

ATIVIDADE PROFISSIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO

Recebimento do artigo: 25/09/2007

Aprovado em: 31/01/2008

Roger Stiefelmann Leal

Brasília, DF, Brasil

rogers@uol.com.br

Sumário

1. Introdução. 2 O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão como liberdade pública. 3 O direito à livre escolha da profissão. 4 O direito à livre escolha do regime jurídico para o exercício da profissão. 5 O direito de acesso às profissões. 6 O direito de mudar de profissão. 7 O direito de exercer mais de uma profissão ou trabalho. 8 O direito de não trabalhar. 9 O direito de não fazer greve. 10 O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e outros direitos fundamentais afins. 10.1 Liberdade de trabalho, ofício ou profissão e liberdade de iniciativa. 10.2 Liberdade de trabalho, ofício ou profissão e direito ao trabalho. 11 O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e suas restrições. 11.1 Restrições diretamente constitucionais. 11.2 Restrições indiretamente constitucionais por expressa reserva legal. 11.3 Restrições indiretamente constitucionais por outros bens constitucionalmente tutelados. 12 Conclusões. 13 Referências.

Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e mestrado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Procurador da fazenda nacional.

Resumo

O presente trabalho examina o regime jurídico do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Desse modo, são analisados seus principais desdobramentos práticos, as restrições a que está submetido, bem como as diferenças em face de outros direitos constitucionais afins.

Abstract

The present work examines the legal regime of the right to free exercise of any work or profession. Therefore, its main practical unfolding are studied, as the restrictions to which it is submitted, as well as the differences between other similar constitutional rights.

Palavras-chave

Profissão. Trabalho. Liberdades públicas.
Direitos fundamentais. Restrições.

Key words

*Profession. Work. Public freedoms. Basic Rights.
Restrictions.*

1 Introdução

Apesar da preocupação da doutrina pátria sobre o estudo dos direitos e garantias fundamentais, pouco se tem desenvolvido acerca de seu regime jurídico, tomados individualmente, em espécie. Mesmo no caso de direitos já tradicionais no constitucionalismo brasileiro, é possível vislumbrar a necessidade de maior reflexão sobre o seu conteúdo, desdobramentos e restrições.

Desse modo, o presente estudo tem justamente a finalidade de examinar os contornos do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, de modo a ressaltar elementos importantes à sua observância, bem como atualizar sua abordagem em relação a temas da realidade cotidiana.

Cuida-se, no caso, de direito fundamental que, desde a Constituição de 1824, recebe guarida na ordem constitucional brasileira. No entanto, de uma Constituição para outra, encontram-se – é certo – importantes modificações nos enunciados normativos que o consagraram.

Assim, enquanto a Constituição de 1824 fez referência a **qualquer gênero de “trabalho”** (art.179, XXIV), os textos de 1891 e 1934 mencionam apenas o **livre exercício de qualquer “profissão”** (art. 72, §24, da Constituição de 1891; e art. 113, nº 13 da Constituição de 1934). Já a Carta de 1937, em seu art. 122, nº 8, refere-se à liberdade de **escolha de “profissão” ou do gênero de “trabalho”**, aludindo às terminologias utilizadas pelos textos constitucionais anteriores.

Por outro lado, a partir de 1934, os textos constitucionais vêm admitindo expressamente a imposição de condicionamentos legais ao exercício do direito. O art. 113, nº 13, da Constituição de 1934, determinava a observância das condições de **capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditados pelo interesse público**. As Constituições de 1946 e 1967¹, no entanto, referiam-se expressamente apenas a condições de **capacidade** como restritivas ao exercício do direito, abandonando a explicitação daquelas ditadas pelo **interesse público**.

¹ Art. 141, § 14 da Constituição de 1946; art. 150, §23 da Constituição de 1967; e art. 153, § 23 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Atualmente, o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão encontra-se consagrado no art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988. Além de não se ater aos vocábulos “trabalho” ou “profissão” – como em textos constitucionais anteriores –, o ordenamento constitucional pátrio submete de modo expresso o exercício da liberdade ao atendimento das **qualificações profissionais que a lei estabelecer**.

2 O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão como liberdade pública

A exemplo das demais liberdades públicas, o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão corresponde a poderes de agir atribuídos a todos, reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico². Desse modo, a norma constitucional assegura aos seus destinatários a prerrogativa de realizar – ou não – determinadas ações ou atividades. De outro lado, proíbe a ingerência, fundamentalmente dos órgãos estatais, com a finalidade de obstar o seu exercício, impondo, *a priori*, um dever de abstenção. Ademais, incumbe o Estado da tarefa de impedir e evitar a inobservância dos preceitos normativos que enunciam o direito de liberdade, bem assim a de estabelecer meios para coibir, inclusive judicialmente, eventuais violações³.

O comando normativo inscrito no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal assegura, portanto, determinados **poderes de agir** sem a interferência do Estado, ressalvados os casos constitucionalmente admitidos. Cumpre, desse modo, examinar a seguir o conteúdo destes poderes⁴, ou seja, o significado e os principais desdobramentos decorrentes do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

3 O direito à livre escolha da profissão

Extrai-se, primeiramente, do preceito constitucional o poder conferido aos titulares do direito de optar pelo gênero de atividade laboral que considerem mais

² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel G. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 28.

³ A reunião da liberdade jurídica com o direito de não-perturbação por parte do Estado e o direito de coibir judicialmente as violações que, por ventura, ocorram, constituem, no entender de Robert Alexy, um perfeito direito de liberdade *negativo* frente ao Estado. Já os direitos de liberdade *positivos* se conformariam na conjunção de uma liberdade jurídica com um direito a uma prestação positiva do Estado, tal como a instituição de normas penais para proteção de alguma liberdade em face de terceiros. (Cf. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 226)

⁴ Em razão das normas enunciadoras de direitos fundamentais de liberdade assumirem, em geral, caráter principiológico – normas jurídicas que determinam a proteção e promoção de determinadas posições fundamentais na maior medida possível –, são elas concretizáveis em vários graus – o que possibilita, certamente, serem desdobradas em vários aspectos e múltiplas formas (cf. ALEXY, *op. cit.*, p. 89).

conveniente e afeito a seus interesses e vocações⁵. Trata-se, assim, de um poder de escolha profissional.

Saliente-se, porém, que a liberdade de escolha não implica a liberdade de exercício da atividade. Escolher não significa poder exercer. Determinadas atividades laborais – como já mencionado – estão submetidas ao preenchimento de “qualificações profissionais” previstas em lei. No caso de a lei estabelecer tais requisitos, o exercício da atividade laboral acaba condicionado. Somente é cabível mediante o regular cumprimento dos pressupostos qualificadores determinados em lei⁶. De outra parte, a liberdade de escolha sujeita-se, também, a condições e circunstâncias de ordem fática, a exemplo das condições físicas, mentais e econômicas de seus titulares.

Nessa perspectiva, todo aquele que escolher como atividade o exercício de cargo público deverá, como regra geral, alcançar aprovação em concurso público, nos termos do art. 37 da Constituição. Na hipótese de cargo eletivo, exige-se, além do preenchimento dos requisitos de elegibilidade, a obtenção de votação suficiente⁷. Assim, o direito ao amplo acesso aos cargos públicos constitui, sem dúvida, projeção constitucional do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Por outro lado, é possível vislumbrar atividades de escolha vedada, em razão de configurarem ilícitos de natureza civil ou penal. Seria, evidentemente, desprovido de coerência e razoabilidade assegurar o direito de optar por atividade, cujo exercício é proscrito pelo direito positivo. Desse modo, ficam excluídas do espectro de opções do titular do direito aquelas atividades que atentem contra bens jurídicos prestigiados e protegidos pelo próprio ordenamento⁸.

Ainda sobre o tema, interessante é a questão proposta por Gomes Canotilho e Vital Moreira⁹ a respeito das profissões ou ofícios de utilidade social duvidosa, como as atividades de astrólogo ou de cartomante. Apesar de seu questionável valor social, tais atividades não configuram propriamente práticas ilícitas. Assim,

⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p.28; DÓRIA, A. de Sampaio. **Curso de direito constitucional: os direitos do homem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1946, v. 2, p. 295; também Santi Romano. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 169.

⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo, Saraiva, 1990, v. 1, p. 28-29.

⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 233-234.

⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 1984, v. 1, p. 269.

⁹ Cf. CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 269.

há de prevalecer, como linha de princípio, o direito de liberdade, admitindo-se, no caso, a inclusão de tais atividades no leque de alternativas do titular do direito.

4 O direito à livre escolha do regime jurídico para o exercício da profissão

O gênero da atividade a ser desempenhada não é a única escolha abrigada pela liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Têm os seus titulares a prerrogativa de optar pelo regime jurídico que entenderem mais adequado ao seu exercício.

A Constituição, nesse aspecto, possibilita a opção em ser empregado ou trabalhador autônomo, em celebrar contratos temporários ou por prazo indeterminado¹⁰. Tal liberdade também inclui o direito de escolher com quem e, sobretudo, para quem serão prestados os serviços, bem como determinar o tipo e o *quantum* de remuneração. Evidentemente que tais escolhas ficam adstritas à aceitação do empregador ou do tomador do serviço que pode discordar de determinadas pretensões ou opções do trabalhador. Em certa medida, a liberdade de trabalho guarda alguma identidade com a liberdade de propor o conteúdo do contrato¹¹.

Nesse particular, o direito de propor cláusulas ao contrato de trabalho ou de prestação de serviços, bem como de solicitar determinadas condições de trabalho, também encontram base jurídica na liberdade pública consagrada pelo art. 5º, inciso XIII da Constituição Federal¹². Todavia, a liberdade de escolha do regime jurídico mais apropriado para o exercício da profissão não conduz à conclusão de que ele será admitido, no todo ou em parte, pelo empregador ou tomador de serviço¹³. A garantia constitucional da liberdade de escolha do regime jurídico inerente à liberdade de trabalho, ofício ou profissão não implica na prevalência da vontade do trabalhador.

Ademais, o titular do direito poderia, além dos variados regimes jurídicos acima descritos, optar por iniciar ou gerir determinada atividade empresarial, ou seja, instituir ou participar de empresa privada. Afirma, a esse propósito, Jorge Miranda que “a iniciativa ou gestão de uma atividade empresarial (privada, cooperativa ou

¹⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988, v. IV, p.408.

¹¹ Cf. PÉLISSIER, Jean. La liberté du travail. **Droit Social**, número spécial, n. 1, janvier/1990, p. 20.

¹² Há de se ressaltar, a esse respeito, que a opção por um contrato de trabalho com vínculo empregatício fica também adstrito às normas de Direito do Trabalho, tanto aquelas previstas na Constituição – como as inseridas no art. 7º –, como, em princípio, as demais previstas nas leis infra-constitucionais.

¹³ Nesse sentido, assegura-se, como salienta Cretella Júnior, a faculdade do empregador de escolher seus empregados e, da mesma forma, propor o regime de trabalho a ser previsto no contrato. (Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 162)

196 autogestionária) pressupõe, além de outras, uma escolha de profissão e gênero de trabalho”¹⁴. Sublinhem-se, neste ponto, as semelhanças existentes entre as noções de liberdade de trabalho, ofício ou profissão e de liberdade de iniciativa, consagrada no parágrafo único do art. 170 da Constituição.

Evidentemente que a liberdade de escolha do regime jurídico encontra limitações na lei e na própria Constituição. Tal direito não impede a prerrogativa do legislador de dar conformação ao contrato de trabalho, estabelecendo modalidades contratuais e cláusulas de observância obrigatória. As alternativas oferecidas ao trabalhador são, em princípio, aquelas legalmente admitidas.

5 O direito de acesso às profissões

Também deflui do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão a garantia de meios e formas à obtenção das condições necessárias ao exercício das respectivas atividades laborais¹⁵. Tal direito se refere, sobretudo, àquelas atividades que demandam a observância de “qualificações profissionais” exigidas em lei.

Sob esta perspectiva, devem ser acessíveis a qualquer pessoa as condições suficientes de receber a formação escolar e técnica legalmente requisitada. Mesmo que restrita – geralmente devido a condicionamentos de cunho financeiro, físico e material –, a oferta dos meios necessários à formação e aprendizado profissional exigida constitui elemento nuclear à mínima concretização do preceito constitucional¹⁶.

Visto de outro ângulo, decorre do direito ao livre acesso às profissões que, *prima facie*, todos, desde que possuam as “qualificações profissionais” exigidas, tenham de modo **igual** o direito de exercer a profissão escolhida. Trata-se do que Pontes de Miranda denominou de direito à “exclusão do privilégio de profissão”¹⁷, ou seja, as

¹⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988, v. IV, p. 406.

¹⁵ Cf. MIRANDA, *op. cit.*, p. 410; também: CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 269.

¹⁶ A manutenção de vias de acesso a tal formação profissional não deve se sujeitar a nenhum critério que resulte em discriminação. Afigura-se adequado, sob este aspecto, assegurar um mínimo de vagas nos bancos escolares – públicos ou privados – acessíveis àqueles sem maior poder aquisitivo de modo a obter, por seu próprio esforço, a necessária formação. Para garantir este mínimo de acessibilidade à formação técnica e profissional, a Constituição estabelece a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV), a viabilidade de concessão de bolsas de estudos (art. 213, §1º) e o acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (art. 208, V). Nesse sentido, assevera José Afonso da Silva que o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão encontra limitações *na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo*. (Cf. *op. cit.*, p. 233).

¹⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, tomo V, p. 536.

profissões ou determinado gênero de atividades laborais não podem – como nas antigas **corporações de ofício** – constituir privilégio de determinados grupos ou classes. A aquisição do saber, indispensável à formação profissional, bem como o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão devem consistir em oportunidades franqueadas a todos, sem discriminações em razão de sexo, raça, origem, atividade lícita anteriormente exercida, religião, idéias políticas etc...¹⁸.

Sob este fundamento, o Supremo Tribunal Federal¹⁹ reconheceu a inconstitucionalidade do art. 86 do antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil –OAB (Lei n. 4.215/63)²⁰. O comando normativo impedia o exercício da advocacia em relação a determinados servidores públicos – tais como magistrados e membros do Ministério Público – pelo prazo de dois anos contados da data do ato que os havia afastado da função, em virtude de aposentadoria ou disponibilidade.

O preceito impugnado tinha, segundo seus defensores, o objetivo de evitar a captação desleal de clientela em razão do cargo ou função anteriormente ocupado, além de observar razões de moralidade, pois eliminava as suspeitas que recaíam sobre a influência dos antigos membros da magistratura em relação a seus pares de outrora ainda em atividade, preservando o bom nome da judicatura brasileira e do Ministério Público²¹. No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o impedimento legal estaria a impor restrições inconstitucionais ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Sua decisão fundamentou-se, sobretudo, na indevida discriminação implementada em prejuízo dos servidores públicos referidos na norma legal, criando, indubitavelmente, hipótese de inacessibilidade à profissão de advogado em razão da atividade que anteriormente exercera de modo regular.

Este específico desdobramento do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (cumprir reconhecer) guarda proximidade de conteúdo com o princípio da igualdade²².

¹⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 536; MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, vol III, p. 83; também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Exercício da advocacia por magistrado aposentado. **Ajuris**, n. 24, Porto Alegre, 1982, p. 174.

¹⁹ Cf. Rp. n° 1054 – *in RDA* n° 159, jan/mar 1985, pp. 95 e segs.

²⁰ Lei n° 4215/63, Art. 86. “Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais e os funcionários de sociedade de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, bem como os militares transferidos para a reserva remunerada ou reformados, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função”.

²¹ Ver a propósito o voto do Min. Néri da Silveira na Rp. n° 1054, *in RDA* n° 159, jan/mar 1985, p. 99 e segs, principalmente p. 112.

²² Tal coincidência de normas constitucionais parece transparecer no voto proferido pelo Min. Moreira Alves na Rep n° 1054, *in verbis*: “Parece-me que não será apenas à minha consciência que repugnará

6 O direito de mudar de profissão

Outro reflexo decorrente do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é a faculdade concedida aos seus titulares de mudar de atividade ou profissão²³. Assim, como regra geral, admite-se, a qualquer tempo, que o indivíduo possa alterar seus planos profissionais e trocar de atividade.

É certo que a Constituição assegura o direito de escolha da profissão ou atividade, bem como o de seu exercício, desde que sejam atendidas as “qualificações profissionais” exigidas em lei. Do mesmo comando constitucional extrai-se – forçoso concluir – o direito de optar por outra atividade profissional, bem assim a garantia de poder exercê-la, caso também sejam obtidos os requisitos legais necessários.

7 O direito de exercer mais de uma profissão ou trabalho

Cumpra, de outra parte, saber se o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão tutela a prerrogativa de qualquer pessoa de exercer mais de uma atividade laboral, no mesmo ou em outro ramo profissional. O disposto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, asseguraria o exercício, pelo mesmo titular, de atividade com vínculo empregatício em dois estabelecimentos diferentes? Tal questão merece, sem dúvida, exame mais alentado.

Em geral, a liberdade consagrada na Constituição admite o acúmulo de contratos de trabalho ou de outros compromissos que envolvam a prestação de atividade profissional. O texto constitucional não revela, *a priori*, qualquer indício de que o

negar-se haver ofensa direta ao princípio da igualdade no admitir-se que um ex-Presidente da República, um ex-Ministro de Estado, um ex-deputado, um ex-senador possa de imediato advogar sem restrições, e se impeça, por dois anos, um ex-contínuo do Banco do Brasil, um ex-bedel de universidade autárquica, um ex-faxineiro empregado da administração federal direta de, em causa própria, defender-se judicialmente contra a Prefeitura Municipal de um lugarejo qualquer que lhes esteja cobrando indevidamente um tributo, sob a alegação de que este impedimento decorre de razões éticas inerentes à capacidade moral.”(cf. RDA nº 159, p. 121). Em outra passagem do mesmo julgado, afirma o Min. Moreira Alves, utilizando o mesmo argumento: “Não terá o homem comum perplexidade em ver um ex-magistrado, que se exonerou para advogar, comece a fazê-lo, de pronto, perante seus colegas de horas atrás, quando sabe que o que se aposentou, e que, também, por isso se desligou de seu cargo, está incompatibilizado de exercer a advocacia, por dois anos, não apenas perante o juízo ou tribunal a que serviu, mas perante qualquer juízo ou tribunal, do monte Roraima ou arroio Chui? Qual a diferença, para o bom nome do Poder Judiciário, que o ex-magistrado o seja por aposentadoria ou por se haver exonerado?” (in RDA nº 159, p. 123). O mesmo argumento da discriminação indevida é utilizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Cf. Exercício da advocacia por magistrado aposentado. *Ajuris*, n. 24, p. 174).

²³ MIRANDA, Jorge *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988, v. IV, p.410.

contrato de trabalho deva ser único. A imposição de exclusividade no contrato de trabalho não decorre expressamente da Constituição²⁴.

Obviamente que, para se admitir a celebração de mais de um contrato de trabalho ou instrumento assemelhado, deve ser exequível ao trabalhador cumpri-los todos em sua plenitude. Inviável – e, portanto, não mais tutelado pela liberdade de trabalho, ofício ou profissão – seria, por exemplo, constituir dois vínculos empregatícios em que se verifique inevitável colisão de horários.

Tal desdobramento está a sugerir, sob esta perspectiva, impedimento a que o legislador venha estabelecer a exclusividade do trabalhador como regra geral dos contratos de trabalho. Caso seja indispensável à atividade desenvolvida, deve tal restrição contar com o consentimento do trabalhador, preferencialmente registrado em cláusula expressa do próprio contrato de trabalho.

Maior complexidade encontra-se nos casos em que o trabalhador (I) exerce – sem o assentimento daquele que contratou seus serviços – atividade profissional em duas entidades empresariais concorrentes, ou (II) concorre diretamente com o próprio empregador, exercendo atividade profissional autônoma conjuntamente com o regular cumprimento do seu contrato de trabalho. Esta situação, segundo a legislação brasileira, autoriza a rescisão unilateral do contrato de trabalho por justa causa (art. 482, “c”, da CLT). Trata-se, à primeira vista, de limitação à liberdade de trabalho decorrente da defesa da livre e justa concorrência.

8 O direito de não trabalhar

Toda liberdade pública, conceitualmente, resulta numa alternativa de ação, isto é, assegura ao seu titular a faculdade, a alternativa de realizar ou não determinada ação²⁵. Tal estrutura também se aplica ao direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Ao se conferir a qualquer pessoa a “liberdade de **exercer**”, admite o texto constitucional que se “exerça” ou não o direito fundamental. A Constituição não

²⁴ Cf PÉLISSIER, Jean. La liberté du travail. **Droit Social**, numéro spécial. n. 1, janvier/1990, p. 23.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 214; 215. Importante salientar que tal garantia constitui uma proteção de feição **negativa**, conforme explica o autor. Há ainda uma proteção de feição **positiva** – como se teve oportunidade de aludir – que constitui na instituição de meios de promoção da mesma liberdade.

consagra o “dever” de exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas a “liberdade”, a alternativa de realizar tais ações²⁶. Nesse sentido, o ordenamento constitucional assegura, sob certo aspecto, o direito de não trabalhar.

Outros desdobramentos podem, ainda, ser debatidos nesta perspectiva. A partir do direito de não trabalhar, é possível vislumbrar a liberdade do trabalhador de romper unilateralmente o contrato de trabalho – o direito de se demitir²⁷. A liberdade de pedir demissão encontra, entretanto, restrições no próprio texto constitucional. Assim, o trabalhador que exerce o direito de se demitir tem, por exemplo, o dever de cumprir **aviso prévio** (art. 7º, XXI, da Constituição Federal; e art. 487 e seguintes da CLT). Outra projeção do direito de não trabalhar consiste no direito de recusar propostas de trabalho que forem apresentadas²⁸.

A Constituição Federal garante, ademais, o exercício do direito de não trabalhar como forma de reivindicação de determinadas providências no interesse dos próprios trabalhadores. Trata-se do **direito de greve** inscrito no art. 9º do texto constitucional. Este específico direito de não trabalhar, porém, reveste-se de características peculiares, pois permite a interrupção da atividade laboral, mantendo, *a priori*, os contratos de trabalho em vigor²⁹.

A legislação brasileira, porém, condena, desde que presentes determinadas circunstâncias, a conduta de não trabalhar³⁰. É certo, nesse sentido, que o art. 59 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41) tipifica como contravenção a prática de vadiagem, entendida como a “entrega de alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes para a subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita”. O confronto deste comando legal com o texto constitucional constitui, a propósito, questão delicada que merece especial atenção.

É certo que a Constituição Federal, além de inscrever o **valor social do trabalho** como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), elege a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*) como elemento fundante da ordem econômica. Tais dispositivos constitucionais estão a demonstrar a importância que o “trabalho”

²⁶ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 76.

²⁷ PÉLISSIER, Jean. La liberté du travail. **Droit Social**, numéro spécial. n. 1, janvier/1990, p. 23.

²⁸ Cf. PÉLISSIER, *op. cit.*, p. 26.

²⁹ Cf. art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 7.783/89 (dispõe sobre o exercício do direito de greve). Contudo, os contratos, conforme a própria lei, podem ser suspensos. O que a lei veda é a rescisão do contrato por parte do empregador.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 38.

adquiriu no sistema constitucional pátrio³¹. Apesar disso, a Constituição não fornece elementos suficientes a que se considere o “trabalho” um dever. Não se extrai, *a priori*, dos preceitos constitucionais que elegem o “trabalho” como valor fundante do país e da ordem econômica a **obrigação de trabalhar**³². Ao contrário, a Constituição expressamente cuida de elencar entre os direitos fundamentais da pessoa humana a **liberdade de trabalhar**. Desse modo, cabe prestigiar a via interpretativa que considere o direito de não trabalhar como prerrogativa exercível sob a proteção da norma enunciada no art. 5º, XIII, do texto constitucional. Tal interpretação da Constituição acaba por conduzir à conclusão de que não merecem prosperar comandos normativos de índole infra-constitucional que estabeleçam o dever de trabalhar.

9 O direito de não fazer greve

Ao assegurar a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, a Constituição confere ao trabalhador o direito de exercer a sua atividade, mesmo que seus colegas estejam empenhados em interromper as suas atividades como forma de reivindicação, exercendo seu direito de greve³³. Nesse sentido, o §3º do art. 6º da Lei nº 7.783/89 determina que os grevistas não poderão, através de manifestações e atos de persuasão, impedir o acesso ao trabalho. Ademais, o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar de paralisação de atividade econômica” é conduta tipificada como crime no art. 197, II, do Código Penal.

10 O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e outros direitos fundamentais afins

A Constituição Federal, em seu art. 3º, enuncia, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a garantia do **desenvolvimento nacional**, a erradicação da **pobreza e a marginalização**, a redução das **desigualdades sociais** e a promoção do **bem de todos**. A imposição de tais finalidades implica inegavelmente na promoção, no prestígio e na valorização do “trabalho”. Cuida-

³¹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p.38.; também: REALE JUNIOR, Miguel. **Casos de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1992, p. 12.

³² Embora encontre no prestígio constitucional do valor “trabalho” fundamento suficiente para que se considere o trabalho como um dever, Manoel Gonçalves Ferreira Filho admite que o texto constitucional de 1988 não é explícito nesse ponto como, aliás, fôra a Constituição brasileira de 1946 (Cf. FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 38).

³³ PÉLISSIER, Jean. La liberté du travail. **Droit Social**, numéro spécial, n. 1, janvier/1990, p. 22. Não é, porém, destituído de fundamento a consideração de que tal prerrogativa pode também constituir decorrência do direito de greve, tomado como típica liberdade pública.

se, certamente, de elemento fundamental para a consecução de tais objetivos. Não há, de fato, como pretender **erradicar a pobreza** ou garantir o **desenvolvimento nacional** sem “trabalho”, considerado no seu sentido mais amplo.

O cuidado com o valor “trabalho” levou o constituinte a consagrar direitos e garantias com o propósito de promovê-lo e tutelá-lo nos seus mais variados aspectos. A liberdade de exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão, nitidamente, encontra-se entre eles. A Constituição, de outra parte, também enuncia outros direitos que, em perspectiva diversa, também têm esse objetivo. A conjugação, no mesmo texto constitucional, de vários direitos fundamentais voltados à proteção do mesmo bem jurídico pode provocar, em determinadas circunstâncias, algumas sobreposições conceituais.

Sabe-se, porém, que à Constituição deve-se conferir o máximo de eficácia, impondo-se ao intérprete, em linha de princípio, a alternativa que confira maior efetividade dos valores protegidos pelas normas constitucionais³⁴. Constitui decorrência lógica deste critério hermenêutico a idéia de que, ao se interpretar a Constituição, cumpre atribuir significado útil a todas as normas que a integram a fim de que não resulte palavra ou texto **inoperante ou supérfluo**³⁵. Cabe, desse modo, ao intérprete evitar que as normas jurídicas sejam redundantes. Ou seja, sempre que possível, deve-se considerá-las como aplicáveis a situações diferentes ou definidoras de efeitos diversos³⁶. Nesse sentido, cabem sejam feitas algumas delimitações conceituais entre a liberdade de trabalho, ofício ou profissão e outros direitos constitucionais.

³⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1097; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 260, tomo II.

³⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 260, tomo II. Tal regra de interpretação aplica-se, de acordo com a clássica lição de Carlos Maximiliano, a todo o Direito (Cf. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 250-251).

³⁶ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 279-280. Salienta, ademais, Nino que a redundância normativa pode ser de três tipos: **total-total**, quando os campos de incidência se sobreponham completamente; **total-parcial**, na hipótese em que o campo de incidência de uma norma compreenda o de outra, referindo-se ainda a outras situações; e **parcial-parcial**, quando se identifique superposição parcial do campo de incidência de ambas as normas, restando-lhes campos de aplicação autônomos. No entanto, adverte o jurista argentino que não se verifica propriamente tal redundância, quando, em determinados casos, duas normas de conteúdos diferentes se apliquem e gerem o mesmo resultado. Como exemplo deste último caso – em que não se verifica a redundância – é possível mencionar as hipóteses descritas acima em que o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão aproxima-se do princípio da igualdade da liberdade de propor o conteúdo do contrato de trabalho.

10.1 Liberdade de trabalho, ofício ou profissão e liberdade de iniciativa

Delimitar a fronteira conceitual entre o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o direito à livre iniciativa não constitui tarefa simples. Historicamente, na ausência de dispositivo constitucional que a enunciasse expressamente, interpretava-se a liberdade de iniciativa como decorrência necessária da liberdade de trabalho, ofício ou profissão³⁷. No atual ordenamento constitucional pátrio, entretanto, o direito à livre iniciativa está preceituado de modo explícito no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Da mesma forma que a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, o exercício da livre iniciativa pode, nos termos de lei, ficar sujeito à autorização expressa por parte do Poder Público.

O direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica, porém, não deve, como salienta Pontes de Miranda³⁸, ser interpretado como desdobramento constitucional da liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Numa primeira aproximação, há de se considerar a livre iniciativa como sendo o **direito de livre empresa**³⁹. Trata-se, assim, da liberdade constitucionalmente assegurada de organizar “atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado”⁴⁰.

Sob esta ótica, poder-se-ia, num segundo momento, conceber a livre iniciativa como sendo o direito que autoriza qualquer pessoa a iniciar e, também, cessar uma atividade de cunho empresarial, ou seja, uma atividade econômica que englobe o controle sobre bens e meios de produção no sentido de participar do mercado e produzir riqueza⁴¹. Configuraria, portanto, um direito a ser exercido (I) por qualquer

³⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 39. Há ainda que se mencionar que determinados dispositivos integrantes de Constituições anteriores falavam expressamente na liberdade de trabalho, indústria e comércio, admitindo tal interpretação. Como exemplo há de se mencionar a Constituição de 1824 (art. 179, XXIV) e a Constituição de 1891 (art. 72, §24).

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, tomo V, p. 540. Surpreende-se o autor com livros e obras de renome que “encambulham a liberdade individual de profissões e a doutrina da ‘liberdade’ econômica, isto é, do liberalismo manchesteriano, que com aquela pretendeu, em virtude da confusão, ocupar lugar saliente no rol das liberdades humanas, dos Direitos do Homem”.

³⁹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 143; também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 39.

⁴⁰ Cf. BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: RT, 1985, p. 206. Há quem dê interpretação diversa ao termo *empresa*. Uma das concepções mais correntes é a que considera a empresa como pessoa ou sujeito de direitos. Ensina, porém, Bulgarelli que a conceituação de empresa como atividade econômica organizada constitui a concepção mais aceita entre os juristas (Cf. BULGARELLI, *op. cit.*, p.136; 143; 146).

⁴¹ Cf. MONCADA, *op. cit.*, p. 142-143.

pessoa física que tenha optado pela profissão de empresário⁴² ou (II) por pessoa jurídica⁴³, formada, como regra, por pessoas físicas que optaram pela atividade empresarial como profissão⁴⁴. A livre iniciativa seria, desse modo, direito a ser praticado posteriormente ao exercício da liberdade de trabalho, ofício ou profissão. A esse propósito, assiste razão a Jorge Miranda⁴⁵, ao afirmar que o exercício de uma iniciativa econômica – constitucionalmente assegurada pela liberdade de iniciativa – tem como pressuposto, além de outros, a escolha de uma profissão ou trabalho e, também, a devida habilitação.

Num primeiro momento, tem qualquer pessoa o direito de escolher a profissão e o regime jurídico sob o qual pretende exercê-la. Caso haja a escolha do ofício ou profissão de empresário, e, assim, a pretensão de iniciar e desempenhar atividade empresarial – **atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado** –, cabe ao sujeito exercer o direito de livre iniciativa, sendo-lhe facultado escolher a atividade econômica a ser prestada e, também, constituir, se assim o desejar, pessoa jurídica para executá-la. Nesse particular, é possível diferenciar em substância a livre iniciativa do direito ao livre exercício de qualquer trabalho ofício ou profissão.

10.2 Liberdade de trabalho, ofício ou profissão e direito ao trabalho

Embora ambos os direitos fundamentais tenham por finalidade a tutela e a promoção do valor “trabalho”, não se deve confundir liberdade de trabalho, ofício ou profissão e direito ao trabalho. O direito ao trabalho configura, na forma do art. 6º da Constituição, direito social. Trata-se, desse modo, de direito à prestação positiva estatal de natureza fática – e não normativa – que, em havendo condições,

⁴² Há de se fazer uma distinção no que se refere à profissão de empresário. É certo, como ensina Bulgarelli, que o vocábulo empresário identifica a pessoa que exerce a empresa, seja ela física ou jurídica (Cf. BULGARELLI, *op. cit.*, p. 145). Faz-se, contudo, a referência à “profissão de empresário” como fruto de um ato de vontade individual no sentido de selecionar um ofício a ser exercido e, assim, gerar o seu próprio sustento.

⁴³ Não parece fácil conceber que uma pessoa jurídica exerça uma profissão, sobretudo se tiver que atender às “qualificações profissionais” impostas pela lei. Tem-se a impressão, sob este enfoque, que a natureza da liberdade de trabalho, ofício e profissão inadmita a sua aplicação a pessoas jurídicas. Em sentido contrário, ver Pinto Ferreira (**Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 88).

⁴⁴ Eros Roberto Grau, ao afirmar que o titular da liberdade de iniciativa é a empresa, acaba por adotar a expressão no sentido de sujeito de direito, de empresário, tal como se verifica, por exemplo, no art. 2º da CLT. (Cf. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 223).

⁴⁵ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988, v. IV, p. 406.

pode ser obtido também de entes privados⁴⁶. Esse direito, como praticamente todos os direitos sociais, é passível de inúmeras formas de concretização. Verifica-se a sua observância desde a concessão de seguro-desemprego até a promoção de políticas públicas geradoras de emprego e renda⁴⁷.

De outra parte, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o direito ao trabalho encontram, de certo modo, importante vinculação. Ao se eleger o “trabalho” como objetivo a ser promovido pelo Estado, na forma de direito social, contribui o texto constitucional para a realização da própria liberdade de trabalho. Ocorre que, quanto maior for a oferta de empregos, estimulada pela imposição do trabalho como direito social, mais se concretiza e se assegura a realização do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão⁴⁸.

11 O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e suas restrições

A liberdade de trabalho, ofício ou profissão, a exemplo de outras liberdades públicas, é direito fundamental passível de restrição⁴⁹. A presença no texto constitucional de uma carta de direitos implica necessariamente a tutela de vários bens jurídicos eleitos pelo constituinte como fundamentais. Contudo, deve-se admitir que, em determinados casos, os direitos de liberdade encontram na própria Constituição – embora nem sempre de modo expresse – imposições que autorizam a instituição de limites ao seu exercício. A própria restrição ou a sua viabilidade devem ter fundamento no texto constitucional. Não há restrição a direito fundamental sem base constitucional⁵⁰.

⁴⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.482.

⁴⁷ Cf. ALEXY, *op. cit.*, p. 490.

⁴⁸ Cf. PÉLISSIER, Jean. La liberté du travail. **Droit Social**: numéro spécial, n. 1, janvier/1990, p. 20.

⁴⁹ Cf. RETORTILLO, Lorenzo Martín; PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas, 1988, p. 110. Alerta Ignacio de Otto y Pardo para a aceitação reiterada, em vários países, da inexistência de direitos fundamentais ilimitados. Todos os direitos de liberdade, como regra, podem ter o seu alcance restringido, ainda que não estejam estruturados em normas constitucionais que expressamente autorizem ao legislador a faculdade de impor tais restrições – denominadas por José Afonso da Silva de “normas constitucionais de eficácia contida” (Cf. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.104). Mesmo que o preceito normativo-constitucional não estabeleça expressamente cláusula de restringibilidade, admitindo a imposição de restrições legais, verifica-se a possibilidade de restringir a liberdade nele enunciado. Ou seja, mesmo que a norma constitucional não estabeleça no seu enunciado a possibilidade de leis de contenção, poderá ter legitimamente a sua eficácia contida por leis restritivas.

⁵⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.277; também: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988, v. IV, p. 307.

Tais limitações podem advir de previsão expressa do texto constitucional ou mesmo da própria proteção constitucionalmente atribuída a outro bem jurídico⁵¹. As restrições podem, ainda, ser diretamente fixadas pelo texto constitucional – **restrições diretamente constitucionais** – ou impostas por lei infra-constitucional devidamente autorizada, expressa ou tacitamente, pela Constituição – **restrições indiretamente constitucionais**⁵².

11.1 Restrições diretamente constitucionais

As restrições diretamente constitucionais são as decorrentes de normas de nível constitucional que estabelecem, sem a necessidade de outros provimentos normativos, restrições ao direito fundamental⁵³. A limitação, nesse caso, não é mediada por nenhuma outra norma ou ato, além do próprio preceito constitucional.

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

11.2 Restrições indiretamente constitucionais por expressa reserva legal

Esta categoria de restrições às liberdades públicas se caracteriza pela atribuição ao legislador do poder de limitar a realização do direito. Verifica-se, no caso, cláusula constitucional expressa em que se autoriza o Poder Legislativo a estabelecer normas restritivas ao exercício de determinado direito de liberdade.

A título de exemplo desta modalidade de restrição, cumpre mencionar o caráter obrigatório da prestação de serviço militar. O art. 143 do texto constitucional preceitua que **o serviço militar será obrigatório nos termos de lei**. Tal obrigatoriedade está a restringir o direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, pois o trabalho, neste particular, deixa de ser **livre** para se tornar **obrigatório**. No entanto, a formulação do enunciado constitucional indica

⁵¹ Cf. RETORTILLO, Lorenzo Martín; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas, 1988, p.108.

⁵² Esta última classificação de restrições a direitos fundamentais – **restrições diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais** – é adotada por Robert Alexy (**Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 276 e segs).

⁵³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 277.

o condicionamento de tal compulsoriedade à lei. Assim, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão admite a restrição em razão do serviço militar de caráter obrigatório, desde que implementada por lei. Atribuiu-se ao legislador, desse modo, o poder de impor limitações ao aludido direito de liberdade.

Outra restrição desta espécie a que se sujeita a liberdade de trabalho, ofício ou profissão situa-se no próprio texto normativo que a enuncia. Trata-se da determinação constitucional de atendimento às “qualificações profissionais” a serem estabelecidas em lei. A norma constitucional enunciativa do direito de liberdade confere ao legislador o poder de exigir o preenchimento de determinados requisitos que demonstrem “qualificações profissionais” para que seja permitido o acesso ao exercício de determinada profissão⁵⁴. Há de se ressaltar que a ausência desta modalidade de lei restritiva não impede o livre exercício da atividade de modo imediato, pois não se trata, na espécie, de norma constitucional não auto-executável⁵⁵.

A restringibilidade do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão através de leis que instituem requisitos de aferição de atributos profissionais mínimos, é tradicional no direito constitucional brasileiro. Mesmo na Constituição de 1891, onde não se explicitou comando semelhante, prevaleceu – a despeito do entendimento positivista manifestado à época – a via interpretativa que permitia ao legislador a instituição de restrições desta ordem⁵⁶. Tais limitações de ordem técnica encontram fundamento nos danos que o mau exercício de determinadas atividades laborais ou profissionais pode causar a terceiros e à sociedade⁵⁷.

⁵⁴ Trata-se aqui, na lição de Alexy, de reserva legal restritiva de caráter qualificado, na medida em que a Constituição impõe limites de conteúdo ao legislador para que exerça tal reserva legal. (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 282-283) O legislador deve ater-se, por força do dispositivo constitucional, à fixação de “qualificações profissionais” a serem preenchidas. As leis institutivas das “qualificações profissionais” são de competência privativa da União (art. 22, XVI, da Constituição Federal).

⁵⁵ Ver a propósito dessa modalidade de normas constitucionais: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12. Pontes de Miranda denomina tais normas de **não bastantes em si** (Cf. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, tomo I, p.126).

⁵⁶ Ver, a propósito: MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. III, p. 84-85; também: João Barbalho Uchôa Cavalcante (**Constituição federal brasileira**. edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, 1992, p. 330. Registra Barbalho inclusive a emenda proposta pelos deputados de formação positivista que determinava o livre exercício de qualquer profissão “independentemente de títulos ou diplomas de qualquer natureza, cessando desde já todos os privilégios que a eles se liguem ou deles emanem”. Tal ato aditivo não obteve, porém, aprovação.

⁵⁷ Cf. DÓRIA, A. de Sampaio. **Curso de direito constitucional: os direitos do homem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1946, v. 2, p. 297-298.

A Constituição de 1988 inovou no que se refere à terminologia empregada para designar o conteúdo das leis restritivas do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. A partir da Constituição de 1946, passou-se a utilizar no constitucionalismo pátrio a expressão “condições de capacidade” como delimitadora do conteúdo das restrições a serem adotadas pela lei. O texto constitucional de 1988, porém, atribui ao legislador o poder de restringir o direito com a finalidade de impor “qualificações profissionais” a serem atendidas, como requisitos do exercício de determinadas atividades.

Cumpra descobrir, desse modo, qual o sentido que se deve atribuir à expressão “qualificações profissionais”. É certo que a terminologia atual é mais abrangente do que as expressões adotadas nas Constituições anteriores⁵⁸. Não se pode, porém, com apoio numa pretensa extensão de significado – insinuado pela terminologia adotada – interpretar a expressão “qualificações profissionais” como permissiva da ampla liberdade de conformação do legislador⁵⁹. Impõe-se que as qualificações a serem atendidas se ajustem estritamente à profissão para a qual são exigidas. Inafastável a relação de pertinência que deve permear as qualificações legais com a atividade profissional a ser desempenhada. O exacerbamento da liberdade de conformação do legislador na fixação das “qualificações profissionais” importa necessariamente em inconstitucionalidade. Não há lugar para determinações excessivas e desproporcionais, que inviabilizem o próprio exercício do direito. Trata-se, *in casu*, de aplicação da cláusula da **proibição do excesso**⁶⁰. Ademais, na interpretação dos direitos fundamentais, tem prevalência o postulado da

⁵⁸ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 39.

⁵⁹ Esta, ao que parece, constitui a interpretação cogitada – com algum temor – por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Afirma o mestre que o dispositivo “permite se exija para qualquer trabalho, ofício ou profissão um rol de qualificações, que a lei poderá estabelecer livremente. Assim, enseja o fechamento da atividade em benefício dos ‘qualificados’. Com isso, abre-se campo para uma ‘reserva de mercado’ em favor de determinados profissionais, em detrimento da liberdade de trabalho, mesmo sem que haja risco para a comunidade ou os indivíduos” (Cf. FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 39).

⁶⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p.417. Nesse sentido, a título exemplificativo, verifica-se o juízo de inconstitucionalidade emitido pelo Supremo Tribunal Federal sobre imposições que condicionavam o exercício de certas atividades à mera inscrição em órgão de classe ou fiscalizador sem o estabelecimento de qualquer avaliação da qualificação profissional. Em relação aos corretores de imóveis, ver a Representação nº 930, *in DJU* de 02 de setembro de 1977. Esta orientação jurisprudencial foi seguida, em relação aos estivadores, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região na Remessa *ex officio* nº 90.04.00154-9/RS *in DJU* de 1º de junho de 1994. Nessa mesma linha, encontram-se também manifestações da Corte Constitucional italiana (Cf. LEVI, Franco. *Libertà fondamentali del professionista ed ordini professionali*. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1976, p. 911).

preponderância do direito sobre as restrições, de modo que as normas restritivas – como regra geral – não devem ser interpretadas de forma extensiva⁶¹.

11.3 Restrições indiretamente constitucionais por outros bens constitucionalmente tutelados

Os direitos de liberdades podem ser objeto de restrição por normas jurídicas infra-constitucionais, mesmo sem expressa autorização constitucional. Em razão de outro preceito constitucional – que, inclusive, pode ser conformador de outro direito fundamental –, verifica-se a possibilidade do legislador, ao ponderar uma liberdade pública e outros valores constitucionais que se lhe oponham, optar por uma solução que aplique em maior grau os valores contrapostos e em menor grau a liberdade⁶². Fica claro, desse modo, que os bens tutelados pela Constituição estão a legitimar, em muitos casos, a intervenção do legislador para instituir restrições a direitos de liberdade, conferindo maior medida de aplicação a outro princípio constitucional.

O direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão não fica, por certo, imune a esta categoria de restrições. Nesse sentido, curiosa é a questão originada em razão do art. 70 da Lei nº 8.713/93, que proibiu os candidatos a cargos eletivos no pleito de 1994 de transmitir programas de rádio e televisão sob pena de cassação do respectivo registro eleitoral. O comando normativo inscrito no preceito legal claramente impõe àqueles candidatos, que têm como profissão a função de apresentador ou comentarista em programas de rádio ou televisão, o afastamento de suas atividades, cerceando o direito de tais trabalhadores ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Além disso, cabe advertir que inexistiam, nas normas que disciplinavam aquele pleito, similares restrições ao exercício de outras profissões. Manifestou-se o Supremo Tribunal Federal a esse propósito⁶³, no sentido de considerar que tal norma tem por finalidade da aplicação ao princípio democrático, pois assegura a igualdade entre os candidatos no certame eleitoral. Ao afastar dos meios de comunicação de massa aqueles que poderiam usá-los além do horário eleitoral gratuito, assegurou que uns não tenham maior exposição que outros⁶⁴. Definiu-se, assim, a Corte Suprema pela legitimidade

⁶¹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988, v. IV, p. 308.

⁶² Cf. RETORTILLO, Lorenzo Martín; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas, 1988, p.108.

⁶³ Ver: ADIn nº 1062-0 (medida cautelar) Rel. Min. Sydney Sanchez, in DJU de 01º de julho de 1994.

⁶⁴ Digna de nota é a alegação feita pelos proponentes da ação no sentido de que a norma legal questionada não afastaria dos meios de comunicação esportistas, atores e atrizes, cantores e cantoras que se manteriam, diferentemente dos apresentadores e comentaristas de rádio e televisão, em atividade e expostos ao público (in ADIn MC nº 1062-0, Rel. Min. Sydney Sanchez, in DJU de 1º de julho de 1994).

210 constitucional das restrições impostas pelo legislador à liberdade de trabalho, ofício ou profissão em virtude da aplicação do princípio democrático.

12 Conclusões

I. O direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão encontra vários graus de concretização. Desse modo, revela, como projeções necessárias, outros direitos e liberdades constitucionais. Apresentam-se como efetivos desdobramentos da liberdade pública em exame o direito à livre escolha da profissão, o direito à livre escolha do regime jurídico para o exercício da profissão, o direito de acesso às profissões, o direito de mudar de profissão, o direito de exercer mais de uma profissão ou trabalho, o direito de não trabalhar e o direito de não fazer greve.

II. Verificou-se a presença de significativos traços diferenciadores entre certos direitos fundamentais – notadamente o direito à livre iniciativa e o direito ao trabalho – e o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. De um lado, a liberdade de iniciativa corresponde a um direito a ser exercido por aquele que, já tendo exercido a sua liberdade de trabalho, ofício ou profissão, optou pela atividade empresarial – ficando, inclusive, sujeito a restrições de outra ordem. Por outro, o direito ao trabalho, ao contrário da liberdade de trabalho, ofício ou profissão, constitui um direito social, caracterizando-se, sob certo aspecto, como elemento garantidor da própria liberdade.

III. O direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão sujeita-se, de outra parte, a algumas modalidades de restrições legítimas ao seu exercício. Há, assim, normas constitucionais que diretamente limitam a sua plena aplicação. Outras, porém, atribuem expressamente ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade. Encontram-se, ainda, limitações decorrentes de outros princípios constitucionais que se contrapõem casuisticamente à liberdade de trabalho ofício ou profissão, como no caso do impedimento, durante a campanha eleitoral, do desempenho da profissão de apresentador ou comentarista de rádio ou televisão por candidatos a cargos em disputa no pleito.

IV. Quanto à interpretação das “qualificações profissionais” que a lei pode estabelecer para o exercício da liberdade de trabalho ofício ou profissão, cumpre afastar, *a priori*, as vias interpretativas que resultem no alargamento das hipóteses de restringibilidade da liberdade de trabalho, ofício ou profissão. A possibilidade de limitação do direito, apesar de sua expressa previsão constitucional, não deve servir à interdição, em termos práticos, do próprio exercício do direito.

V. Constitui a liberdade de trabalho, ofício ou profissão direito fundamental de conteúdo próprio, com relevantes desdobramentos, que, ao se submeterem ao regime

constitucional em vigor, se sujeitam a todas as categorias de limitações e restrições atinentes aos direitos fundamentais.

13 Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: RT, 1985.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1984. v. 1.
- CAVALCANTE, João Barbalho Uchôa. **Constituição federal brasileira**. edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, 1992.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DÓRIA, A. de Sampaio. **Curso de direito constitucional: os direitos do homem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1946. v. 2.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Exercício da advocacia por magistrado aposentado. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 24, 1982.
- _____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- LEVI, Franco. Libertá fondamentali del professionista ed ordini professionali. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 1976, p. 911.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. III.
- _____. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. tomo II.

- 212 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988. vol IV.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.
- NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- PÉLISSIER, Jean. La liberté du travail. **Droit Social**, numéro spécial, n.1, janvier/1990.
- PINTO FERREIRA, Luís. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. tomo V.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1992.
- RETORTILLO, Lorenzo Martín; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas, 1988.
- ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.