

4

Análise de casos de correção legislativa de decisão judicial no Brasil

Nesse capítulo serão analisados alguns casos de correção legislativa via emenda constitucional de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A metodologia indicada na parte introdutória do trabalho ressalta a possibilidade de reversão da tão temida “última palavra” proferida pelo órgão não eleito diretamente pelo povo. Se há de fato essa “última palavra” nas decisões judiciais, como matérias de interesses tão díspares foram passíveis de modificação pelo Poder Legislativo?

Tentaremos demonstrar a existência do diálogo político entre as instâncias de Poder na engenharia constitucional brasileira, sem que isso constitua uma ruptura na ordem jurídica pré-estabelecida. A apresentação dos casos, conforme manifestado na introdução do trabalho pautar-se-á pela seguinte organização metodológica: referência da decisão judicial corrigida, síntese dos fatos envolvidos (com aportes doutrinários, caso necessário) e norma utilizada como correção legislativa.

4.1

O caso paradigma: a contribuição de custeio para iluminação pública

O caso da contribuição para o custeio de iluminação pública além de exercer papel relevante na elaboração deste trabalho guarda contornos específicos, como a complexidade inerente às matérias tributárias e a posterior arguição de inconstitucionalidade na mesma correção legislativa. Sem digressões excessivas, uma vez que nosso objetivo é demonstrar o fenômeno das correções legislativas no direito brasileiro, procuraremos acrescentar o posicionamento de alguns doutrinadores de direito tributário, pela exata razão de estarmos adentrando na seara de um ramo jurídico que detém características próprias.

O serviço de iluminação pública sempre despertou controvérsias na doutrina e na jurisprudência ¹ pela falta de especificidade desta figura tributária. Os municípios, principais interessados na instituição do tributo, durante determinado período, tentaram efetuar a cobrança pelo fornecimento do serviço de iluminação mediante taxa, entendimento rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal.

O caso que analisaremos ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, mais especificamente no Município de Niterói, quando em 1993, o referido município editou a Lei 1.244, ² a qual pretendia instituir cobrança de iluminação pública mediante taxa. A lei em cotejo foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal que no julgamento do recurso extraordinário 233.332, ³ considerou inconstitucional tal cobrança, conforme as palavras do Relator, Ministro Ilmar Galvão: “a taxa de iluminação pública (...) é exação fiscal que não se reveste da característica de taxa, posto não corresponder à contraprestação de serviço público específico e divisível.” ⁴

Cabe ressaltar que o supracitado recurso foi interposto pelo próprio Município de Niterói que defendia que os serviços de iluminação pública são específicos e divisíveis. No que tange ao primeiro requisito, sustentou-se que são capazes “de proporcionar vantagens e utilidades um indivíduo (contribuinte) ou grupo de indivíduos (contribuintes).” Em relação à divisibilidade, a tese defendeu que o referido serviço comporta “possibilidade de perfeita identificação e divisão física das áreas abrangidas e beneficiadas.”

Apesar dos argumentos em favor da manutenção da cobrança, o Tribunal por unanimidade não conheceu do recurso extraordinário e declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei municipal que pretendiam instituir aquele tributo. Tal posicionamento firmou-se nas recorrentes decisões do

¹ Cabe ressaltar que o recurso que será analisado neste item não representa o único julgado pelo STF sobre o tema da inconstitucionalidade de contraprestações estatais instituídos pela figura da taxa. Destacam-se, também: RE 209.365 – SP, RE 218.061 – SP, RE 204.827 – SP.

² A Lei nº 1.244 de 20/12/1993 almejava dar nova redação aos artigos 176 e 179 da Lei Municipal nº 480 de 24/11/83, ambas referentes ao Município de Niterói, criando assim a cobrança de iluminação pública por meio de taxa.

³ RE 233.332/RJ, Relator Ilmar Galvão, 10/03/1999.

V. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=RE&numero=233332>. Acesso em 17/10/2009.

⁴ RE 233.332/RJ, Relator Ilmar Galvão, 10/03/1999.

Supremo Tribunal até a edição da Súmula 670, em outubro de 2003, segundo a qual o “serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.”

No fim de 2002, no entanto, o Poder Legislativo editou a Emenda Constitucional nº 39/02 acrescentando nova figura tributária ao extenso rol das espécies previstas no ordenamento brasileiro. Deste modo, foi incluído o dispositivo 149 – A⁵ à Constituição da República, através do qual os serviços de iluminação pública passariam a ser cobrados mediante a figura da contribuição.

A correção legislativa do posicionamento da Corte, ao criar nova figura tributária, sofreu duras críticas de grande parte da doutrina especializada. Conforme entendimento do professor Paulo de Barros Carvalho:

“(…) trata-se de contribuição para o custeio de iluminação pública, a que se refere o art. 149–A da carta Magna introduzida pela Emenda Constitucional nº 39 / 2002. O constituinte derivado ampliou o rol de competência tributária, **criando nova modalidade de contribuição**. Ao fazer uso dessa faculdade, **o legislador deverá observar os limites impostos pelo Texto Supremo.**”⁶ (g. n.)

O tributarista Luciano Amaro é ainda mais enfático ao conceituar essa nova espécie tributária:

“A Emenda Constitucional nº 39/2002 acrescentou ao já complexo quadro de contribuições mais uma figura, qual seja, a da contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, adicionada à competência dos Municípios e do Distrito Federal. **Iluminação pública não é serviço a que pudesse ser atrelada a figura da taxa, dado que não é divisível**. Quedaria, portanto, no campo dos serviços gerais e indivisíveis, financiáveis pela receita de impostos, a exemplo de outras atividades desempenhadas pelo Poder Público no interesse da comunidade (bombeiros, segurança pública etc.). Com o intuito de dar nova fonte de receita para os Municípios (e Distrito federal), **a emenda criou mais um exemplar dessas figuras insólitas, genericamente batizadas com o nome de contribuição (...)**”⁷ (g. n.)

Por outro lado, o professor Ricardo Lobo Torres entende que o novo tributo, apesar de considerá-lo “contribuição especial anômala,” “não ofende os princípios da isonomia, capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade.” O ponto mais relevante destacado pelo professor, refere-se ao

⁵ Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150. I e III.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 78.

⁷ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 78.

reconhecimento de que a emenda que instituiu o referido tributo se trata de “mais um caso de correção da jurisprudência equivocada do STF.”⁸ Deste modo, a doutrina pátria, ao menos no que tange ao direito tributário, começa a reconhecer o fenômeno da correção legislativa de decisão judicial.

Não obstante as críticas de parte da doutrina especializada, a Emenda foi considerada constitucional, conforme decisão da maioria do Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Extraordinário 573-675/SC.⁹ O recurso interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina pretendia arguir a inconstitucionalidade de lei complementar editada pelo Município de São José que instituiu a cobrança do serviço de iluminação pública por meio de contribuição por ofensa ao princípio da isonomia. Afinal, a supracitada lei municipal estabeleceu distintas faixas de cobrança, inclusive entre pessoas físicas e jurídicas, ferindo o princípio da isonomia tributária.

O recurso foi julgado improcedente pela maioria dos Ministros do STF por entender que a progressividade da alíquota não ofende o princípio da capacidade contributiva e que a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários, tampouco, ofende o princípio da isonomia tributária. Nesse sentido, conforme se pode observar no posicionamento do Relator do recurso, Ministro Ricardo Lewandowski:

“Tributo de caráter *sui generis*, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. A COSIP constitui um novo tipo de contribuição, que refoge aos padrões estabelecidos nos artigos 149 e 195 da Constituição Federal. Cuida-se, com efeito, de uma exação subordinada a disciplina própria, qual seja, a do artigo 149 – A CF, sujeita, contudo, aos princípios constitucionais tributários, visto enquadrar-se, inequivocadamente em gênero tributo.”

O voto vencido foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio, quem questionou a possível inconstitucionalidade da norma, dando ensejo a um breve debate com o Ministro Gilmar Mendes. Aquele chegou a trazer argumentos contrários à possibilidade de “se contornar uma decisão do Supremo mediante emenda constitucional”. No entanto, foram as palavras proferidas pelo Ministro

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. p. 427.

⁹ RE 573.675 – SC. Ver na íntegra:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=593814>. Acesso em 17/09/2009.

Mendes – que motivaram parte deste trabalho -, as quais prevaleceram juntamente com o entendimento da maioria. Segundo ele, trata-se do fenômeno da correção legislativa de decisão judicial por emenda constitucional, o qual não atingiu cláusulas pétreas.

4.2

Criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios

A recente promulgação em 18 de dezembro de 2008 da Emenda Constitucional nº 57¹⁰ guarda contornos interessantes. Inicialmente, por se tratar de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de controle abstrato, mais especificamente em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIo). Em seguida, por ter como legitimado ativo o próprio Poder Legislativo, no caso a Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso. E por fim, a possibilidade de o Parlamento afirmar sua posição, não através da promulgação de emenda constitucional, mas sob a forma de lei complementar que era o instrumento suficientemente adequado para promover a correção necessária.

De acordo com seu texto, a referida emenda teve como escopo acrescentar artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Conforme dispunha a Emenda Constitucional nº 15,¹¹ promulgada em 12 de dezembro de 1996, tais transformações na configuração dos municípios seriam feitas através de lei estadual dentro do período estipulado por lei complementar federal. No entanto, de acordo com os argumentos aduzidos pela Assembléia de Mato Grosso em sede de ADIo 3682¹² ajuizada em meados de 2007, havia transcorrido mais de dez anos sem que o

¹⁰ Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: "[Art. 96](#). Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação."

¹¹ Art. 18. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

¹² ADIo 3682 – 3 / Mato Grosso . Ver endereço eletrônico do STF para ter acesso ao julgado na íntegra.

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI&numero=3682>. Acesso em 12/03/2010.

Legislativo Federal efetivasse a regulamentação daquele mandamento constitucional.

Segundo os argumentos mencionados pelo Relator da ação, Ministro Gilmar Mendes, vários estados da federação sofriam os prejuízos decorrentes da ausência de norma regulamentadora. Somente no estado requerente, Mato Grosso, existia mais de quarenta municípios aguardando tal regulamentação.

A ADI foi ajuizada em face do Presidente da República e do Congresso Nacional e almejava suprir a “inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar lei complementar federal a que alude o artigo 18, § 4º da Constituição da República.”¹³

O ponto principal suscitado em argumentação do Ministro Mendes concerne ao controle de constitucionalidade por omissão legislativa. O tema é enfrentado pelo Ministro que recorre à moderna doutrina alemã no intuito de buscar elementos para a sua construção jurisprudencial. Dentre as questões levantadas por ele estão algumas concernentes à possibilidade de caracterização e posterior colmatação de lacuna inconstitucional, bem como as consequências jurídicas de tal declaração. Tema, portanto, de índole jusfilosófica e de grande complexidade, incluso no direito comparado.

O Ministro inicia seu voto, enaltecendo o esforço que vem sendo feito pela jurisprudência pátria para avançar no conteúdo e natureza dos institutos constitucionais, - a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, - através dos quais se busca preencher uma lacuna legislativa. De acordo com o ministro não há que se falar em omissão total, já que “alguns projetos de lei foram apresentados e discutidos no âmbito das casas legislativas”. Por outro lado, “essas peculiaridades da atividade parlamentar,” não podem afetar o processo legislativo, tampouco a edição de norma expressamente prevista pelo ordenamento constitucional vigente.

Nesse sentido, após breve debate sobre a fixação de prazo razoável para o Congresso legislar, ficou decidido pela maioria dos ministros do STF, o prazo de dezoito meses para que aquele adotasse as providências legislativas necessárias para o cumprimento da norma constitucional. O Min. Carlos Ayres Britto seguiu o

¹³ V. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI&numero=3682>. Acesso em 12/03/2010.

voto do relator ao considerara a mora do Legislativo e por entender que sua inércia “trava a própria dinâmica da federação”.

A matéria tramitou na Câmara dos Deputados como PEC 495 / 06¹⁴ e no Senado como PEC 12A / 04,¹⁵ até ser finalmente promulgada em 18 de dezembro de 2008 por meio da Emenda Constitucional 57. Segundo seu texto, consideram-se válidos os atos dos municípios cujas leis tenham sido publicadas antes de 31 de dezembro de 2006 e que atendam aos requisitos da legislação de seus respectivos estados.

O caso relata um legítimo diálogo político interpoderes, através do qual uma assembléia legislativa estadual provocou o Poder Judiciário no objetivo de ver declarada a inércia legislativa do Congresso Nacional. Trata-se de único exemplo pesquisado de decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

4.3

Recomposição das Câmaras Municipais

O debate em torno do número de vereadores municipais definido pelo artigo 29, IV “a” da Constituição da República¹⁶ teve início por meio de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de São Paulo em ação civil pública na qual se pretendia arguir a inconstitucionalidade de lei editada pelo Município de Mira Estrela. A discussão, não obstante levada ao Supremo Tribunal por meio do supracitado recurso, já havia sido provocada no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral,¹⁷ o qual não considerou violação a preceito constitucional a referida norma municipal.

¹⁴ V. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=312135. Acesso em 13/03/2010.

¹⁵ V. http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88596. Acesso em 13/03/2010.

¹⁶ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nessa Constituição, nas Constituições do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de quarenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes; (...).

¹⁷ O TSE entendeu que a definição do número de vereadores por município poderia ser fixada por Lei orgânica, desde que não violasse os limites estabelecidos pela Constituição da República.

No caso em tela, embora o número de vereadores proposto pela Lei orgânica de Mira Estrela não ultrapassasse mandamento constitucional, o Ministério Público entendeu como violação ao princípio da isonomia e da proporcionalidade, conforme posicionamento defendido no RE nº 197.917 – 8.¹⁸ No tocante à isonomia, a tese do Parquet sustentava que “municípios menos populosos não poderiam comportar mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior,” sendo-lhes exigido parâmetros matemáticos mais rígidos no intuito de delimitar a ação de tais legislativos municipais. Em relação ao segundo princípio, defendeu-se a estrita observância da proporção relacionada com o número de habitantes dos respectivos municípios, a fim de que o artigo 37 da Constituição de República restasse preservado.

A inconstitucionalidade arguida pelo MP tinha como alvo principal o aumento desproporcional - já que sua pequena população era de aproximadamente dois mil e seiscentos habitantes - motivado pelo artigo 6º Lei orgânica 286 de março de 1990 do referido município, a qual aumentou de nove para onze o número de vereadores.

Segundo acórdão proferido pelo Plenário do STF em 24 de março de 2004, a maioria dos ministros entendeu se tratar de lei inconstitucional e recomendou à Câmara dos Vereadores que adotasse as medidas necessárias para adequar a composição aos parâmetros fixados, mantendo, no entanto, preservados os direitos dos vereadores já empossados.

Tal decisão ensejou a abertura da via para a correção legislativa, conforme passaremos a analisar. Neste sentido, posiciona-se Ribas Vieira ao analisar o caso em sua obra: “evidencia-se que, no tema, nem mesmo o próprio STF parecia convencido de que sua pronúncia na matéria se constituiria a última palavra, sendo possível a reação política que se seguiu.”¹⁹ Apesar da utilização de expressão diversa, o professor conclui pela possibilidade de reversão da decisão proferida pela última instância do poder Judiciário, conforme assentado em suas

Resolução TSE nº 21.702/2004
http://www.tse.gov.br/servicos_online/catalogo_publicacoes/jurisprudencia_eletronica/livros/regist_rodacandidato/17numero_vereadores.htm. Acesso em 21/03/2010.

¹⁸ RE 197.917 – 8 São Paulo. Ver inteiro teor da decisão do STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=197917&classe=RE>.

Acesso em 21/03/2010.

¹⁹ VIEIRA, José Ribas (org). op. cit. p. 94.

próprias palavras. O que para nós, configura espécie de diálogo político substanciado por meio do fenômeno da correção legislativa de decisão judicial.

Os efeitos do acórdão proferido pelo STF foram sentidos na esfera política no âmbito municipal e federal, afinal o mandato de aproximadamente oito mil vereadores estaria sob risco. Como reação à decisão judicial, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal iniciaram intensa movimentação política, motivada, sobretudo pelos legislativos municipais, visando à propositura de emenda constitucional que pudesse corrigir tal entendimento.

Na esteira, advieram diversas propostas de emenda à Constituição, com destaque à PEC 336 de 2009²⁰ de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá de São Paulo, criando vinte e quatro faixas²¹ de composição das Câmaras Municipais. Deste modo, não restariam dúvidas ou abstrações passíveis de interpretação em dissonância com a vontade legislativa.

A correção, portanto, se deu por meio de emenda constitucional que alterou o artigo 29 da Constituição, bem como inseriu um novo dispositivo²² com o objetivo de fixar teto orçamentário às despesas legislativas municipais. Destarte, em 23 de setembro de 2009 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 58, que além de promover as reformas supracitadas, buscou estabelecer efeitos retroativos ao inciso IV do artigo 29 para as eleições organizadas a partir do início do ano anterior.

²⁰ PEC 336/2009. V. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=426299. Acesso em 21/03/2010.

²¹ As vinte e quatro faixas a que nos referimos referem-se às alíneas “a” à “x” do inciso IV, artigo 29 da Constituição da República, o qual trata do limite máximo na composição das Câmaras Municipais.

²² "Art. 29-A. (...) **I** - 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes; **II** - 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes; **III** - 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes; **IV** - 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes; **V** - 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; **VI** - 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.

4.4

A correção por proposta de emenda constitucional. A PEC 386: exigência de diploma de jornalismo

O caso sob análise, embora não tenha apresentado um desfecho, o que nos impede afirmar a incidência do fenômeno da correção legislativa de decisão judicial, fornece um interessante roteiro dos principais passos adotados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo nesse diálogo político em torno da exigência do diploma de jornalismo para o exercício da profissão. Em 17 de junho de 2009,²³ o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972/1969, o qual exigia diploma e registro profissional como condição para o exercício da profissão de jornalista. De acordo com o mencionado artigo:

Art. 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: (...)V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por êste credenciada, para as funções relacionadas de " a " a " g " no artigo 6º.²⁴

Cabe ressaltar que as funções elencadas nas alíneas “a” a “g” do respectivo artigo 6º, referem-se à quase totalidade das atividades empreendidas por aquele profissional, exceto ilustrador, repórter fotográfico ou cinematográfico e diagramador. Ou seja, restaram tão-somente algumas atividades as quais, pela própria natureza, não são específicas de graduados em cursos de jornalismo.

²³ Maiores detalhes sobre o caso podem ser obtidos através do sítio do STF. V. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109717>. Acesso em 19/03/2010.

²⁴ Art. 6º As funções desempenhadas pelos jornalistas profissionais, como empregados, serão assim classificadas: Redator: aquele que além das incumbências de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários; b) Noticiarista: aquele que tem o encargo de redigir matéria de caráter informativo, desprovida de apreciação ou comentários; c) Repórter: aquele que cumpre a determinação de colhêr notícias ou informações, preparando-a para divulgação; d) Repórter de Setor: aquele que tem o encargo de colhêr notícias ou informações sobre assuntos pré-determinados, preparando-as para divulgação; e) Rádio-Repórter: aquele 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: aquele 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: aquele que tem o encargo de rever as provas tipográficas de matéria jornalística; (...)

A inconstitucionalidade da norma foi arguida em sede de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (Sertesp) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que entendia ser condição necessária a posse do diploma. De acordo com o acórdão em tela:

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. (...) 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. ²⁵ (g. n.)

Diante da posição sustentada pelo TRF da 3ª Região, o MPF e a Sertesp interpuseram o RE 511.961, sob o argumento de que o Decreto-Lei em questão, promulgado pelos ministros das Forças Armadas ²⁶ à época, não havia sido recepcionado pelo ordenamento constitucional de 1988.

²⁵ Parte do voto do Relator do TRF da 3ª Região ao julgar recurso de apelação interposto pela União, pela Federação Nacional de Jornalistas (Fenaj) e pelo Sindicato dos Jornalistas do Estado de São Paulo. V. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=511961&classe=RE>. Acesso em 20/03/2010.

²⁶ O Decreto-Lei 972 foi promulgado em 1969 pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, de acordo com o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Sobre os responsáveis pela edição do decreto, o Ministro Gilmar Mendes teve oportunidade de se manifestar no RE em tela: “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.”

V. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=511961&classe=RE>. Acesso em 14/04/2010

De acordo com as principais considerações defendidas pelo MPF, o artigo 5º, incisos IX e XIII ²⁷ c/c o artigo 220 ²⁸ caput e § 1º da Constituição da República, “refere-se somente a determinadas profissões, nas quais se exige conhecimentos técnicos específicos para o regular desempenho na atividade,” distinto da profissão em tela, a qual “constitui uma atividade intelectual, desprovida de especificidade que exija diploma para seu exercício”. Em relação ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, ²⁹ “qualquer posição que se adote – que o tratado tenha força de lei ordinária ou de norma constitucional – leva à mesma conclusão”, segundo o MPF. ³⁰

Em tese oposta, a União, a Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj) e o Sindicato dos Jornalistas defenderam que o exercício da profissão “exige conhecimento da legislação e preceitos técnicos específicos,” que o decreto em questão não viola preceito constitucional, e, por fim, “que não existe qualquer incompatibilidade face à Convenção Americana de Direitos Humanos,” vez que a “legislação reguladora da profissão de jornalista não vai contra qualquer direito humano fundamental.”

Em voto o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, ao considerar os fundamentos de ambas as teses, concluiu:

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. (...) **O Supremo**

²⁷ Art. 5º (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

²⁸ 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.

²⁹ O artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto 678 de 1992, dispõe sobre a liberdade de pensamento e de expressão. V. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 14/04/2010.

³⁰ As passagens que serão reproduzidas nas notas seguintes referem-se ao julgado do RE 511.961, disponível na íntegra no sítio do Supremo Tribunal Federal. Entendemos desnecessária a sua constante repetição. V. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=511961&classe=RE>. Acesso em 14/04/2010.

Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que as 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. (g. n.)

Em seguida, o Ministro argumenta sobre as qualificações profissionais e capacidade técnica exigidas no exercício de qualquer profissão. De acordo com sua posição, distintamente das atividades executadas pelo médico ou pelo engenheiro, o jornalista não desempenha atividades que somente podem ser aprendidas na faculdade. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, “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.”

No tocante à interpretação do Pacto de San José da Costa Rica, o Min. Mendes entende que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já proferiu decisão, 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.”

Outro ponto de destaque em seu voto concerne à construção doutrinária acerca dos direitos fundamentais, com base na teoria alemã, sobretudo de Pieroth e Schlink,³¹ a respeito da vinculação do legislador “àquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental”.³² Com o propósito de sistematização do “âmbito de proteção” dos direitos fundamentais, o Min. Mendes defende que a reserva legal prevista no artigo 5º, inciso XIII não concebe interferência restritiva do legislador “a ponto de atingir seu núcleo essencial”.

Por fim ao distinguir exigência legal para o exercício profissional de auto-regulação ou mesmo de exigências do livre mercado, o Ministro Mendes conclui:

Nesse campo da proteção dos direitos e prerrogativas profissionais dos jornalistas, a **autoregulação é a solução mais consentânea com a ordem**

³¹ Em voto, o Min. Mendes faz alusão à obra original escrita em alemão. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. Grundrechte: Staatsrecht II. No entanto, existe a obra publicada por editora portuguesa. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: direito estadual II*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

³² <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=511961&classe=RE>. Acesso em 14/04/2010

constitucional e, especificamente, com as liberdades de expressão e de informação. (...) 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. Dentro dessa lógica, **nada impede que as empresas de comunicação adotem como critério de contratação a exigência do diploma** de curso superior em jornalismo. (g. n.)

Destarte, prevaleceu por oito votos a um ³³ o entendimento de que o decreto possuía “origem espúria,” ³⁴ não merecia ser recepcionado “nem material nem formal (mente),” ³⁵ e que sua manutenção não protege a sociedade a ponto de “justificar restrições desproporcionais ao exercício da liberdade jornalística.” ³⁶

Conforme adiantamos na introdução do presente trabalho, o caso em estudo ainda não sofreu o fenômeno da correção legislativa. No entanto, segundo pretensões extraídas do sítio oficial da Câmara dos Deputados, ³⁷ há três propostas de emenda constitucional em trâmite nesta casa. Pela ordem cronológica, a primeira emenda foi de autoria do Dep. Paulo Pimenta, cuja identificação restou caracterizada como PEC 386. ³⁸ Em seguida advieram as propostas de emenda 388 e 389 de autoria dos deputados Gonzaga Patriota e Gorete Pereira, respectivamente.

Na fundamentação dos principais motivos que motivaram a reação por parte dos deputados, embora adote linguagem distinta, percebe-se um diálogo dirigido a cada argumento exposto pelos Ministros na decisão do recurso extraordinário. O primeiro deputado busca rebater o posicionamento do STF com considerações acerca da qualificação técnica e profissional, ao elencar as disciplinas do curso de graduação em jornalismo como meio de reafirmar o

³³ O voto dissonante foi proferido pelo. Min. Marco Aurélio Mello ao emitir posicionamento favorável à manutenção do decreto que está em vigor há quarenta anos e através de seu regramento as faculdades de jornalismo se organizaram, assim como o mercado e a própria sociedade.

³⁴ Expressão extraída do voto do Ministro Celso de Mello.

³⁵ Expressão utilizada pela Ministra Carmen Lúcia.

³⁶ Segundo as palavras do Min. Carlos Ayres Britto.

³⁷ As informações referentes aos fundamentos de cada deputado ao decidir propor emenda à Constituição podem ser encontradas no seguinte endereço eletrônico. Deste modo, consideramos desnecessária a repetição das futuras citações. V. http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=441295. Acesso em 04/05/2010.

³⁸ Julgamos desnecessária a reprodução do texto das três propostas, já que as diferenças entre elas são ínfimas. A seguir o texto da PEC 386 de autoria do Dep. Pimenta. O §1º, do 220 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: § 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, atendido o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV e observada a necessidade de diploma de curso superior de jornalismo, devidamente registrado nos órgãos competentes, para o exercício da profissão.

caráter técnico-científico da formação deste profissional. Neste sentido, prossegue o deputado:

(...) diante da relevância e da importância da profissão para a sociedade e para a própria consecução dos objetivos fundantes da República, como afirmado alhures, tem-se que para ser jornalista, é preciso bem mais do que o simples “hábito da 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 ou erudição.** (g. n.)

Na continuidade de sua fundamentação para a proposição da PEC 386, o Deputado Pimenta busca, ainda, questionar a interpretação do STF sobre o que seriam “direitos fundamentais os quais vinculam o legislador,”³⁹ mencionados pelo Ministro Mendes,

Na verdade, **o que impede o exercício desses direitos fundamentais** é a concentração da mídia em mãos de poucos grupos; é a orientação editorial dos veículos de comunicação; é a ditadura dos anunciantes ou a ditadura do mercado que privilegia a venda de jornais ou a obtenção de “pontos no ‘ibope’”, em vez da verdade, da informação isenta, ou do respeito às pessoas e autoridades. Em síntese, **a exigência do diploma de curso superior em jornalismo, além de conflitar com a ampla liberdade de imprensa e de informação conferida pelo texto constitucional, constitui-se numa das garantias do cidadão e da sociedade** na consecução dos objetivos fundamentais da República brasileira. (g. n.)

A fundamentação, para a propositura da emenda constitucional, desenvolvida pelo deputado Patriota é mais enfática e atinge diretamente os argumentos aduzidos pelos Ministros, ao estabelecer paralelos entre a atividade jornalística e o ato de “fazer justiça,”

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal de dispensar o diploma de jornalista para o exercício dessa nobre profissão me faz apresentar esta proposta de emenda constitucional,(...) Cabe ao Congresso Nacional aprovar, urgentemente, esta PEC – Proposta de Emenda Constitucional que exige o diploma de curso superior de jornalismo, devidamente registrado nos órgãos competentes, para o exercício da profissão de jornalista, pois, **se a atividade jornalística é disponibilizada para os vocacionados** que têm intimidade com a

³⁹ Sobre destinatários do Estado vinculados aos direitos fundamentais, ver: PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. op. cit. p. 51 – 53.

palavra é a mesma coisa de, para ser juiz, que é preciso ser vocacionado para fazer valer a justiça, não precisar de diploma de advogado. (g. n.)

No tocante aos fundamentos da deputada Gorete Pereira, desvela-se uma típica reação legislativa com o objetivo de corrigir interpretação que o Congresso - caso ratifique a decisão - entende como equivocada,

Se por um lado, as empresas de comunicação afirmam que continuarão a exigir o diploma no momento da contratação dos jornalistas, por outro a categoria se sente desamparada legalmente e considera a decisão, nesse aspecto, um retrocesso. Assim, com o intuito de garantir a obrigatoriedade do diploma e resguardar o exercício da profissão de jornalista, apresentamos a presente Proposta de Emenda à Constituição e contamos com o apoio dos nobres pares para sua aprovação.

Aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados em novembro de 2009, o projeto aguarda parecer favorável da Comissão Especial⁴⁰ a qual começou a ser formada no dia 5 de maio por meio da indicação dos partidos solicitantes. A proposta de emenda em estudo, seguramente, deve suscitar acirrado debate, vez que em comparação às emendas anteriores, neste caso, a matéria atinge diretamente núcleo intangível da Constituição. O tema tangencia limites materiais ao poder de reforma, o qual deve fomentar intenso diálogo político a exigir sólida argumentação por parte de ambos os Poderes.

⁴⁰ V. <http://www.fenaj.org.br/materia.php?id=3054>. Acesso em 06/05/2010.