

CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES ARTÍSTICAS: INTERESSE PÚBLICO OU CORPORATIVO?

RODRIGO MORAES*

RESUMO: O presente estudo versa sobre fiscalização de atividades profissionais, que só se legitima através de uma justificativa razoável: havendo manifesto interesse público. A razoabilidade surge no momento em que uma profissão oferece potencial lesivo para a sociedade. Não é o caso das profissões artísticas. Daí a divergência em relação à obrigatoriedade de filiação à Ordem dos Músicos do Brasil (OMB). O artigo analisa, em suma, quais os parâmetros que devem restringir o exercício de uma atividade profissional.

Palavras-chave: conselhos de fiscalização de profissões; conselhos profissionais; mandado de segurança; Ordem dos Músicos do Brasil; OMB; poder de polícia; direito administrativo; direito constitucional; exame de ordem.

ABSTRACT: This study deals with professions regulation which must have a sound reason to be legitimate: public interest must be present. The reasonableness issue is important when a profession practice posts some kind of damage to society. This is not the case of artistic professions. Hence the controversy about the mandatory filiation in the Brazilian Musicians Order (OMB). This review analyses which are the parameters based on what a profession practice can be restricted.

Keywords: Professions Fiscalizations Counsels/Boards; Writ of mandamus; Brazilian Musicians Order; OMB; Policy Power; Administrative Law; Constitucional Law.

***Rodrigo Moraes** é advogado, mestre em Direito pela UFBA, consócio do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB), especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Músico e compositor, lançou, em novembro de 2001 o seu primeiro CD, intitulado “Amor a Torto e a Direito”, em parceria com o também advogado José Borba Pedreira Lapa. Protestou, no encarte do CD, contra a obrigatoriedade de filiação à Ordem dos Músicos do Brasil (OMB). E-mail: rodrigomoraes@uol.com.br.

1 ORIGEM DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES

O homem é um ser eminentemente gregário. Possui instinto sociável e percebe que viver em comunidade facilita alcançar seus objetivos. Não consegue viver de forma isolada, sem interagir e trocar idéias com outros homens. Ele não somente existe, mas, sobretudo, coexiste. Não somente vive, mas convive. Por isso mesmo, uma expressão latina reza: “*unus homo, nullus homo*”.

Na esfera profissional, essa visão de vida em grupo adquire certo grau de complexidade. Faz-se necessário, assim, preliminarmente, traçar um breve resumo da evolução histórica da coesão de grupo no campo do trabalho.

As corporações de ofício, órgãos públicos e privados que existiram na Idade Média, reuniam mestres, companheiros e aprendizes. Monopolizavam todo o mercado e aniquilavam a livre concorrência. Somente era possível ser sapateiro quem fosse devidamente filiado à respectiva corporação.

Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Juiz Federal e Professor de Direito Administrativo da Escola Superior da Magistratura Federal e Estadual do Estado de Santa Catarina, preleciona nos seguintes termos:

No sistema de corporações medievais, a exemplo do que ocorre hodiernamente no Brasil em relação a muitas profissões, os artesãos não podiam exercer seu ofício ou arte nas comunas sem que ligados a alguma entidade. As razões que ditavam tal controle não diziam respeito necessariamente ao atendimento das necessidades públicas, mas principalmente à reserva de mercado, ao favorecimento de alguns; em suma, aos interesses meramente corporativos (expressão utilizada aqui no seu sentido pejorativo) dos privilegiados.¹

A Revolução Francesa, através da lei *Chapelier*, de 1791, extinguiu esse absolutismo imperante no sistema corporativo, que ia totalmente de encontro ao princípio norteador da nova ordem econômico-social instaurada: o ideário liberal. Liberdade passou a

¹ FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Conselhos de fiscalização profissional – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 22.

significar o exercício de qualquer profissão, arte ou ofício sem nenhum tipo de entrave ou interferência corporativa.

O abstencionismo total do Estado trouxe conseqüências nefastas para a sociedade liberal, em face da completa falta de controle em relação a atividades profissionais norteadas pelo interesse público e bem-estar social. No lugar das corporações, ficou um enorme vazio, a total liberdade de contratar.

A força de trabalho passou a ser considerada simples mercadoria. Graves arbítrios patronais, frutos do ideário liberal, começaram a ser cometidos, fazendo que a classe proletária passasse a reivindicar melhores condições de trabalho, exercendo, assim, sua força coletiva.

O Direito do Trabalho, que teve como origem a Revolução Industrial, fez a absoluta liberdade de contratar, fruto do liberalismo francês, entrar em declínio. Ao lado da formação da consciência coletiva, teve início a intervenção do Estado, criando um estatuto mínimo em prol da defesa do trabalhador hipossuficiente. Na relação empregador-empregado, o liberalismo escraviza a parte mais fraca, e o Direito traz o ponto de equilíbrio para sua efetiva proteção.

1.1 Influência do ideário liberal no Brasil

O Brasil sofreu forte influência do ideário liberal francês. É precisa a preleção de Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição de 1946: “*Liberdade de profissão* significou de início, *exclusão do privilégio de profissão, das corporações de ofício*”.²

Passou a ser proibido o privilégio de profissão para determinado grupo familiar, religioso ou político. Mais que isso. Tanto a Constituição Imperial (1824) quanto a primeira Constituição Republicana do Brasil (1891) não exigiam nenhum pressuposto de capacidade para o exercício de qualquer profissão.

A Constituição de 1824, art. 179, 24, previa: “*Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos*”.

No art. 179, 25, estava disposto: “*Ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres*”.

A Constituição de 1891, art. 72, § 24, também previa expressamente: “*É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial*”.

O Brasil daquela época era essencialmente agrícola. Havia um pequeno número de profissões. A ampla liberdade prevista na Constituição ainda não oferecia perigo para a sociedade.

Somente a partir da Carta de 1934, o exagero liberal ficou restrito. O texto constitucional foi modificado, sendo nele introduzidas restrições impostas pelo interesse público. O art. 113, 13, afirmava: “*É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público*”.

A partir da década de 30, pois, o Estado Brasileiro começou a exercer um controle mais efetivo no exercício das atividades profissionais. Mas qualquer lei restritiva ao exercício de uma profissão tinha como pressuposto o interesse público. Se não estivesse presente esse interesse, o legislador ordinário não estava autorizado a regulamentar uma profissão.

A Constituição de 1937 garantia: “*A liberdade de escolha de profissão ou do gênero do trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei*”.

² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1969, p. 488.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, previa: “*É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*”. Observa-se, pois, que desapareceu a expressão “interesse público” do dispositivo constitucional.

A Constituição do Brasil, de 1967, assegurava: “*É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*”. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, rezava nos mesmos termos: “*É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*”.

Finalmente, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XIII, assegura: “*É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer*”.

Destarte, desde a Constituição de 1946 até a nossa atual, de 1988, a expressão “interesse público” desapareceu do corpo desse artigo constitucional. Mesmo não mais existindo expressamente essa alusão, acreditamos que o *interesse público* não deixou de ser pressuposto de legitimidade constitucional para a regulamentação de profissões. A discricionariedade do legislador ordinário ganhou, só aparentemente, maior extensão.

Entende-se, daí, que, apesar de a atual Carta Magna, em seu art. 5º, XIII, não mencionar expressamente o princípio do interesse público, ele não deixou de existir. Sendo assim, o legislador ordinário não tem liberdade total para elaborar leis regulamentando profissões. Desrespeitar o princípio do interesse público é ofender os princípios gerais da Carta Política.

A omissão aparente do pressuposto *interesse público* vem ensejando a proliferação de profissões regulamentadas. Entretanto, repetimos: a ausência de menção expressa do requisito interesse público no corpo da norma constitucional é devidamente

suprida ao se fazer uma interpretação sistemática da Constituição. É o que veremos a seguir.

2 O QUE LEGITIMA A FISCALIZAÇÃO DE UMA PROFISSÃO: INTERESSE PÚBLICO

O art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988, dispõe nos seguintes termos: “*É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer*”.

Esse dispositivo é classificado como norma constitucional de eficácia contida. Ou seja, a possibilidade concreta de o art. 5º, XIII, produzir efeitos sofre as seguintes restrições: devem ser atendidos os princípios do interesse público e da razoabilidade, implícitos na norma constitucional, assim como o requisito das qualificações profissionais que a lei ordinária estabelecer. A liberdade prevista na norma constitucional, pois, não é plena, já que pode ser contida por lei ordinária.

Nesse contexto, interesse público diz respeito ao fato de o povo optar pela regulamentação de algumas profissões, objetivando resguardar-se e proteger-se de maus profissionais. O interesse público, pois, está nitidamente ligado à potencialidade lesiva de determinadas profissões.

Buscamos desvendar o verdadeiro sentido dessa expressão constitucional: “*atendidas as qualificações que lei a estabelecer*”. *Qualificação* significa aptidão, capacitação, preparação para exercer uma determinada atividade profissional. Mas será que essa qualificação refere-se a toda e qualquer atividade? Quais parâmetros devem restringir o exercício de uma atividade profissional?

Segundo Pontes de Miranda, “*sempre que a profissão liberal, para que o público seja bem servido e o interesse coletivo satisfeito, requeira habilitação, não constitui violação a legislação que estabeleça o mínimo de conhecimentos necessários*”.³

Em relação às profissões artísticas, objeto de nosso trabalho, deve ser aplicado o mesmo raciocínio restritivo? O próprio Pontes de Miranda dizia que é “*indispensável que ela [Constituição] se insira na vida, aponte estradas por onde se há de avançar e a sua aplicação colime o bem de todos, pois só esse pode ser o seu fim.*”⁴

O legislador ordinário pode disciplinar o exercício de atividades profissionais, dispondo sobre os requisitos indispensáveis, somente tendo em vista o bem comum. A expressão “qualificações profissionais” não pode ser interpretada desconsiderando o princípio da razoabilidade.

Creemos que não se configura razoável afirmar que um artista precisa ter conhecimentos profundos sobre arte para que a coletividade seja bem atendida. Ora, passar por ambientes acadêmicos não define a qualidade nem o sucesso profissional de um artista. Indubitavelmente, não há requisitos indispensáveis para se exercer uma profissão artística.

O art. 5º, XIII, da Carta Magna, norma constitucional de eficácia contida, dá margem a uma atuação restritiva do legislador ordinário. A discricionariedade conferida à norma infraconstitucional sofre limites. E é exatamente o princípio da razoabilidade que restringe a discricionariedade do legislador ordinário. Este precisa legislar com ponderação e prudência. O princípio da razoabilidade, portanto, visa conter, reprimir, frear os impulsos do legislador infraconstitucional.

Uma norma irrazoável, que ultrapasse o limite conferido à discricionariedade do legislador, é arbitrária, devendo ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

³ Ob. Cit., p. 488.

Não é certo dizer que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XIII, teve em mira critério diverso da potencialidade lesiva de uma determinada profissão, e do interesse público inerente a essa possibilidade danosa. Nem, muito menos, que se faz preciso, antes de qualquer reivindicação, alterar o texto constitucional, omissos nesse sentido, tendo em vista que o interesse coletivo configura um “princípio”, que está na base do sistema jurídico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que, mesmo a Constituição Federal de 1988 não mencionando o princípio da razoabilidade, ele nem por isso deixa de existir. *In verbis*:

A Constituição Federal não o menciona, embora tivesse sido incluído no projeto original, dentro do dispositivo de que resultou o art. 37. Nem por isso deixa de existir o princípio da razoabilidade como inerente a toda atividade estatal, desde que se parta da idéia de “princípio” como uma proposição que se coloca na base do sistema jurídico. As Constituições anteriores não mencionavam os princípios que hoje são expressos no art. 37; não obstante, sempre foram mencionados e reconhecidos pela doutrina e jurisprudência.⁵

Os constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, comentando o artigo art. 5º, XIII, da Constituição Federal, afirmam:

Para que uma determinada atividade exija qualificações profissionais para o seu desempenho, duas condições são necessárias: uma, consistente no fato de a atividade em pauta implicar conhecimentos técnicos e científicos avançados. É lógico que toda profissão implica algum grau de conhecimento. Mas muitas delas, muito provavelmente a maioria, contemplam-se com um aprendizado mediante algo parecido com um estágio profissional. A iniciação destas profissões pode-se dar pela assunção de atividades junto às pessoas que as exercem, as quais, de maneira informal, vão transmitindo os novos conhecimentos.

Outras, contudo, demandam conhecimento anterior de caráter formal em instituições reconhecidas. As dimensões extremamente agigantadas dos conhecimentos aprofundados para o exercício de certos misteres, assim como o embasamento teórico que eles pressupõem, obrigam na verdade a este aprendizado formal.

Outro requisito a ser atendido para regulamentação é que a profissão a ser regulamentada possa trazer um sério dano social.

É óbvio que determinadas atividades ligadas à medicina, à engenharia, nas suas diversas modalidades, ao direito, poderão ser geradoras de grandes malefícios, quer quanto aos danos materiais, quer quanto à liberdade e quer ainda quanto à

⁴ Ob. Cit., p. 498.

⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 174.

saúde do ente humano. Nestes casos, a exigência de cumprimentos de cursos específicos se impõe como uma garantia oferecida à sociedade. Em outros casos, a própria pessoa interessada pode perfeitamente acautelar-se contra o profissional desqualificado, obtendo informações sobre o mesmo. É certo que a evolução tecnológica recente torna cada vez mais complexas certas profissões. Alguma sorte de curso faz-se quase sempre necessária. **Nestes casos, no entanto, em que inexitem grandes riscos para a sociedade, é preferível manter-se a atividade livre em nome precisamente do direito à livre opção profissional. O excesso de regulamentação nega este direito.**⁶

O constitucionalista J. Cretella Júnior segue o mesmo entendimento:

Claro que há “ofícios” e “ofícios”, sendo alguns de natureza mais simples e que não envolvem “valores humanos supremos” (vida, saúde, bem-estar), “ofícios” esses que podem ser desenvolvidos sem maiores exigências.⁷

O art. 5º, XIII, da Constituição Federal deve se compatibilizar com os arts. 5º, IX, e 220, *caput*. O art. 5º, IX, dispõe: “*É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”.

O artigo 220, *caput*, da Carta Magna prevê: “*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*”.

Nesse sentido, tememos que o legislador pátrio torne obrigatória a existência de uma “Ordem” ou “Conselho” para toda e qualquer profissão. Ora, restrições no intuito nitidamente corporativista são inconstitucionais. A mera declaração da lei de que uma atividade profissional está afetada por interesse público não é suficiente para justificar a sua regulamentação. A lei, por si só, não é conclusiva. É necessário que o Direito seja reconhecido pela sociedade. A simples pretensão de que regulamentar as profissões artísticas satisfaz ao interesse público não basta. Aliás, configura arbitrariedade, pois fere frontalmente o princípio da razoabilidade.

⁶BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: volume 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 77-78.

⁷JÚNIOR, José Cretella. *I Comentários à Constituição 1988, Art. 1º a 5º (I a LXVII)*. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 275.

A proliferação de profissões regulamentadas, infelizmente, leva a imaginar que, em breve, para se publicar um livro de poesias no Brasil, deverá ser necessário obter carteira de “Poeta Profissional”. Assim, seria criado um exame para julgar se a pessoa é ou não poeta. Ao menos, o teste serviria para selecionar os escritores que conhecessem as regras gramaticais da Língua Portuguesa. A Editora que publicasse um livro de um poeta não profissional, ou seja, não inscrito na “*Ordem dos Poetas do Brasil*”, pagaria uma multa e o escritor seria enquadrado na contravenção penal de Exercício Ilegal da Profissão ou Atividade (art. 47 da Lei de Contravenções Penais).

2.1 A inconstitucionalidade da Ordem dos Músicos do Brasil

A Lei n. 3.857/60, que criou a OMB (Ordem dos Músicos do Brasil) proíbe expressamente o exercício da profissão de músico não inscrito na entidade, sob pena da aplicação de “advertência, censura, multa, suspensão do exercício profissional até 30 (trinta dias) e cassação do exercício profissional *ad referendum* do Conselho Federal” (art. 19). Dispõe o art. 16 da lei: “*Os músicos só poderão exercer a profissão depois de regularmente registrados no órgão competente do Ministério da Educação e no Conselho Regional dos Músicos sob cuja jurisdição estiver compreendido o local de sua atividade*”.

Que perigo um mau músico pode oferecer à sociedade? Que potencial lesivo um cantor desafinado ou um instrumentista inexperiente exerce para o bem-estar geral? Conseqüentemente, por que a obrigatoriedade de filiação à OMB? Será que um músico neófito tem condições de causar algum dano irreparável à sociedade? Se alguém tocar uma música fora do ritmo, ou uma nota desafinada, quem vai sofrer com isso? Alguém irá morrer ou ficar aleijado? Acreditamos que um músico desqualificado seria naturalmente excluído pelo público (quase sempre severo em seu julgamento), pelas gravadoras e empresários em geral. O processo seletivo seria espontâneo. Quem fosse bom músico, permaneceria. Quem não fosse, sobreviveria apenas de biscates, salvo eficiente trabalho de mídia e marketing agressivo. Se um cantor, por exemplo, é desafinado ou incompetente, a própria mídia ou o próprio público fazem a propaganda negativa de seu

trabalho. No caso de tocar mal, o músico não põe nada em risco, além do seu próprio emprego.

A Lei nº 3.857/60, uma vez emanada do poder legislativo da época, e ainda não revogada por lei posterior, continua vigendo. Seu conteúdo, entretanto, não atende aos princípios da razoabilidade e do interesse público.

2.2 Poder de polícia das profissões

Poder de polícia é a atividade exercida pelo Estado, através da imposição de limites à liberdade individual e coletiva, objetivando salvaguardar o bem-estar social e a ordem pública. Os órgãos de fiscalização de profissões exercem poder de polícia por delegação. É precisa a lição do mestre Hely Lopes Meirelles:

A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo. (...) O objeto do poder de polícia administrativa é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público. (...) Desde que a conduta do indivíduo ou da empresa tenha repercussões prejudiciais à comunidade ou ao Estado, sujeita-se ao poder de polícia preventivo ou repressivo (...).⁸

Vale a pena constar uma picaresca comparação, *data venia*, feita pelo atual Presidente da OMB/BA, Sr. Emídio José dos Santos, que se encontra há quase vinte anos ininterruptos no poder, colocando no mesmo patamar de interesse social as habilitações de músico na OMB e de motorista no DETRAN. *In verbis*:

O CNT exige para a pessoa exercer a profissão de motorista, que o mesmo esteja devidamente habilitado, todavia como poderá o Poder Judiciário autorizar liminarmente decorrente da utilização do WRIT que esse profissional exerça a atividade de motorista se o mesmo encontra-se suspenso ou impedido? (sic)⁹

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 117-118.

⁹ Na folha 80 do writ impetrado contra ele, tendo sido concedida a segurança para os seguintes músicos baianos: Maestro Zeca Freittas, Rebeca Matta, Mou Brasil, Ivan Huol e Fernando Marinho. Processo nº 2001.018107-5.

Sem dúvida, é uma exacerbação do poder de polícia da Administração Pública fiscalizar os músicos, da maneira que, há mais de quarenta anos, faz a OMB. O ato de polícia encontra razão de ser somente quando implica vantagem sensível para o bem-estar geral, utilidade inegável para a coletividade, ou seja, quando não se desvia do interesse público, este devendo ser entendido como as efetivas exigências da sociedade. O limite imposto ao direito individual para exercer certas profissões deve ser compensado pela visível constatação de trazer benefícios reais para o interesse público. Restrições impostas caprichosamente pela Administração Pública, como no caso dos músicos, trazem benefícios sociais fictícios.

É perfeitamente razoável a regulamentação de manifestações artísticas e sua classificação por faixas etárias, levando-se também em conta os horários e locais das apresentações. Aliás, o pedido de *alvará de autorização*, requerido no Juizado de Menores, configura exemplo razoável do exercício do poder de polícia da Administração Pública.

Vale ressaltar que o modelo do Estado Social de Direito – Estado interventor – imperava na década de 60, ano em que foi publicada a Lei 3.857, que criou a Ordem dos Músicos do Brasil. O Estado ampliou o rol de suas atribuições de forma tão desmesurada, que trouxe ineficácia à prestação de inúmeros serviços.

É precisa a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O crescimento do Estado também se deu pela **ampliação do poder de polícia**; este, no período do Estado liberal, limitava-se a restringir os direitos individuais em benefício da ordem pública, entendida como sinônimo de segurança pública; já no período **do Estado Social de Direito**, com o crescimento do Estado e a extensão de suas atividades a todos os setores da vida social, o poder de polícia também experimentou notável ampliação, em dois sentidos: de um lado, **passou a atuar em setores não relacionados com a segurança**, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao **exercício das profissões**, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde.¹⁰

¹⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, Parcerias na Administração Pública, p. 20.

O insucesso do chamado Estado Social de Direito é notório. A exagerada ampliação do poder de polícia revelou a inaptidão estatal para atender aos diversos anseios sociais. A crescente e desmesurada intervenção do Estado, pois, não logrou êxito na função precípua de assegurar o bem-estar social, a consecução do interesse público.

Com a mudança do modelo de Estado, antes denominado Estado Social de Direito, que assumia grande volume de atribuições, para o atual Estado Democrático de Direito, notamos que não existe mais razão plausível para a intervenção estatal na seleção e fiscalização do exercício de profissões artísticas, nos termos em que se encontra na Lei 3.857/60.

3 BREVE HISTÓRICO DA OMB

A criação da OMB foi uma espécie de “manifesto profissionalista”. Surgiu em 1960, num tempo em que o artista era ainda visto pela sociedade como um ser vagabundo, ocioso, que não trabalhava e vivia na boêmia.

Diversos músicos e artistas, até bem pouco tempo atrás, eram condenados por causa da escolha da arte como profissão. Em nosso país, durante muito tempo, pessoas que se dedicavam às artes eram consideradas por muitos como indignas. O preconceito gigantesco chegava ao ponto de achar que todo artista era um ser vadio, sedentário, promíscuo, ou, até mesmo, drogado, verdadeiro mau elemento. Essa absurda mentalidade, evidentemente, não mais impera nos dias atuais, apesar de ter deixado ainda alguns resquícios.

Podemos até afirmar que a criação da OMB teve como pano de fundo um pouco de um certo complexo de inferioridade do músico, causado por anos e anos de discriminação. Os músicos queriam ter a profissão valorizada, como a advocacia, a medicina e a engenharia. Eram marginalizados, no sentido exato da palavra, pois estavam à margem das diversas categorias profissionais regulamentadas. E essa marginalidade foi um dos subterfúgios para a criação da OMB.

Ao lado desse argumento, é certo afirmar que não havia também uma proteção trabalhista eficaz para o músico profissional. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) trazia apenas dois artigos (arts. 232 e 233), “*Dos Músicos Profissionais*”, insuficientes para os interesses da classe. O Capítulo III da Lei 3.857/60 (arts. 41 *usque* 48), revogando esses dois artigos da CLT, avançou na disciplina, por exemplo, da jornada de trabalho do músico nacional.

Pois bem, a OMB nasceu do Projeto de Lei n. 699, de 1959, de iniciativa do Poder Executivo, publicado no Diário do Congresso Nacional, em 08 de agosto de 1959, p. 4.989/4992.

A lei que criou a Ordem dos Músicos do Brasil não resultou de um movimento espontâneo de opinião pública. Resultou, sim, de um mero paternalismo, como sempre incoseqüente. O então Presidente Juscelino Kubitschek, com o seu ideal de modernização do país, ao sancionar a Lei 3.857/60, imaginou que a classe musical brasileira estaria, definitivamente, protegida de qualquer tipo de exploração ou arbítrio no âmbito trabalhista.

Seja como for, a memória de todos os que lutaram para a promulgação dessa lei não estará sendo ultrajada com a faculdade de filiação à OMB. Antes, estará sendo homenageada, pois esses cidadãos jamais teriam imaginado uma OMB nas abomináveis condições em que atualmente se encontra.

Sem dúvida alguma, o Maestro José Siqueira (1904-1985), compositor, professor paraibano, principal idealizador da OMB, de cujo Conselho Federal foi o primeiro presidente, jamais poderia imaginar os tortuosos caminhos que a entidade, ao longo de sua história, seguiria.

Acreditamos que o Maestro Siqueira, fundador da Cadeira nº 8 da Academia Brasileira de Música e bacharel em Direito, teve boas intenções ao criar o

anteprojeto de lei para a criação da OMB. Porém, como diz um sábio brocardo popular: “*De boas intenções o inferno está cheio*”.

A Lei 3.857/60 é paternalista e corporativista, consequência lógica de um período político marcado por um forte intervencionismo estatal. Evidência desse protecionismo clássico é que a sindicalização era obrigatória aos trabalhadores. Ademais, os sindicatos eram controlados pelo Estado, ainda que de forma camuflada.

Rita de Cássia Lahoz Morelli, em sua obra “Arrogantes, Anônimos, Subversivos – Interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira”, traz uma afirmação do cantor e compositor Herivelto Martins ao “Diário Carioca”, em 1962, sobre a promulgação da lei que criou a OMB: “O presidente Juscelino, que é e sempre foi amigo do compositor, não poderia assinar uma lei sem antes tê-la estudado. Escudou-se em maus conselheiros. E foi o que ocorreu, lamentavelmente”.¹¹

O intervencionismo da OMB sobre o exercício da profissão de compositor muito incomodou a classe autoral da época. O art. 29, “a”, da Lei 3.857/60, afirma que os compositores de música erudita e popular são considerados músicos profissionais para os efeitos da lei.

A preleção de Rita de Cássia Lahoz Morelli registra um inegável erro histórico cometido pela OMB:

A pretensão inicial da Ordem dos Músicos foi **submeter também os autores e os compositores** às normas impessoais de disciplinamento do trabalho musical no país, e isso mais uma vez representou para os que aspiravam a ser tratados como pessoas importantes a inaceitável ameaça de serem reduzidos à condição de cidadãos comuns.¹²

Percebe-se que a Lei n. 3.857/60 já nasceu sob fortes críticas do meio musical. Tanto isso é verdade que, já em 1962, ocorreu um “movimento de desagravo a Ary Barroso”:

¹¹ MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. *Arrogantes, anônimos, subversivos – Interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira*. São Paulo: Mercado de Letras, 2000, p. 199-200.

Os dirigentes das autoridades autorais cariocas organizaram uma passeata pelas ruas da cidade, cantando músicas de Ary Barroso para “desagravar o grande companheiro do insulto que sofrera publicamente” (Boletim 61, mar./1963). O “insulto” em questão fora o seguinte: Ary filiar-se à Ordem dos Músicos do Brasil, mas deixara de pagar a anuidade, “por achar que tal organização não estava à altura de cumprir um programa elevado e capaz por si só de proteger os legítimos direitos dos profissionais de execução musical”; diante da inadimplência de Ary, os diretores da OMB haviam declarado publicamente que não lhes restava outra alternativa senão aplicar a Lei 3.857, que proibia a execução das músicas dos inadimplentes até que acertassem seus débitos com a entidade; e isso teria bastado para desencadear “uma vaga de indignação e protestos”, que agitara não só os amigos compositores de Ary Barroso, mas “todos os setores da opinião pública”, e que tivera como ponto culminante o “movimento de desagravo acima descrito (idem, ibidem) (...) Ary Barroso estava doente, e isso dava a esse “movimento de desagravo um sentido especial.”¹³

Com o golpe de 1964, os principais fundadores da OMB foram destituídos de seus cargos. Inúmeros militares assumiram, então, diversas presidências nos conselhos regionais. Essa infiltração militar objetivou atender aos interesses da ditadura. O acesso às fichas cadastrais de milhares de músicos espalhados por todo o Brasil foi, sem dúvida, uma sutil estratégia do Estado para vigiar, censurar e controlar o meio artístico.

Portanto, a filiação compulsória à OMB não é um querer coletivo. Nasceu, sim, de uma imposição legal arbitrária, em um contexto histórico totalmente diverso do atual.

4 MANDADOS DE SEGURANÇA IMPETRADOS NO ESTADO DA BAHIA

A Bahia é um verdadeiro celeiro musical. Mas, ao lado dos criativos, nela também residem os autoritários. Mandados de segurança com pedido de liminar estão sendo impetrados contra o atual Presidente da OMB/BA, Sr. Emídio José dos Santos.

Juízes Federais baianos, tais como os professores Salomão Viana, Pedro Braga Filho, Nilza Reis, Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta e Rosana Noya

¹² Ibid., p. 193

¹³ Id. Ibid., p. 198-199.

Alves Weibel Kaufmann, vêm corroborando o nosso entendimento da desnecessidade de filiação à Ordem dos Músicos do Brasil.

O Ministério Público Federal vem opinando pela concessão da segurança, a exemplo dos precisos pareceres dos ilustres Procuradores da República Cláudio Gusmão e Edgard de Almeida Castanheira.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região já começou a confirmar as decisões *a quo*, como se observa a seguir:

ADMINISTRATIVO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. MÚSICO PROFISSIONAL. INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. Estabelece a Constituição, no art. 5º, XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer”.

2. A regulamentação de uma atividade profissional depende da demonstração de existência de interesse público a proteger.

3. No caso do músico, a atividade não se apresenta perigosa ou prejudicial à sociedade, diferentemente das profissões de médico, advogado ou engenheiro, que exigem controle rigoroso, tendo em vista que põem em risco bens jurídicos de extrema importância, como a liberdade, a vida, a saúde, a segurança e o patrimônio das pessoas.

4. Afigura-se, portanto, desnecessária inscrição em ordem ou conselho para o exercício da profissão de músico.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

(Quinta Turma. AMS nº 2001.33.00.018107-5/BA. Rel. Des. João Batista Moreira. Apelante: Ordem dos Músicos do Brasil, Seção Bahia; Apelados: José Maria Caldeira Teixeira de Freitas e outros; DJ de 23/10/2002).

Os dois principais argumentos para a concessão da segurança seguem abaixo.

a) Não pode haver apenação de ordem administrativa sem o prévio procedimento administrativo, devendo ser assegurados o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV). O músico em atraso com as anuidades, que configuram contribuições sociais, deve ser previamente notificado para a regularização, devendo ser estabelecido prazo estatutário para o pagamento. Desatendido esse prazo que seja, a OMB poderá formalizar processo administrativo interno, não sendo possível, sob qualquer hipótese, o impedimento do exercício profissional.

Há, em todo o Brasil, denúncias de inúmeros músicos molestados no exercício da profissão. Fiscais da OMB, em flagrante abuso de poder, surgem, momentos antes do espetáculo, exigindo arbitrariamente a quitação das anuidades, até mesmo acompanhados de força policial! Isso quando não se contentam com o montante da propina que, quando oferecida, é quase sempre aceita. A OMB chega ao extremo de autuar não só o músico, como os estabelecimentos onde se realizam os espetáculos, com nebulosas e elevadas multas.

Havendo risco de dano certo ao patrimônio jurídico dos impetrantes, que podem deixar de realizar iminentes apresentações musicais para as quais foram contratados, esse argumento configura o *periculum in mora* para a concessão da medida liminar *inaudita altera parte*.

b) Além do fundamento da cobrança ilegal de anuidades, pleiteia-se a **declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos da vetusta Lei nº 3.857/60**. Com esta declaração incidental, é negada a aplicação dos artigos 16, que estabelece a inscrição obrigatória à OMB, e 28, que estabelece requisitos de capacidade técnica da Lei 3.857/60, posto que flagrantemente inconstitucionais.

Indignado com as sucessivas derrotas judiciais, não restou outra alternativa ao Presidente da OMB/BA senão produzir uma moção de repúdio ao movimento baiano¹⁴ que contesta democraticamente a constitucionalidade de filiação compulsória a esse conselho profissional. Convidado para também compor a mesa na Audiência Pública realizada na Câmara Municipal de Salvador, no dia 18 de junho de 2002, intitulada “A música e os artistas”, na qual fomos palestrante, o Presidente da OMB/BA não compareceu.

¹⁴ Conferir as seguintes reportagens sobre o movimento baiano contra a OMB: “*Desordem dos músicos*”, A TARDE, Caderno 2, p. 6, edição de 04 de setembro de 2000, de autoria do jornalista Luís Lasserre; “*Ordem dos Músicos vai ser alvo de ação judicial*”, Correio da Bahia, Folha da Bahia, p. 7, edição de 06 de setembro de 2000, de autoria do jornalista Paulo Sales; “*Alguma coisa está fora da ordem*”, A TARDE, Caderno 2, p. 8, edição de 08 de setembro de 2000, de autoria de Luís Lasserre; “*Quando a Ordem desafina*”, Jornal de Cultura da Bahia – SOTERÓPOLIS-, edição 38, novembro/2001, p. 16/17, de autoria do jornalista Manuel Muñiz; “*Osba fora da ordem*”, Correio da Bahia, Folha da Bahia, p. 1, edição de 11 de maio de 2002, de autoria do jornalista Marcos Dias; “*Produtor diz que divulgação cultural depende de propina*”, A TARDE, Local, p. 5, edição de 20 de junho de 2002, de autoria do jornalista José Bomfim.

Apenas solicitou que distribuíssem a moção de sua autoria. No final do documento encontramos a seguinte declaração *in verbis*:

ATENÇÃO. O Conselho Regional da OMB na Bahia sempre esteve de portas abertas para seus Filiados, os verdadeiros músicos. Agora: para os sacripantas, orelhudos e antimúsicos que querem aparecer sem ser nada, o Presidente da OMB, passará a exigir total respeito, sob pena de enquadrar os mesmos ao rigor da Lei nr. 3.857/60. Emídio José dos Santos. Presidente.

Os verdadeiros músicos baianos são somente aqueles ainda filiados à OMB/BA? Questionar democraticamente os abusos de poder desse vetusto conselho profissional autoriza a ser considerado “sacripanta, orelhudo e antimúsico”?

5 A INEFICÁCIA DO EXAME DA OMB

Tempos atrás, era possível ganhar habilitação para advogar sem ter passado pela faculdade de Direito. O lendário Cosme de Farias, por exemplo, considerado o último rábula da Bahia, tinha apenas o curso primário e atuou em mais de 30 mil processos judiciais. Foi tido como o “campeão de *habeas corpus*” da Bahia. Talvez do Brasil. O consagrado professor e historiador Cid Teixeira explica:

Hoje a designação de rábula tem carga pejorativa, que é o estigma dos maus advogados. Não foi sempre assim. Quando a regulamentação do trabalho forense não tinha os rigores hoje imprescindíveis, um juiz podia credenciar alguém hábil e competente para o exercício da advocacia em primeira instância.¹⁵

Cosme de Farias nasceu em 1875 e faleceu em 1972. Sem dúvida, construiu uma história na justiça baiana, honrando a missão pública da advocacia. O seu escritório, chamado de “*Quitanda da Liberdade*”, foi visitado por inúmeras pessoas pobres que precisavam de assistência jurídica.

Mas os tempos mudaram... A sociedade evoluiu. Os conflitos sociais tornaram-se muito mais complexos. Daí o rigor cada vez maior para o exercício da advocacia.

¹⁵ Correio da Bahia, “Domingo Repórter”, p. 04, edição de 07 de outubro de 2001. Reportagem intitulada “*Advogado dos pobres*”, premiada no Concurso Banco do Brasil de Jornalismo 2002, de autoria da jornalista Mônica Celestino.

Pois bem, consideramos pertinente traçar, neste capítulo, uma comparação entre os exames da OAB e da OMB, destacando as peculiaridades das profissões artísticas, que não exigem formação acadêmica para a capacitação profissional.

É alarmante em todo o país o índice de reprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Mesmo assim, o chamado “Exame de Ordem”, obrigatório no Brasil desde 1994 para o bacharel em Direito obter carteira de advogado, tende a se tornar cada vez mais rígido.

O Exame de Ordem tem por finalidade selecionar os bacharéis com padrão mínimo de competência. A OAB tem a responsabilidade institucional de não permitir o ingresso de pessoas despreparadas, que venham a cometer irremediáveis prejuízos para a coletividade. Um advogado despreparado, sem dúvida, oferece um risco efetivo para o funcionamento da Justiça e o exercício da cidadania.

A desordenada proliferação de cursos jurídicos, que já somam mais de 700 (setecentos) no país, é um dos principais motivos do alto índice de reprovação.

Por outro lado, que ameaça poderia acarretar para a população o crescimento do número de faculdades ligadas a profissões artísticas (música, dança, teatro, artes plásticas, cinema, etc.)? Nenhuma. O ensino dessas atividades nas diversas regiões do Brasil certamente fomentaria o avanço de nossa produção cultural.

Em se tratando do exame exigido pela Ordem dos Músicos do Brasil, ele está previsto no art. 28, “g”, da Lei 3.857/60. A aprovação nesse exame, prestado perante “banca examinadora”, consiste em um dos requisitos para o músico não diplomado exercer a profissão. O nível do exame é considerado uma falácia. Todos os candidatos logram êxito. Não existe caso concreto de pessoa reprovada.

O exame exigido pela OMB é de absoluta falta de seriedade. Não testa coisa alguma. Não mede a capacidade nem o talento do músico. Não desperta o mínimo grau de credibilidade. Logo, não é exagero afirmar que não há razão para ele existir. Sequer a mínima finalidade social. O exame é descabido, ineficaz, ilegítimo. A banca examinadora mais exigente que um artista pode enfrentar é o público. Ele é o árbitro mais legítimo e sincero.

Vê-se que a carteira da OMB dá apenas um *status* de que a pessoa sabe música. O indivíduo fica parecendo ser músico para a sociedade. Apenas isso.

Mas “saber música” é uma questão também subjetiva. Quem teria coragem de afirmar que o baiano Armandinho, por exemplo, não sabe música? Ora, o que ele não sabe é ler partitura (como também não sabem, por exemplo, Dorival Caymmi e Djavan, dois gigantes consagrados da MPB). Armandinho é considerado um dos melhores músicos não só do Brasil, como do mundo. Verdadeiro virtuose autodidata. Mestre sensível das cordas.

Indubitavelmente, há gênios musicais sem qualquer formação acadêmica. A matéria-prima do profissional da música não é apenas técnica e teoria, mas, sobretudo, talento, intuição e criatividade. Ademais, quem pode dizer se alguém é ou não verdadeiramente músico e/ou se está ou não apto para exercer a profissão?

O “poeta da Vila” Noel Rosa escreveu uma célebre frase: *“Batuque é privilégio, ninguém aprende samba no colégio”*. Os baianos Gerônimo e Saul Barbosa, talentosos músicos e compositores, confirmando o pensamento do saudoso Noel, compuseram uma bonita e singela canção que diz: *“Todo menino do Pelô sabe tocar tambor...”*

A música popular brasileira, como o próprio nome diz, não nasce de teses e pesquisas acadêmicas, mas da manifestação da cidade comunitária. Nasce do cotidiano, dos pequenos fatos e acontecimentos, da criatividade espontânea do povo brasileiro.

No campo das artes plásticas, o genial artista francês Auguste Rodin (1840-1917), certamente um dos mais brilhantes escultores da história universal, desafiou e contestou padrões estéticos da época, com um estilo inovador e absolutamente moderno. Não foi à toa que Rodin foi reprovado três vezes no exame de admissão na Escola Superior de Belas Artes. Ora, a aptidão de um artista para exercer o seu ofício, quando avaliada friamente por uma banca examinadora, quase sempre falha e limitada, tem o condão de cometer graves injustiças, como essa realizada com o mestre Rodin.

Os músicos brasileiros não precisam do exame da OMB, fruto de uma lei vetusta, arcaica, anacrônica. A vida do profissional da música já o submete a testes cotidianos. Para qualquer atuação profissional, geralmente, o músico se submete a testes.

Encerremos com o escritor Rubem Alves, que traduz, com incomparável criatividade, na sua fábula intitulada “Urubus e Sabiás”, o nosso sentimento libertário-musical:

Tudo aconteceu numa terra distante, no tempo em que os bichos falavam... Os urubus, aves por natureza becadadas, mas sem grandes dotes para o canto, decidiram que, mesmo contra a natureza eles haveriam de se tornar grandes cantores. E para isto fundaram escolas e importaram professores, gargarejaram dó-ré-mi-fá, mandaram imprimir diplomas, e fizeram competições entre si, para ver quais deles seriam os mais importantes e teriam a permissão para mandar nos outros. Foi assim que eles organizaram concursos e se deram nomes pomposos, e o sonho de cada urubuzinho, instrutor em início de carreira, era se tornar um respeitável urubu titular, a quem todos chamam por Vossa Excelência. Tudo ia muito bem até que a doce tranquilidade da hierarquia dos urubus foi estremecida. A floresta foi invadida por bandos de pintassilgos tagarelas, que brincavam com os canários e faziam serenatas com os sabiás... Os velhos urubus entortaram o bico, o rancor encrespou a testa, e eles convocaram pintassilgos, sabiás e canários para um inquérito “- Onde estão os documentos dos seus concursos?” E as pobres aves se olharam perplexas, porque nunca haviam imaginado que tais coisas houvesse. Não haviam passado por escolas de canto, porque o canto nascera com elas. E nunca apresentaram um diploma para provar que sabiam cantar, mas cantavam, simplesmente...

- Não, assim não pode ser. Cantar sem a titulação devida é um desrespeito à ordem.

E os urubus, em unísono, expulsaram da floresta os passarinhos que cantavam sem alvarás...

Moral: Em terra de urubus diplomados não se ouve canto de sabiá.¹⁶

¹⁶ ALVES, Rubem. *Estórias de quem gosta de ensinar*. São Paulo: Ars Poética, 1995, p. 81-82.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Rubem. *Estórias de quem gosta de ensinar*. São Paulo: Ars Poetica, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: volume 2*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Conselhos de fiscalização profissional – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- JÚNIOR, José Cretella. *I Comentários à Constituição 1988, Art. 1º a 5º (I a LXVII)*. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1969.
- MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. *Arrogantes, anônimos, subversivos – Interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira*. São Paulo: Mercado de Letras, 2000.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas S.A., 1999.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.