁴. Na mesma linha, a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18^a, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1)²⁵.

Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais²⁶.

²³ VON MANGOLDT, Hermann, *Das Bonner Grundgesetz*. Considerações sobre os direitos fundamentais, 1953, p. 37, art. 19, nota 1.

²⁴ WOLFF, Reichsverfassung und Eigentum, cit., p. IV 1-30; SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, cit., p. 170 e s.; idem, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), cit., p. 140-173. Cf., também, HERBERT, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, cit., p. 321 (322); KREBS, in: VON MÜNCH/KUNIG, *Grundgesetz-Kommentar*, v. I, art. 19, II, n. 23, p. 999.

²⁵ Veja nota n. 125.

²⁶ HESSE, *Grünzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 134.

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*.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)²⁷, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)²⁸.

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos²⁹.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para

²⁷ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 63.

²⁸ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 66.

²⁹ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 67.

o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)³⁰.

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, é preciso analisar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, tal como autorizado pelo texto constitucional, transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência. 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 dignas de nota:

“A liberdade do exercício profissional se condiciona às condições de capacidade que a lei estabelecer. Mas, para que a liberdade não seja ilusória, impõe-se que a limitação, as condições de capacidade, não seja de natureza a desnaturar ou suprimir a própria liberdade. A limitação da liberdade pelas condições de capacidade supõe que estas se imponham como defesa social. Observa Sampaio Dória (“Comentários à Constituição de 1946”, 4º vol., p. 637):

‘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. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode

³⁰ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 67.

preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.'

Reconhece-se que as condições restritivas da liberdade profissional não sejam apenas de natureza técnica. Superiores interesses da coletividade recomendam que aquela liberdade também tenha limitações respeitantes à capacidade moral, física e outras (Cf. Carlos Maximiliano, Comentários à Constituição Brasileira, p. 798). Por outras palavras, as limitações podem ser de naturezas diversas, desde que solicitadas pelo interesse público, devidamente justificado (Cf. Pinto Falcão, "Constituição Anotada", 1957, 2º v., p. 133; Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967", 5º v., p. 507). Escreve este insigne publicista:

'O que é preciso é que toda política legislativa a respeito do trabalho se legitime com a probabilidade e a verificação do seu acerto. Toda limitação por lei à liberdade tem de ser justificada. Se, com ela, não cresce a felicidade de todos, ou se não houve proveito na limitação, a regra legal há de ser eliminada. Os mesmos elementos que tornam a dimensão das liberdades campo aberto para as suas ilegítimas explorações do povo estão sempre prontos a explorá-lo, mercê das limitações.'

Há justificação no interesse público na limitação da liberdade do exercício da profissão de corretos de imóveis? Estou convencido que não, e a tanto me convenceu a argumentação de jurídico e substancial acórdão relatado pelo eminente Des. Rodrigues Alckmim, do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na Ap. Cível nº 149.473, do qual transcrevo esta passagem:

'Postos estes princípios - os de que a liberdade de exercício da profissão é constitucionalmente assegurada, no Brasil, embora limitável por lei ordinária; mas que a lei ordinária pode exigir somente as condições de capacidade reclamadas pelo 'interesse superior da coletividade'; e que ao Judiciário cabe apurar se a regulamentação é, ou não, legítima - merece exame, agora, o impugnado art. 7º, da Lei nº 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma 'profissão de corretor de imóveis', profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não pode ser regulamentada sob o aspecto de capacidade

técnica, por dupla razão. Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente a direito de terceiro. Quem não conseguir obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém mais prejudicará, que a si próprio. Em segundo lugar, porque não há requisito de capacidade técnica algum, para exercê-la. Que diplomas, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício dessa profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência, não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum, pelo interesse, de capacidade técnica. 10. Haverá, acaso, ditado pelo bem comum, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Conseqüentemente, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de "corretor de imóveis", como não o impõe com relação a tantas e tantas atividade profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam. 11. Como justificar-se, assim, a regulamentação? Note-se que não há, na verdade, interesse coletivo algum que a imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e regime democrático vigentes repelem.'

Ao enfrentar esta questão, a de que a lei reguladora do exercício da profissão de corretor de imóveis criou, disfarçadamente, uma autêntica corporação, o referido acórdão, relatado pelo douto Des. Rodrigues Alckmim, é em verdade convincente. Sua leitura se impõe:

'De fato. Para ser corretor de imóveis, será preciso que o candidato apresente um atestado 'de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal da classe'. Ora: desde que não há aprendizado ou escola para o exercício dessa profissão, cuja vulgaridade é patente, falar-se em atestado de 'capacidade profissional' é algo inadmissível. E desde que o 'ingresso' na profissão depende de um registro; e que esse registro depende de tal atestação de 'órgão de representação legal da classe' (não, da exibição de diploma acaso obtido em cursos oficiais ou oficialmente reconhecidos), é claro que o que se tem, nitidamente, é uma

corporação que poderá, a benefício dos próprios pertencentes, excluir o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza. Essa regulamentação, portanto, não atende a interesse público, nem é exigida por tal interesse. Na verdade, atende ao interesse dos exercentes dessa atividade vulgar, que não exige conhecimentos técnicos ou condições especiais de capacidade, e que, com a regulamentação dela, poderão limitar ou agastar a concorrência na atividade. Nem se diga que, o que se quer, é zelar pelas condições de idoneidade moral dos exercentes dessa profissão. Note-se, no caso, que nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos', e aos que, através das 'atestações', os exercentes das profissões quiserem.'

E conclui o acórdão a que me refiro (fls. 213):

'Ilegítima a regulamentação profissional, o art. 7º da lei, que encerra a proibição de receber remuneração por uma atividade vulgar e lícita, como a mediação na venda de bem imóvel, é inconstitucional. Essa proibição, aliás, vem demonstrar o intuito de instituir um privilégio a benefício dos partícipes da corporação, reservando-se a esses partícipes o poder em cobrar serviços que acaso prestem, serviços que não exigem conhecimentos técnicos ou condições especiais de capacidade não se justifica assim que, com fundamento em que a atividade se acha regulamentada em lei (quando a lei ordinária não podia pretender regulamentar atividade que não exige, por imposição do interesse público, condições de capacidade para o seu exercício), possa o art. 7º referido permitir que, realizado um serviço lícito, comum, o beneficiário desse serviço esteja livre de pagar remuneração, porque esta se reserva aos membros de um determinado grupo de pessoas. Admitir a legitimidade dessa regulamentação seria destruir a liberdade profissional no Brasil. Toda e qualquer profissão, a admiti-lo, por vulgar e simples que fosse, poderia ser regulamentada, para que a exercessem somente os que obtivessem atestação de órgãos da mesma classe. E ressuscitadas, à sombra dessas regulamentações, estariam as corporações

de ofício, nulificando inteiramente o princípio da liberdade profissional, princípio que não está na Constituição para fica vazio de aplicação e de conteúdo. Por esses motivos, e art. 7º, da Lei nº 4.116, que interessa à solução da presente demanda, é reconhecido inconstitucional'

5. Não precisaria ir além para ter como manifestamente inconstitucional o citado artigo, razão pela qual mantenho o acórdão recorrido.

É o meu voto." (RE 70.563, rel. Min. Carlos Thompson Flores, DJ 22.4.1971 - fls. 361-368)

No conhecido julgamento da Representação nº 930, Relator Ministro Rodrigues Alckmin (DJ 2-9-1977), a Corte discutiu a respeito da extensão da liberdade profissional e o sentido da expressão "condições de capacidade", tal como disposto no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69. O voto então proferido pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de se preservar o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando-se, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de "*atender ao critério da razoabilidade*".

Valeu-se, inicialmente, o eminente Relator das lições de Fiorini transcritas por Alcino Pinto Falcão:

"No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables y fundamentales. Cuál debe ser la forma como debe actuar el legislador cuando sanciona normas limitativas sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referirse al administrador cuando concreta actos particulares. Si el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aqui se halla la primera regla que rige cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo en mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la reglamentación policial. La jurisprudencia y la lógica jurídica han instituido cuatro principios que rigen este hacer: 1ª) la limitación debe ser *justificada*; 2ª) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser *adecuado* al fin deseado; 3ª) el medio y el fin utilizados deben manifestarse

proporcionalmente; 4ª) todas las medidas deben ser limitadas. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen (...)"³¹.

Louvando-se nesses subsídios do direito constitucional comparado, concluiu o eminente Relator:

"A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (Cooley, *Constitutional Limitations*, pág. 209, '...Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power'. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não"³².

Embora o acórdão invoque o fundamento da razoabilidade para reconhecer a inconstitucionalidade da lei restritiva, é fácil ver que, nesse caso, a ilegitimidade da intervenção assentava-se na própria disciplina legislativa, que extravasara notoriamente o mandato constitucional (atendimento das qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Portanto, desde o importante julgamento da Representação nº 930 (Relator p/ o acórdão: Ministro Rodrigues Alckmin, *DJ*, 2-9-1977), o Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que as

³¹ Rp. 930, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, *DJ*, 2-9-1977.

³² Cf. transcrição na Rp. 1.054. Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ*, n. 110, p. 937 (967).

restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. A restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional.

Essas ponderações oferecem subsídios suficientes para analisar o inciso V do art. 4º, do Decreto-Lei nº 972/69.

O Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, com alterações efetivadas pela Lei nº 6.612, de 7 de dezembro de 1979, e pela Lei nº 7.360, de 10 de setembro de 1985, dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista e, em seu art. 4º, estabelece o seguinte:

"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:

I - prova de nacionalidade brasileira;

II - folha corrida;

III - carteira profissional;

IV - declaração de cumprimento de estágio em empresa jornalística;

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.

O Decreto nº 83.284, de 13 de março de 1979, regulamenta o tema no mesmo sentido:

"Art 4º. O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho, que se fará mediante a apresentação de:

I - prova de nacionalidade brasileira;

II - prova de que não está denunciado ou condenado pela prática de ilícito penal;

III - diploma de curso de nível superior de Jornalismo ou de Comunicação Social, habilitação Jornalismo, fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido na forma da lei, para as funções relacionadas nos itens I a VII do artigo 11;

IV - Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Parágrafo único. Aos profissionais registrados exclusivamente para o exercício das funções relacionadas nos itens VIII a XI do artigo 2º, é vedado o exercício das funções constantes dos itens I a VII do mesmo artigo."

O art. 6º do Decreto-Lei nº 972/69, por sua vez, classifica as funções desempenhadas pelos jornalistas:

"Art 6º As funções desempenhadas pelos jornalistas profissionais, como empregados, serão assim classificadas:

a) Redator: aquêle que além das incumbências de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários;

b) Noticiarista: aquêle que tem o encargo de redigir matéria de caráter informativo, desprovida de apreciação ou comentários;

c) Repórter: aquêle que cumpre a determinação de colhêr notícias ou informações, preparando-a para divulgação;

d) Repórter de Setor: aquêle que tem o encargo de colhêr notícias ou informações sôbre assuntos pré-determinados, preparando-as para divulgação;

e) Rádio-Repórter: aquêle a quem cabe a difusão oral de acontecimento ou entrevista pelo rádio ou pela televisão, no instante ou no local em que ocorram, assim como o comentário ou crônica, pelos mesmos veículos;

f) Arquivista-Pesquisador: aquêle que tem a incumbência de organizar e conservar cultural e tècnicamente, o arquivo redatorial, procedendo à pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;

g) Revisor: aquêle que tem o encargo de rever as provas tipográficas de matéria jornalística;

h) Ilustrador: aquêle que tem a seu cargo criar ou executar desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico;

i) Repórter-Fotográfico: aquêle a quem cabe registrar, fotogrâficamente, quaisquer fatos ou assuntos de interêsse jornalístico;

j) Repórter-Cinematográfico: aquêle a quem cabe registrar cinematogrâficamente, quaisquer fatos ou assuntos de interêsse jornalístico;

l) Diagramador: aquêle a quem compete planejar e executar a distribuição gráfica de matérias, fotografias ou ilustrações de caráter jornalístico, para fins de publicação.

Parágrafo único: também serão privativas de jornalista profissional as funções de confiança pertinentes às atividades descritas no artigo 2º como editor, secretário, subsecretário, chefe de reportagem e chefe de revisão."

Como se pode constatar, segundo os referidos diplomas normativos, 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 diploma de curso de nível superior de Jornalismo ou de Comunicação Social, habilitação Jornalismo, fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido na forma da lei, para as funções de redator, noticiarista, repórter, repórter de setor, rádio-reporter, arquivista-pesquisador e revisor.

Ao analisar a constitucionalidade dos referidos dispositivos, o Juízo de primeira instância assim se manifestou sobre o tema, em trechos da sentença que são transcritos a seguir:

"Diante do exposto acima, incumbe ao Judiciário apurar se a regulamentação trazida pelo Decreto-Lei nº 972/69 atende aos requisitos necessários para perpetrar restrição legítima ao exercício das

profissões, que deverá se pautar na estrita observância ao interesse público (...). Tenho que não. Vejamos. Tal se deve à propalada irrazoabilidade do requisito exigido para o exercício da profissão, tendo em vista que a profissão de jornalista não pode 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 (a de Engenharia, por exemplo), em que o profissional que não tenha cumprido os requisitos do curso superior por vir a colocar em risco a vida de pessoas, como também ocorre com os profissionais da área de saúde (por exemplo, de Medicina ou de Farmácia). O jornalista deve possuir formação cultural sólida e diversificada, o que não se adquire apenas com a freqüência a uma faculdade (muito embora seja forçoso reconhecer que aquele que o faz poderá vir a enriquecer tal formação cultural), mas sim pelo hábito da leitura e pelo próprio exercício da prática profissional. Em segundo lugar, porque o exercício dessa atividade, mesmo que exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não conseguir escrever um bom artigo ou escrevê-lo de maneira ininteligível não conseguirá leitores, porém, isso a ninguém prejudicará, a não ser ao próprio autor. Assim, a regulamentação, pelo que depreendo, não visa ao interesse público, que consiste na garantia do direito à informação, a ser exercido sem qualquer restrição, através da livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, conforme previsto no inciso IX do art. 5º e caput do art. 220, ambos da Constituição Federal" (fls. 905-906).

A sentença de primeira instância indica alguns dos pontos que devem ser analisados.

É preciso verificar se o exercício da profissão de jornalista exige qualificações profissionais e capacidades técnicas específicas e especiais e se, dessa forma, estaria o Estado legitimado constitucionalmente a regulamentar o tema em defesa do interesse da coletividade.

Sobre o assunto, o Ministro Eros Grau, na qualidade de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, emitiu parecer respondendo à questão de saber se o exercício da profissão de jornalista

reclama qualificações profissionais específicas, do qual destacam-se alguns trechos (fls. 797-823):

"(...) a profissão de jornalista não reclama qualificações profissionais específicas, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos; ou, em outros termos, 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. Dir-se-á, eventualmente, que a atuação do jornalista poderá, sim, prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa da vítima, quando, por exemplo, uma notícia não verdadeira, a respeito de determinada pessoa, vier a ser divulgada. Sucede que esse não é um risco inerente à 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. Estamos, no caso, diante de uma patologia semelhante à que se manifesta quando um motorista atropela deliberadamente um seu desafeto ou quando, em uma página de romance, o cozinheiro introduza veneno no prato a ser servido a determinado comensal. Ainda que o regular exercício da profissão de motorista coloque em risco a coletividade, o exercício regular da profissão de cozinheiro, como da profissão de jornalista, não o faz. De qualquer forma, nenhuma dessas patologias poderá ser evitada mediante qualificação profissional, que não tem o condão de conformar o caráter de cada um. De outra parte, a divulgação de notícia não verdadeira por engano, o que não é corrente, decorre de causas estranhas à qualificação profissional do jornalista; basta a atenção ordinária para que erros desse tipo sejam evitados."

Em parecer sobre o tema (fls. 824-834), Geraldo Ataliba assim se manifestou:

"A segunda interpretação entende que a liberdade ampla da informação jornalística não pode prejudicar o leitor (ouvinte, telespectador) pela transmissão de informações inidôneas, por falta de qualificação profissional das fontes, quando a matéria informada esteja inserida num universo de conhecimentos especializados cujo manejo dependa, legalmente, de qualificação profissional dos seus operadores. Assim, se a saúde é um valor, informação sobre remédios, instrumentos ou processos terapêuticos só pode provir de fonte qualificada formalmente segundo critérios legais; a fonte, nesse caso, será necessariamente um médico, não um palpiteiro, um charlatão, um

feiticeiro etc. Se a matéria da notícia é a queda de uma ponte, as informações técnicas sobre suas causas, circunstâncias ou conseqüências terão por fonte um engenheiro e não qualquer do povo, ou um mero curioso. Enfim, o direito à informação - direito do povo a ser informado, com fidelidade, pelos profissionais do jornalismo - há de ser atendido livremente por pessoas argutas, inteligentes, cultas e dotadas de qualidade comunicativas (escrita, fala, boa expressão), com a condição de que (ao transmitirem notícia sobre fatos e fenômenos objeto de conhecimento específico de profissões regulamentadas) sua interpretação e explicação provirão de profissionais formalmente qualificados (diplomados), a que deverão reportar-se os jornalistas. É desse modo que se obedece ao art. 5º, XIII da Constituição. Assim, qualquer jornalista poderá informar que foi descoberto um remédio contra a AIDS, ou que caiu uma ponte na cidade de Caixa-Prego. Não poderá, porém - seja por opinião pessoal, seja por ouvir leigos - dizer que o remédio tem tais ou quais efeitos, nem que é elaborado com esmero (ou descuido). Nem poderá dizer que a ponte caiu, porque o concreto não tinha o teor de cimento requerido pela ciência. Evidentemente, poderá relatar que uma autoridade pública (delegado, prefeito, deputado etc.) ou profissional (engenheiro, contador etc.) afirmou 'isto ou aquilo'. Porque, então, a responsabilidade por eventual má informação já será do declarante e não do jornalista."

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

Seguindo a linha de raciocínio até aqui desenvolvida, tais entendimentos, que bem apreendem o sentido normativo do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, já demonstram 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.

No exame da proporcionalidade, o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969 não passa sequer no *teste da adequação (Geeignetheit)*.

É fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos risco de danos a terceiros. A consequência lógica, imediata e comum do jornalismo despreparado será a ausência de leitores e, dessa forma, a dificuldade de divulgação e de contratação pelos meios de comunicação, mas não o prejuízo direto a direitos, à vida, à saúde de terceiros.

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.

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.

É inegável que a freqüência 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. 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. 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. Certamente 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.

Não obstante o acerto de todas essas considerações, o ponto crucial é que o jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. 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.

Destacam-se, nesse sentido, os preceitos do art. 220, *caput*, e § 1º, que possuem a seguinte redação:

"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 conterá 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.”

No recente julgamento da ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto, na qual se declarou a não-recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), 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.

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.

Assim, 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.

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.

Portanto, **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.** Essas são as lições de Jónatas Machado em expressiva obra sobre o assunto, da qual cito os trechos a seguir:

"O jornalismo assume um relevo central no âmbito da garantia constitucional das liberdades da comunicação. Ele desempenha uma função de dinamização

da esfera pública de discussão dos diferentes subsistemas de ação social, a qual assume um relevo especial no âmbito específico do funcionamento do sistema político. Daí **a dignidade materialmente constitucional, que não apenas formalmente constitucional, dos princípios fundamentais que devem disciplinar o acesso à profissão de jornalista e o respectivo exercício profissional, do ponto de vista individual e coletivo.** Isto, note-se, sem nunca transformar o exercício da atividade jornalística num serviço público no sentido jurídico-administrativo da expressão. Se existe algum serviço público no exercício da profissão de jornalista, ele resulta da liberdade e da independência perante os poderes públicos e perante as entidades privadas com que a mesma é levado a cabo, bem como numa deontologia profissional que privilegie os objetivos publicísticos da liberdade, do pluralismo, da discussão pública e do autogoverno democrático, relativamente aos objetivos puramente econômicos das empresas de comunicação. As considerações expostas, juntamente com o que anteriormente se disse a propósito do acesso às atividades ligadas à imprensa, **apontam para a inadmissibilidade de um sistema estadual de licenciamento e controle do acesso e exercício da atividade jornalística ou de outras atividades ligadas à imprensa e de fixação heterônoma da correspondente deontologia.**" (sem grifos no original) (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora; 2002, p. 542).

Em outros termos, 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 também 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. Ressaltem-se, nesse sentido, as considerações do Ministro Rodrigues Alckmin, no julgamento da citada Representação nº 930, as quais afirmavam que o serviço público de fiscalização do exercício profissional, a cargo de entes autárquicos especiais, denominados ordens ou conselhos, somente pode ser exercido pelo Estado se existe uma regulamentação legítima da profissão, entendida esta como a regulamentação das profissões que efetivamente reclamam condições de capacidade ou qualificações profissionais especiais. Após considerações sobre o tema, concluiu o Ministro Rodrigues Alckmin da seguinte forma:

"As ordens profissionais constituem organismos criados pelo Estado para o desempenho de serviço público relativo à fiscalização e disciplina de certas profissões. A legitimidade da criação dessas ordens pressupõe a legitimidade e a prévia existência de uma regulamentação profissional. Sem a legitimidade da função pública a ser desempenhada, não pode existir a autarquia profissional que a deva desempenhar. Somente quando a lei ordinária, legitimamente, exija condições de capacidade para o exercício de certa profissão é possível criar um organismo para desempenhar o serviço público de fiscalizar tal exercício profissional. E somente nesse caso é possível exigir o prévio registro profissional nessa ordem, que desempenhará o serviço público de verificar os títulos referentes àquelas condições de capacidade e de fiscalizar o exercício profissional."

É importante frisar, por outro lado, que a vedação constitucional a qualquer tipo de controle estatal prévio não faz pouco caso do elevado potencial da atividade jornalística para gerar riscos de danos ou danos efetivos à ordem, segurança, bem estar da coletividade e a direitos de

terceiros. O entendimento até aqui delineado não deixa de levar em consideração a potencialidade danosa da atividade de comunicação em geral e o verdadeiro poder que representam a imprensa e seus agentes na sociedade contemporânea.

Como afirmei no julgamento da ADPF nº 130, o poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa nasceu e se desenvolveu, como antes analisado, como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez represente a imprensa um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenbühl quando escreve que **"hoje não são tanto os media que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos media"** (Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 63).

Nesse mesmo sentido são as ponderações de Vital Moreira:

"No princípio a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a *liberdade da imprensa* face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de vista.

Mas em breve se revelou que a imprensa era também um *poder social*, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um

poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.

Agora torna-se necessário defender não só a liberdade da imprensa mas também a liberdade face à imprensa." (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora; 1994, p. 9).

O pensamento é complementado por Manuel da Costa Andrade, nos seguintes termos:

"Resumidamente, as empresas de comunicação social integram, hoje, não raro, grupos económicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da atividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável. O que, se por um lado resulta em ganhos indisfarçáveis de poder, redundando ao mesmo tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade económica. Tudo com reflexos decisivos em três direções: na direção do poder político, da atividade jornalística e das pessoas concretas atingidas (na honra, privacidade/intimidade, palavra ou imagem)." (op. Cit. P. 62)

É compreensível, assim, que o exercício desse poder social muitas vezes acabe por ser realizado de forma abusiva. É tênue a linha que separa a atividade regular de informação e transmissão de opiniões do ato violador de direitos da personalidade. E os efeitos do abuso do poder da imprensa são praticamente devastadores e de difícil reparação total. Mais uma vez citem-se as sensatas palavras de Ossenhühl sobre os efeitos perversos e muitas vezes irreversíveis do uso abusivo do poder da imprensa:

"Numa inextricável mistura de afirmações de fato e de juízos de valor ele (indivíduo) vê a sua vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim ele estará civicamente morto, vítima de assassínio da honra (*Rufmord*). Mesmo quando estas conseqüências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a

continuadora direta da tortura medieval. Em qualquer dos casos, é irrecusável o seu efeito-de-pelourinho" (Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 63)

No Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa. Como bem assevera Manuel da Costa Andrade, "*num mundo cada vez mais dependente da informação e condicionado pela sua circulação, também os eventos relacionados com a vida da própria imprensa e dos seus agentes (empresários, jornalistas, métodos e processos de trabalho, etc.) constituem matéria interessante e recorrente de notícia, análise e mesmo crítica. O que pode contender com o segredo, a privacidade, a intimidade, a honra, a palavra ou a imagem das pessoas concretamente envolvidas e pertinentes à área da comunicação social*" (op. cit. P. 59).

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.

Como se sabe, o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de controle prévio, mas de responsabilização civil e penal, sempre *a posteriori*. E,

como analisado acima, não há razão para se acreditar que a exigência de diploma de curso superior de jornalismo seja uma medida adequada e eficaz para evitar o exercício abusivo da profissão. De toda forma, 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, é de se concluir que não está ela autorizada constitucionalmente.

As considerações acima demonstram, ademais, a necessidade de proteção dos jornalistas não apenas em face do Estado, mas dos próprios meios de comunicação, ante seu poder quase incomensurável. Os direitos dos jornalistas, especificamente as garantias quanto ao seu estatuto profissional, devem ser assegurados em face do Estado, da imprensa e dos próprios jornalistas. E, novamente, a exigência de diploma comprovante da formatura em um curso de jornalismo não tem qualquer efeito nesse sentido.

Parece que, **nesse campo da proteção dos direitos e prerrogativas profissionais dos jornalistas, a autoregulação é a solução mais consentânea com a ordem constitucional e, especificamente, com as liberdades de expressão e de informação.**

Assim, como reconhece Jónatas Machado, **"a liberdade de expressão e de informação aponta no sentido da autoregulação dos jornalistas,** preferencialmente policêntrica, em termos que garantam a sua liberdade perante o Estado, as entidades privadas, as associações profissionais e os próprios colegas, não havendo sequer lugar para uma heteroregulação do sector, por vezes tida como indispensável para garantir o sucesso da autoregulação" (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão:*

dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora; 2002, p. 543).

Dessa forma, são os próprios meios de comunicação que devem estabelecer os mecanismos de controle quanto à contratação, avaliação, desempenho, conduta ética dos profissionais do jornalismo. Poderão as empresas de comunicação 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. Assim, como bem observa Jónatas Machado:

"num contexto em que o jornalismo se desdobra, com intensidade crescente, nas mais diversas especialidades, acompanhando a diferenciação funcional do sistema social, é duvidoso que não deva ser deixado ao critério das empresas de comunicação a valorização da experiência profissional adquirida pelos indivíduos nos mais diversos setores de atividade (v.g. economia, política, desporto, religião, etc.), relativamente àqueles que possuem uma formação universitária, mesmo que especializada no setor da comunicação. A garantia da diversidade do acesso à profissão, plenamente compatível com o respeito pelas normas éticas e deontológicas do jornalismo, pode ser excessivamente restringida pela tentativa de formatar os jornalistas, reconduzindo-os a um determinado tipo normativo, mediante, a exigência absoluta de um título universitário." (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora; 2002, p. 544)

Dentro dessa lógica, nada impede que as empresas de comunicação adotem como critério de contratação a exigência do diploma de curso superior em jornalismo.

Assim, esse tipo de orientação regulatória, ao permitir a *autopoiesis* do sistema da comunicação social, oferece uma maior proteção das liberdades de expressão e de informação

Enfim, as análises acima levam a crer 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.

Não fosse esse o entendimento, não poderíamos conceber a relevantíssima atividade jornalística de algumas conhecidas personalidades. García Marques, por exemplo, exerceu o jornalismo, sem diploma universitário, em jornais importantes da Colômbia, como o El Heraldo, El Espectador e El Universal. Foi correspondente internacional e, inclusive, fundador da fundação Neojornalismo Iberoamericano. Mario Vargas Llosa, formado em Direito, por muito tempo também exerceu a profissão de jornalista. Carlos Chagas, notório jornalista brasileiro, iniciou sua carreira em 1958, no jornal "O Globo", sem qualquer exigência de diploma. Nelson Rodrigues também foi jornalista. Barbosa Lima Sobrinho, bacharel em Direito, exerceu a profissão em jornais de Pernambuco, como o Jornal de Pernambuco e o Jornal do Recife, e em outros Estados, como o Jornal do Commercio (Rio de Janeiro), Gazeta (São Paulo) e Correio do Povo (Porto Alegre). Cláudio Barcelos de Barcelos, mais conhecido como Caco Barcelos, não tem formação superior, mas possui notório currículo em jornalismo investigativo. 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.

Importante ressaltar que essa interpretação também tem sido acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já se pronunciou sobre questão idêntica: o caso "*La colegiación obligatoria de periodistas*" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985).

Na ocasião, o Governo da Costa Rica, mediante comunicação de 8 de julho de 1985, submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (liberdade de expressão) em relação à obrigatoriedade de inscrição em ordem ou conselho profissional de jornalistas (Colegio de Periodistas), mediante a apresentação de título universitário, para o exercício da profissão jornalística. Assim foi posto o problema perante a Corte Interamericana:

"la consulta que se formula a la CORTE INTERAMERICANA comprende además y en forma concreta, requerimiento de opinión consultiva sobre si existe o no pugna o contradicción entre la colegiatura obligatoria como requisito indispensable para poder ejercer la actividad del periodista en general y, en especial del reportero -según los artículos ya citados de la Ley No. 4420- y las normas internacionales 13 y 29 de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. En ese aspecto, es necesario conocer el criterio de la CORTE INTERAMERICANA, respecto al alcance y cobertura del derecho de libertad de expresión del pensamiento y de información y las únicas limitaciones permisibles conforme a los artículos 13 y 29 de la CONVENCIÓN AMERICANA., con indicación en su caso de si hay o no congruencia entre las normas internas contenidas en la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas ya referidas (Ley No. 4420) y los artículos 13 y 29 internacionales precitados.

¿Está permitida o comprendida la colegiatura obligatoria del periodista y del reportero, entre las restricciones o limitaciones que autorizan los artículos 13 y 29 de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS? ¿Existe o no compatibilidad, pugna o incongruencia entre

aquellas normas internas y los artículos citados de la CONVENCIÓN AMERICANA?”

Participaram do processo como *amicus curiae* a Sociedad Interamericana de Prensa; o Colegio de Periodistas de Costa Rica, o World Press Freedom Committee, o International Press Institute, o Newspaper Guild e a International Association of Broadcasting; o American Newspaper Publishers Association, a American Society of Newspaper Editors e a Associated Press; a Federación Latinoamericana de Periodistas, a International League for Human Rights; e o Lawyers Committee for Human Rights, o Americas Watch Committee e o Committee to Protect Journalists.

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. Vale transcrever alguns trechos dos fundamentos dessa importante decisão:

“53. Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido.

54. En verdad no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien

informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática. La Corte considera que la colegiación obligatoria de los periodistas, en los términos en que ha sido planteada para esta consulta, no configura un supuesto de esta especie.

55. La supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo pueda ser irrespetado. En efecto, también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.

56. Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

57. Como ha quedado dicho en los párrafos precedentes una restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatoria de la Convención, según se ajuste o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 13.2. Cabe entonces analizar la situación de la colegiación obligatoria de los periodistas frente a la mencionada disposición.

58. Por efecto de la colegiación obligatoria de los periodistas, la responsabilidad, incluso penal, de los no colegiados puede verse comprometida si, al "difundir informaciones e ideas de toda índole... por cualquier... procedimiento de su elección" invaden lo que, según la ley, constituye ejercicio profesional del periodismo. En consecuencia, esa colegiación envuelve una restricción al derecho de expresarse de los no colegiados, lo que obliga a examinar si sus fundamentos caben dentro de los considerados legítimos por la Convención para determinar si tal restricción es compatible con ella.

59. La cuestión que se plantea entonces es si los fines que se persiguen con tal colegiación entran dentro de los autorizados por la Convención, es

decir, son "necesari(os) para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (art. 13.2).

60. La Corte observa que los argumentos alegados para defender la legitimidad de la colegiación obligatoria de los periodistas no se vinculan con todos los conceptos mencionados en el párrafo precedente, sino sólo con algunos de ellos. Se ha señalado, en primer lugar, que la colegiación obligatoria es el modo normal de organizar el ejercicio de las profesiones en los distintos países que han sometido al periodismo al mismo régimen. Así, el Gobierno ha destacado que en Costa Rica

existe una norma de derecho no escrita, de condición estructural y constitutiva, sobre las profesiones, y esa norma puede enunciarse en los siguientes términos: toda profesión deberá organizarse mediante una ley en una corporación pública denominada colegio.

En el mismo sentido la Comisión señaló que

Nada se opone a que la vigilancia y control del ejercicio de las profesiones, se cumpla, bien directamente por organismos oficiales, o bien indirectamente mediante una autorización o delegación que para ello haga el estatuto correspondiente, en una organización o asociación profesional, bajo la vigilancia o control del Estado, puesto que ésta, al cumplir su misión, debe siempre someterse a la Ley. La pertenencia a un Colegio o la exigencia de tarjeta para el ejercicio de la profesión de periodista no implica para nadie restricción a las libertades de pensamiento y expresión sino una reglamentación que compete al Poder Ejecutivo sobre las condiciones de idoneidad de los títulos, así como la inspección sobre su ejercicio como un imperativo de la seguridad social y una garantía de una mejor protección de los derechos humanos (Caso Schmidt, supra 15)"

El Colegio de Periodistas de Costa Rica destacó igualmente que "este mismo requisito (la colegiación) existe en las leyes orgánicas de todos los colegios profesionales". Por su parte, la Federación Latinoamericana de Periodistas, en las observaciones que remitió a la Corte como *amicus curiae*, señaló que algunas constituciones latinoamericanas disponen la colegiación obligatoria para las profesiones que

señale la ley, en una regla del mismo rango formal que la libertad de expresión.

61. En segundo lugar se ha sostenido que la colegiación obligatoria persigue fines de utilidad colectiva vinculados con la ética y la responsabilidad profesionales. El Gobierno mencionó una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en cuyos términos

es verdad que esos colegios también actúan en interés común y en defensa de sus miembros, pero nótese que aparte de ese interés hay otro de mayor jerarquía que justifica establecer la colegiatura obligatoria en algunas profesiones, las que generalmente se denominan liberales, puesto que además del título que asegura una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan estos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren de sus servicios. Todo ello es de interés público y el Estado delega en los colegios la potestad de vigilar el correcto ejercicio de la profesión.

En otra ocasión el Gobierno dijo:

Otra cosa resulta de lo que podríamos llamar el ejercicio del periodismo como "profesión liberal". Eso explica que la misma Ley del Colegio de Periodistas de Costa Rica permita a una persona constituirse en comentarista y aún en columnista permanente y retribuido de un medio de comunicación, sin obligación de pertenecer al Colegio de Periodistas.

El mismo Gobierno ha subrayado que

el ejercicio de ciertas profesiones entraña, no sólo derechos sino deberes frente a la comunidad y el orden social. Tal es la razón que justifica la exigencia de una habilitación especial, regulada por Ley, para el desempeño de algunas profesiones, como la del periodismo.

Dentro de la misma orientación, un delegado de la Comisión, en la audiencia pública de 8 de noviembre de 1985, concluyó que

la colegiatura obligatoria para periodistas o la exigencia de tarjeta profesional no implica negar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, ni restringirla o limitarla, sino únicamente reglamentar su ejercicio para que cumpla su función social, se respeten los derechos de los demás y se proteja el orden público, la salud, la moral y la seguridad nacionales. La colegiatura obligatoria busca el control, la inspección y vigilancia sobre la profesión de periodistas para garantizar la ética, la idoneidad y el mejoramiento social de los periodistas.

En el mismo sentido, el Colegio de Periodistas afirmó que "la sociedad tiene derecho, en aras de la protección del bien común, de regular el ejercicio profesional del periodismo" ; e igualmente que "el manejo de este pensamiento ajeno, en su presentación al público requiere del trabajo profesional no solamente capacitado, sino obligado en su responsabilidad y ética profesionales con la sociedad, lo cual tutela el Colegio de Periodistas de Costa Rica".

62. También se ha argumentado que la colegiación es un medio para garantizar la independencia de los periodistas frente a sus empleadores. El Colegio de Periodistas ha expresado que el rechazo a la colegiación obligatoria

equivaldría a facilitar los objetivos de quienes abren medios de comunicación en América Latina, no para el servicio de la sociedad sino para defender intereses personales y de pequeños grupos de poder. Ellos preferirían continuar con un control absoluto de todo el proceso de comunicación social, incluido el trabajo de personas en función de periodistas, que muestren ser incondicionales a esos mismos intereses.

En el mismo sentido, la Federación Latinoamericana de Periodistas expresó que esa colegiación persigue, *inter alia*,

garantizarle a sus respectivas sociedades el derecho a la libertad de expresión del pensamiento en cuya firme defensa han centrado sus luchas... Y con relación al derecho a la información nuestros gremios han venido enfatizando la necesidad de democratizar el flujo informativo en la relación emisor-receptor para que la ciudadanía tenga acceso y reciba una

información veraz y oportuna, lucha esta que ha encontrado su principal traba en el egoísmo y ventajismo empresarial de los medios de comunicación social.

63. La Corte, al relacionar los argumentos así expuestos con las restricciones a que se refiere el artículo 13.2 de la Convención, observa que los mismos no envuelven directamente la idea de justificar la colegiación obligatoria de los periodistas como un medio para garantizar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, "o la salud o la moral públicas" (art. 13.2); más bien apuntarían a justificar la colegiación obligatoria como un medio para asegurar el orden público (art. 13.2.b)) como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática (art. 32.2).

64. En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público. La Corte interpreta que el alegato según el cual la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general y que ello justifica que se someta a dicho régimen también a los periodistas, implica la idea de que tal colegiación se basa en el orden público.

65. El bien común ha sido directamente invocado como uno de los justificativos de la colegiación obligatoria de los periodistas, con base en el artículo 32.2 de la Convención. La Corte analizará el argumento pues considera que, con prescindencia de dicho artículo, es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.

66. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente

a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. De ahí que los alegatos que sitúan la colegiación obligatoria como un medio para asegurar la responsabilidad y la ética profesionales y, además, como una garantía de la libertad e independencia de los periodistas frente a sus patronos, deben considerarse fundamentados en la idea de que dicha colegiación representa una exigencia del bien común.

67. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

68. La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

69. Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la

información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. En este sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló:

que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocos con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino... establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho. ("Austria vs. Italy", Application No.788/60, European Yearbook of Human Rights, vol.4, (1961), pág. 138).

También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.

70. La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

71. Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano.

72. El argumento según el cual una ley de colegiación obligatoria de los periodistas no difiere

de la legislación similar, aplicable a otras profesiones, no tiene en cuenta el problema fundamental que se plantea a propósito de la compatibilidad entre dicha ley y la Convención. El problema surge del hecho de que el artículo 13 expresamente protege la libertad de "buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa..." La profesión de periodista -lo que hacen los periodistas- implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

73. Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina -es decir, lo que hacen los abogados o los médicos- no es una actividad específicamente garantizada por la Convención. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta. Pero no existe un sólo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina.

74. Se ha argumentado que la colegiación obligatoria de los periodistas lo que persigue es proteger un oficio remunerado y que no se opone al ejercicio de la libertad de expresión, siempre que ésta no comporte un pago retributivo, y que, en tal sentido, se refiere a una materia distinta a la contenida en el artículo 13 de la Convención. Este argumento parte de una oposición entre el periodismo profesional y el ejercicio de la libertad de expresión, que la Corte no puede aprobar. Según esto, una cosa sería la libertad de expresión y otra el ejercicio profesional del periodismo, cuestión esta que no es exacta y puede, además, encerrar serios peligros si se lleva hasta sus últimas consecuencias. **El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado.**

Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales.

75. Por otra parte, el argumento comentado en el párrafo anterior, no tiene en cuenta que la libertad de expresión comprende dar y recibir información y tiene una doble dimensión, individual y colectiva. Esta circunstancia indica que el fenómeno de si ese derecho se ejerce o no como profesión remunerada, no puede ser considerado como una de aquellas restricciones contempladas por el artículo 13.2 de la Convención porque, sin desconocer que un gremio tiene derecho de buscar las mejores condiciones de trabajo, ésto no tiene por qué hacerse cerrando a la sociedad posibles fuentes de donde obtener información.

76. La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.

77. Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.

78. Se ha señalado igualmente que la colegiación de los periodistas es un medio para el fortalecimiento del gremio y, por ende, una garantía de la libertad e independencia de esos profesionales y un imperativo del bien común. No escapa a la Corte que la libre

circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación. Pero no basta para ello que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquéllos que se dedican profesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio. Se trata, pues, de un argumento fundado en un interés legítimo de los periodistas y de la colectividad en general, tanto más cuanto son posibles e, incluso, conocidas las manipulaciones sobre la verdad de los sucesos como producto de decisiones adoptadas por algunos medios de comunicación estatales o privados.

79. En consecuencia, la Corte estima que la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar. Sin embargo, en los términos de la Convención, **las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las "necesarias para asegurar" la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, ésto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención. En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad.**

80. También está conforme la Corte con la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y que sancione las infracciones a esa ética. Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales. Pero, en lo que se refiere a los periodistas, deben tenerse en cuenta las restricciones del artículo 13.2 y las características propias de este ejercicio profesional a que se hizo referencia antes (supra 72-75).

81. De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una

determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas.

Também 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.

O Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009, elaborado pela Dra. Catalina Botero, Relatora Especial da OEA para a Liberdade de Expressão, traz conclusões nesse sentido:

"G. Los periodistas y los medios de comunicación social

1. Importancia del periodismo y de los medios para la democracia; caracterización del periodismo bajo la Convención Americana

177. El periodismo, en el contexto de una sociedad democrática, representa una de las manifestaciones más importantes de la libertad de expresión e información. Las labores periodísticas y las actividades de la prensa son elementos fundamentales para el funcionamiento de las democracias, ya que son los periodistas y los medios de comunicación quienes mantienen informada a la sociedad sobre lo que ocurre y sus distintas interpretaciones, condición necesaria para que el debate público sea fuerte, informado y vigoroso. También es claro que una prensa independiente y crítica es un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático.

178. En efecto, la jurisprudencia interamericana ha sido consistente en reafirmar que, en tanto piedra angular de una sociedad democrática, la libertad de expresión es una condición esencial para que la sociedad esté suficientemente informada; que la

máxima posibilidad de información es un requisito del bien común, y es el pleno ejercicio de la libertad de información el que garantiza tal circulación máxima; y que la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información, y del respeto a los medios de comunicación.

179. La importancia de la prensa y del status de los periodistas se explica, en parte, por la indivisibilidad entre la expresión y la difusión del pensamiento y la información, y por el hecho de que una restricción a las posibilidades de divulgación representa, directamente y en la misma medida, un límite al derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva. De allí que, en criterio de la Corte Interamericana, las restricciones a la circulación de información por parte del Estado deban minimizarse, en atención a la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que tal importancia impone a los periodistas y comunicadores sociales.

180. El vínculo directo que tiene con la libertad de expresión diferencia al periodismo de otras profesiones. En criterio de la Corte Interamericana, el ejercicio del periodismo implica que una persona se involucre en actividades definidas o comprendidas en la libertad de expresión que la convención Americana protege específicamente, las cuales están específicamente garantizadas mediante un derecho que coincide en su definición con la actividad periodística. Así, el ejercicio profesional del periodismo no puede diferenciarse del ejercicio de la libertad de expresión -por ejemplo atendiendo al criterio de la remuneración-: son actividades 'evidentemente imbricadas', y el periodista profesional es simplemente quien ejerce su libertad de expresión en forma continua, estable y remunerada. Por su estrecha imbricación con la libertad de expresión, el periodismo no puede concebirse simplemente como la prestación de un servicio profesional al público mediante la aplicación de conocimientos adquiridos en una universidad, o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional (como podría suceder con otros profesionales), pues el periodismo se vincula con la libertad de expresión inherente a todo ser humano. En términos de la Corte, los periodistas se dedican profesionalmente al ejercicio de la libertad de expresión definida expresamente en la Convención, a través de la comunicación social.

181. Por lo tanto, para la jurisprudencia interamericana, las razones de orden público que

justifican la colegiatura de otras profesiones no se pueden invocar válidamente en caso del periodismo, porque llevan a limitar en forma permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho a hacer pleno uso de las facultades que el artículo 13 reconoce a toda persona, "lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta". En este sentido el principio 6 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana expresa que "la colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión."

182. En el mismo sentido, los Relatores Especiales de la ONU, la OEA y la OSCE sobre Libertad de Expresión, en su Declaración Conjunta de 2003, recordaron que "el derecho a la libertad de expresión garantiza a todas las personas la libertad de buscar, recibir y difundir información a través de cualquier medio y que, como consecuencia de ello, los intentos de limitar el acceso al ejercicio del periodismo son ilegítimos", y en consecuencia declararon (i) que "a los periodistas no se les debe exigir licencia o estar registrados", (ii) que "no deben existir restricciones legales en relación con quiénes pueden ejercer el periodismo", (iii) que "los esquemas de acreditación a periodistas sólo son apropiados si son necesarios para proveerles de acceso privilegiado a algunos lugares y/o eventos; dichos esquemas deben ser supervisados por órganos independientes y las decisiones sobre la acreditación deben tomarse siguiendo un proceso justo y transparente, basado en criterios claros y no discriminatorios, publicados con anterioridad"; y (iv) que "la acreditación nunca debe ser objeto de suspensión solamente con base en el contenido de las informaciones de un periodista".

183. Ahora bien, en cuanto a los medios de comunicación social, la jurisprudencia interamericana ha resaltado que éstos cumplen un papel esencial en tanto vehículos o instrumentos para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática. La libertad de expresión es particularmente importante en su aplicación a la prensa; a los medios de comunicación compete la tarea de transmitir información e ideas sobre asuntos de interés público, y el público tiene derecho a recibirlas. En tal sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión afirmaron, en

su declaración conjunta de 1999, que "los medios de comunicación independientes y pluralistas son esenciales para una sociedad libre y abierta y un gobierno responsable."

Concluo, portanto, no sentido de que o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Não se esqueça que, tal como o Decreto-Lei nº 911/69 - que equiparava, para todos os efeitos legais, inclusive a prisão civil, o devedor-fiduciante ao depositário infiel na hipótese do inadimplemento das obrigações pactuadas no contrato de alienação fiduciária em garantia, e foi declarado inconstitucional por esta Corte no recente julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349.703 (Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes) e nº 466.343 (Relator Ministro Cezar Peluso)³³ -, o Decreto-Lei nº 972, também de 1969, foi editado sob a égide do regime ditatorial instituído pelo Ato Institucional nº 5, de 1968. Também assinam este Decreto as três autoridades militares que estavam no comando do país na época: os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes conferiu o Ato Institucional nº 16, de 1969 e o Ato institucional nº 5, de 1968. Está claro que a exigência de diploma de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão tinha uma finalidade de simples entendimento: afastar dos meios de comunicação intelectuais, políticos e artistas que se opunham ao regime militar. Fica patente, assim, que o referido ato normativo atende a outros valores que não estão mais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. Assim como ficou consignado naquele julgamento, reafirmo que não só o Decreto-Lei nº 911/1969, mas também

³³ STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

este Decreto-Lei nº 972/1969 não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto do atual Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Esses são os fundamentos que me levam a conhecer do recurso e a ele dar provimento.

É como voto.