



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCUS VINÍCIUS BASTOS GAMA

**A DESNECESSIDADE DE FILIAÇÃO DOS MÚSICOS JUNTO
À ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL: ANÁLISE DA LEI N.
3.857/60 FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Salvador
2016

MARCUS VINÍCIUS BASTOS GAMA

**A DESNECESSIDADE DE FILIAÇÃO DOS MÚSICOS JUNTO
À ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL: ANÁLISE DA LEI N.
3.857/60 FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Diogo Guanabara

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCUS VINÍCIUS BASTOS GAMA

**A DESNECESSIDADE DE FILIAÇÃO DOS MÚSICOS JUNTO
À ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL: ANÁLISE DA LEI N.
3.857/60 FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Aos,
meus amados pais por todo incentivo e
apoio que me deram ao longo de todos
esses anos.

“A música exprime a mais alta filosofia numa
linguagem que a razão não compreende”.

Arthur Schopenhauer

RESUMO

Criada na década de sessenta pela Lei Federal n. 3.857, a Ordem dos Músicos do Brasil é uma Autarquia Federal que chegou com um propósito bastante peculiar: regulamentar a profissão dos músicos e cuidar dos seus interesses. Inicialmente, os músicos desejavam a regulamentação da profissão, sobretudo por serem vítimas de preconceitos da sociedade, que não reconhecia a atividade musical como profissão digna. Ocorre, contudo, que desde o surgimento da OMB, esta vem sendo utilizada de maneira a reprimir os músicos, não trazendo quaisquer benefícios aos seus principais destinatários. Outrossim, verifica-se que a mencionada lei não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, vez que a exigência de registro do músico junto à entidade como condição para o exercício da profissão, assim como o pagamento de anuidade, não se adequa aos ditames do Texto Maior, sobretudo por violar direito fundamental, qual seja, o direito à liberdade. A exigência de registro e diploma para o exercício de determinada profissão se justifica na medida em que algumas atividades exercidas de forma temerária poderão gerar danos a toda comunidade. Ora, não é o caso dos músicos. A atividade musical sequer é capaz de gerar um risco de dano, quiçá dano efetivo. Sendo assim, sob a ótica da razoabilidade, a exigência de registro perante entidade de classe como *conditio sine qua non* para o exercício regular da profissão de músico se revela ilegítimo, inapropriado e desproporcional.

Palavras-chave: OMB; Princípio da Razoabilidade; Direito à Liberdade Profissional e Artística; Constituição Federal de 1988; Lei n. 3.857/60; Interesse Público.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

OMB	Ordem dos Músicos do Brasil
CF/88	Constituição Federal de 1988
Art.	Artigo
STF	Superior Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal
Min.	Ministro
Des.	Desembargador
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
PL	Projeto de Lei

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL	11
2.1 BREVE HISTÓRICO	11
2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	18
2.3 LEGITIMIDADE PARA FISCALIZAÇÃO DE DETERMINADAS PROFISSÕES ..	20
3 A REGULAMENTAÇÃO DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE MÚSICO E A ATUAÇÃO DA OMB	24
3.1 DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELOS CONSELHOS PROFISSIONAIS	26
3.1.1 Delegação do Poder de Polícia	31
3.1.2 Atributos do Poder de Polícia	32
3.1.3 Limites ao Poder de Polícia	34
3.2 CIRCULAR N. 001/2016: NOTA OFICIAL PROFERIDA PELA OMB BAHIA DURANTE O PERÍODO PRÉ-CARNAVALESCO	35
3.3 O TRABALHO DO MÚSICO ESTRANGEIRO NO PAÍS	37
3.4 DAS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS MÚSICOS	38
4 A ILEGITIMIDADE DA OMB E A DESNECESSIDADE DE REGISTRO OBRIGATÓRIO DOS MÚSICOS COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO	40
4.1 INOFENSIVIDADE SOCIAL DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE MÚSICO E A AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO	40
4.2 DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL	43
4.3 A ADPF 183 E A LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	49
4.4 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS: A TUTELA DA LIBERDADE ...	53
4.4.1 Liberdade de Pensamento ou Opinião	55
4.4.2 Liberdade de Expressão de Atividade Intelectual, Artística, Científica e de Comunicação	57
4.4.3 Liberdade Profissional	58

4.5 O INÍCIO DA NOVA ERA: OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 414426 E 795467. IMPORTANTE PASSO PARA A LIBERTAÇÃO DOS MÚSICOS DAS GARRAS DA OMB.....	59
5 CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a Lei n. 3.857/60, responsável por instituir a Ordem dos Músicos do Brasil, diante da Constituição Federal de 1988. O exercício da atividade musical no Brasil é alvo de inúmeros debates, notadamente em face da exigência de registro obrigatório do músico junto à OMB, como condição para o exercício regular da profissão.

Não é incomum se ouvir falar, no meio musical, que determinada banda ou artista deixou de se apresentar por conta de interdição realizada por agentes fiscais da OMB, que exigiu a apresentação de “carteirinha” ou quitação da anuidade como condição para tocar em determinado local.

É cediço que o Brasil é um país cosmopolita, reconhecido mundialmente pela sua enorme diversidade cultural e, conseqüentemente, riqueza musical. Neste sentido, o surgimento da OMB iria contribuir positivamente para a sociedade e para os profissionais da música, de tal sorte a contribuir com a valorização da classe.

Verifica-se que a OMB surgiu na década de sessenta, num período conturbado e hostil à democracia. Inicialmente, os músicos desejavam ver a sua profissão valorizada e livre de preconceitos sociais, visto que a sociedade não reconhecia a dignidade da profissão.

Ocorre, contudo, que logo após ser instituída, a ditadura militar corroe a entidade. A OMB passou a ser utilizada como instrumento de censura, deixando de lado seu viés social para assumir um viés político, capaz de reprimir a livre atividade artística dos músicos, de modo a torná-la compatível com as diretrizes do regime militar. A OMB começou a atuar como órgão de “fiscalização em causa própria”, promovendo tão somente atuações nefastas aos músicos quando, em verdade, deveria atuar em prol dos interesses desses.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 apresenta no Título II, Capítulo I, os direitos e deveres individuais e coletivos. Esses direitos individuais e coletivos corresponderiam aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e da sua própria personalidade, a exemplo da vida, dignidade, propriedade, igualdade e *liberdade*.

Nesse sentido, avaliar-se-á se a Lei n. 3.857/60 se adequa aos preceitos constitucionais, sobretudo no que concerne ao direito à liberdade. Será avaliado, ainda, se existe ou não interesse público que justifique a regulamentação e fiscalização da atividade profissional do músico, através de autarquia munida de poder de polícia. Salienta-se a importância do princípio da razoabilidade para o presente trabalho, que embora seja um princípio implícito no Texto Constitucional, revela-se bastante pertinente para construção de todo o raciocínio sobre a necessidade ou não de regulamentação das profissões.

Utilizou-se o método dedutivo-indutivo, cuja conclusão é inferida necessariamente nos casos concretos delimitados na jurisprudência pátria. A construção do presente estudo acadêmico foi norteada, sobretudo, por decisões do Superior Tribunal Federal que hoje, já possui entendimento sedimentado sobre o tema a ser debatido.

2 ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL

2.1 BREVE HISTÓRICO

Em 1957, o maestro e advogado paraibano José de Lima Siqueira, responsável por criar a Orquestra Sinfônica Brasileira, bem como reger grandes orquestras em diversos países, criou a UMB – União dos Músicos do Brasil. A UMB é anterior à Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), e era como um esqueleto para a posterior criação desta, a qual visava a regulamentação e o reconhecimento legal da profissão de músico, uma vez que este vivia à margem da sociedade.

Nessa época o músico não era bem visto pela sociedade, que associava a sua imagem à ociosidade, desidiosidade, vagabundagem etc. Durante o período de um ano, a União dos Músicos do Brasil atuou como uma espécie de “CUT musical”, onde se buscava agregar sindicatos estaduais e bandas militares.¹

No ano de 1958, José de Lima Siqueira redigiu o anteprojeto de lei para a criação da Ordem dos Músicos do Brasil, a qual foi entregue ao ex-presidente da república Juscelino Kubistchek no dia do seu aniversário. Para chamar sua atenção ante o problema da falta de regulamentação e desvalorização da classe, uma orquestra se instalou no jardim do Palácio do Catete, sob a regência do Maestro Eleazar de Carvalho, onde foi apresentada interpretação da canção “Peixe Vivo”. Música do folclore brasileiro.²

Os músicos desejavam ter a sua profissão valorizada, até porque dedicavam horas e horas ao aperfeiçoamento de suas técnicas e teoria musical. Sendo assim, em se tratando de profissão pouco valorizada e alternativa, aqueles que decidiam seguir o caminho artístico davam, literalmente, sangue no seu trabalho.

Pois bem. Juscelino Kubistchek sancionou a Lei n. 3.857, que criou a Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), no dia 22 de dezembro de 1960. O presidente teria

¹ GARCIA, Flora Mesquita. **A obrigatoriedade da inscrição da ordem dos músicos do Brasil – OMB. Uma análise dos principais argumentos em ações individuais.** Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.redepeabirus.com.br/redes/form/post?post_pub_id=33020>. Acesso em: 26 de fev. de 2016.

² MENDONÇA, Amaudson Ximenes. **“OMB, OBRIGADO NÃO”: Análise Social sobre as Relações de Poder na Ordem dos Músicos do Brasil no Estado do Ceará.** Dissertação. (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, 2003.

interesse especial na música e ligação com Vinícius e Tom Jobim que foram responsáveis pela Sinfonia da Alvorada (1960). Importante destacar que o primeiro presidente da entidade foi o seu próprio idealizador, o maestro e advogado paraibano José de Lima Siqueira.

José de Lima Siqueira presidiu a OMB durante três anos. Era época de ditadura militar, e não demorou muito para destituírem ele do cargo. O Maestro foi acusado de ser comunista, o que levou à destituição do cargo de presidente. É notório que o Golpe Militar de 1964 restringiu direitos, notadamente os direitos à liberdade de expressão e manifestações artísticas de todos os gêneros, as quais foram duramente reprimidas.³

Sustenta Manoel de Souza Neto⁴:

A regulamentação setorial do trabalho dos músicos tem em sua origem um elemento pouco observado. A profissão de músico no Brasil remete à institucionalização de caráter militar e elitista no século XIX, através das bandas militares lusitanas trazidas por Don João VI, oficializadas pelo Decreto de 29.10.1814. Resultando a organização do setor na expansão das bandas militares que se tornaram obrigatórias em todos os regimentos no território nacional. Daí se supõe a origem histórica da tradição autoritária e positivista da organização dos músicos e da própria OMB.

Após o golpe militar de 1964, o advogado e militar aposentado Wilson Sândoli assume a presidência da OMB, e, de imediato, distribui uma carta na imprensa afirmando “Vigiar e punir os inimigos da Segurança Nacional”. Dentre os efeitos da radicalização da política, é implementado o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, suspendendo com todos os direitos políticos e ampliando o instrumento de censura.⁵

No regime autoritário, a censura possuiria duplo sentido na produção cultural: expressar o caráter repressivo e disciplinar a produção cultural de acordo com os seus interesses. Eis que a OMB começa a ser utilizada como instrumento de

³ RIBAS, Martins. **Maestro José de Lima Siqueira – o primeiro benfeitor dos músicos**. Disponível em: <<http://tribunadomusico.blogspot.com.br/2010/03/maestro-jose-de-lima-siqueira-o.html>>. Acesso em: 27 de fev. 2016.

⁴ NETO, Manoel de. **OMB: 50 anos de repressão – parte II**. Disponível em: <<http://www.culturaemercado.com.br/site/pontos-de-vista/omb-50-anos-de-repressao-parte-ii/>>. Acesso em: 20 de set. de 2015.

⁵ CUPERTINO, Luiz Roberto Boettcher. **Obrigatoriedade de filiação à Ordem dos Músicos do Brasil: uma polêmica e uma perspectiva**, 2009. Disponível em: <http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/artigo0004_obrigatoriedade_de_filiacao_a_ordem_dos_musicos_do_brasil.pdf>. Acesso em: 28 de fev. 2016.

censura, devendo o repertório dos músicos e composições passarem por um crivo para poderem ser divulgadas.

Segundo Amaudson Ximenes Mendonça⁶, “Com a promulgação do AI-5/1968, estaria proibido todo e qualquer tipo de manifestação (inclusive as culturais e musicais) e organização política, que ameaçasse a Segurança Nacional. As finalidades da OMB tomariam outro rumo, justamente os de fiscalizar, multar, prender e reprimir.”

A partir do momento em que Wilson Sândoli assumiu a presidência da OMB, esta começou a tomar um rumo diferente da qual os músicos almejavam. A entidade começou a ser povoada de descontentamento e sedição por parte dos músicos brasileiros. Os principais expoentes da OMB foram destituídos dos seus cargos, a entidade que teria sido criada para beneficiar os músicos e a sociedade, neste dado momento, carecia de boa gestão.

Luiz Roberto Boettcher Cupertino⁷:

Dentre várias críticas que vão surgir e delinear a crise de legitimidade da entidade, cita-se, preliminarmente, o fato de que Sândoli acumulou, desde 1965, os cargos de presidente da Ordem e do sindicato dos Músicos. Em 1981 assumiu também o Conselho Federal da Ordem dos Músicos. Somente em 2006, Sândoli foi afastado do cargo, por meio de ação judicial.

Eis que em julho de 2006, após 42 anos presidindo a Ordem dos Músicos do Brasil, Wilson Sândoli foi desconstituído do cargo de presidente do Conselho Federal da entidade. Frisa-se que Sândoli cumulava indevidamente cargo de presidente do Conselho Federal e Conselho Regional de São Paulo.

A Juíza Federal, Elizabeth Leão, por entender ilegal e indevida a cumulação de cargos, determinou que Sândoli renunciasse a uma das presidências. Importante esclarecer que toda essa movimentação se deu por conta de ação proposta por grupo de músicos, representado pelo Advogado Marcel Nadal Michelman, onde

⁶ MENDONÇA, Amaudson Ximenes. “**OMB, OBRIGADO NÃO**”: **Análise Social sobre as Relações de Poder na Ordem dos Músicos do Brasil no Estado do Ceará**. Dissertação. (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, 2003.

⁷ CUPERTINO, Luiz Roberto Boettcher. **Obrigatoriedade de filiação à Ordem dos Músicos do Brasil: uma polêmica e uma perspectiva**, 2009. Disponível em: <http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/artigo0004_obrigatoriedade_de_filiacao_a_ordem_dos_musicos_do_brasil.pdf>. Acesso em: 28 de fev. 2016.

questionavam o acúmulo de cargos, além de pedirem a extinção da OMB por conta de fraudes e ineficiência da instituição.⁸

Elizabeth Leão julgou parcialmente procedente os pleitos, acolhendo apenas aquele no tocante à cumulação dos cargos de presidente do Conselho Federal e Regional da OMB.

O fato de Wilson Sândoli ter permanecido quase quarenta anos à frente da OMB, bem assim cumulado cargo de presidente da ordem e do sindicato dos músicos é bem questionável. Observa-se que durante todo este período, mesmo após a criação e consolidação da Constituição Federal de 1988, a democracia e a alternância de poder foram jogadas no lixo.

Para Amaudson Ximenes Mendonça⁹, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, a OMB permanece ancorada ao modelo cultural consolidado no regime militar, com o Estado intervindo diretamente na cultura, na arte, no direito de livre associação, na liberdade de expressão e de trabalho dos músicos.

Verifica-se, pois, que a entidade muda os seus rumos. A finalidade social vai sendo deixada de lado, passando-se a vigorar um novo formato da OMB, onde questões políticas e econômicas sobrepõem aos interesses dos músicos, sobretudo o do seu próprio idealizador, o Maestro José de Lima Siqueira.

A Ordem dos Músicos do Brasil passou a ser utilizada como instrumento de censura para reprimir os músicos e artistas que não convergiam com o viés político da época. Neste sentido, instaurou-se um quadro de temor social, onde a arte era duramente reprimida por aqueles que se encontravam em posição “hierarquicamente superior” e não se viam por satisfeitos com as manifestações artísticas da época.

O Brasil é um país cosmopolita, reconhecido mundialmente pela sua enorme diversidade cultural e, conseqüentemente, riqueza musical. Neste sentido, o surgimento da OMB, a priori, seria algo positivo para a sociedade e para os profissionais da música, de tal sorte a contribuir com a valorização da classe.

⁸ Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/Sandoli-e-obrigado-a-deixar-presidencia-da-OMB/12/10961>>. Acesso em: 29 de abr. de 2016.

⁹ MENDONÇA, Amaudson Ximenes. “**OMB, OBRIGADO NÃO**”: **Análise Social sobre as Relações de Poder na Ordem dos Músicos do Brasil no Estado do Ceará**. Dissertação. (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, 2003.

Entende o Professor e Advogado Rodrigo Moraes¹⁰ que a infiltração militar na década de 60 no âmbito da OMB objetivou atender aos interesses da ditadura militar, adotando posturas muito mais políticas que sociais. O acesso às fichas cadastrais de milhares de músicos por todo Brasil, foi certamente uma estratégia sutil para vigiar, censurar e controlar o meio artístico.

Nos últimos cinquenta anos, a Ordem dos Músicos do Brasil foi gerida pelo mesmo grupo que tomou o poder logo após o golpe militar de 1964. Mesmo após décadas, ainda se vê nos dias atuais reflexos da ditadura militar no âmbito da OMB, notadamente por ser uma entidade fechada, da qual a democracia não é nem de longe respeitada. Os músicos passaram a ter a OMB não como uma aliada ou representante, mas sim como uma inimiga reacionária, ou quando muito uma representante ausente.¹¹

Importante destacar, de antemão, que a insatisfação dos músicos perante a entidade é quase unânime. Desta forma, surge um enorme número de ações individuais e coletivas na Justiça Federal, bem assim diversos mandados de segurança requerendo a não obrigatoriedade de filiação à OMB. Toda essa movimentação vem gerando resultados favoráveis para os músicos.

O início das ações contra a OMB surgiu em Curitiba-PR. Destaca-se, pois, a figura do Cantor Natinho - Anatolio Novaes da Silva -, que obteve decisão favorável perante a OMB na ação ordinária de número 91.00.17915-9, em trâmite na 4ª Vara Federal de Curitiba.

Natinho ganhou a ação e ainda escreveu junto com o deputado federal Max Roseman (PMDB-PR), o PL 2.838/89, o primeiro projeto com proposição de mudanças da lei Nº 3.857/1960 que criou a OMB.¹²

O PL 2.838/89 teve por objetivo alterar diversos dispositivos da Lei n. 3.857/60, que cria a Ordem dos Músicos do Brasil e dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de músico. O mencionado PL possui o condão de tornar a OMB mais

¹⁰ MORAES, Rodrigo. **Conselhos de fiscalização de profissões artísticas: interesse público ou corporativo?** Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads> Acesso em: 29 de fev. de 2016.

¹¹ OMB: Arbitrio e cartorialismo no terceiro milênio. Manifesto do Fórum Permanente de Música do Rio de Janeiro, 2006.

¹² NETO, Manoel de Souza. **OMB: 50 anos de repressão – parte III.** Disponível em: <http://www.culturaemercado.com.br/site/pontos-de-vista/omb-50-anos-de-repressao-parte-iii/>. Acesso em: 05 de mar. de 2016.

moderna e democrática, sobretudo no que concerne às eleições para os Conselhos Federal e Regional dos Músicos.

Paralelamente às primeiras ações, o juiz da 7ª Vara Federal de Curitiba, Álvaro Eduardo Junqueira, julga inconstitucional a obrigatoriedade do pagamento de anuidade por parte dos músicos e da fiscalização por parte da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), enquanto o juiz federal substituto, Guy Vanderley Marcuzzo, da 2ª Vara Cível da capital, em 20/08/2000, dá parecer favorável aos músicos, confirmando a sentença da liminar anteriormente deferida, e desta ocasião informou-se a toda imprensa.¹³

“A ação simbólica contra a OMB, que mais chamou a atenção de diversos movimentos e se consolidou no imaginário como uma possibilidade real de fazer justiça e promover liberdade para o meio musical, foi o PL nº 3725/00 da Dep. Dra. Rosinha, propondo a extinção da OMB. No entanto, o STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n.º1717-6, considerou Conselhos Federais e seus respectivos Regionais guardam a natureza de autarquia federal, sendo o PL engavetado.”¹⁴

A classe musical brasileira precisa, urgentemente, refletir sobre o Projeto de Lei nº 3.725, de 2000, apresentado pelo deputado federal Dr. Rosinha (PT/PR), que pretende extinguir a OMB e revogar a Lei 3.857/60. O ilustre deputado, na justificção do seu projeto, afirmou: Há de revogar a legislação que criou a Ordem dos Músicos, verdadeiro tumor maligno no corpo da categoria profissional, pois a referida entidade está sufocando a liberdade de exercício do ofício, em prejuízo da classe, e também restringindo a expressão artística, em detrimento de toda a sociedade. O projeto encontra-se em trâmite no Congresso Nacional. O deputado federal Freire Júnior (PMDB/TO), relator da proposição e presidente da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, em seu preciso voto pela aprovação do Projeto de Lei n. 3725/2000, afirmou: Música é arte e a arte é incompatível com a mentalidade corporativa e cartorial que viceja na Ordem dos Músicos do Brasil (...). A defesa dos interesses dos músicos profissionais cabe às associações e aos sindicatos por eles livremente constituídos. Não compete ao Estado imiscuir-se na matéria, nem permitir que pequenos grupos possam arbitrariamente exercer controle sobre as atividades de toda uma categoria artística. Sou favorável à liberdade de expressão musical e, portanto, também favorável à extinção da Ordem dos Músicos do Brasil.¹⁵

Em 2007 surge o PL 1.366, o qual propôs a supressão de diversos artigos da Lei Federal 3.857/1960. Este PL não tinha como escopo o fim da Ordem dos Músicos do

¹³ CORDONI, Cassiano. [Carta]. 23 de novembro de 2004, Curitiba. [para] SOUZA NETO, Manoel J de. Curitiba.

¹⁴ NETO, Manoel de Souza. **OMB: 50 anos de repressão – parte III**. Disponível em: <<http://www.culturaemercado.com.br/site/pontos-de-vista/omb-50-anos-de-repressao-parte-iii/>>. Acesso em: 05 de mar. de 2016.

¹⁵ MORAES, Rodrigo. **Extinção da Ordem dos Músicos?** Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=17>. Acesso em: 25 de abr. de 2016.

Brasil, mas sim sugerir algumas mudanças necessárias, capazes de atender ao clamor dos músicos.

Mister destacar que a luta contra o fim da OMB, ou alteração de dispositivos abusivos e inconstitucionais presentes na Lei Federal 3.857/60, ganhou contornos nacionais de forma abrangente. Hoje, inúmeras são as iniciativas que buscam esses propósitos. Aparentemente, não se faz mais necessário a existência dessa lei no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo porque desde o seu início se mostrou ineficaz, e, com o passar dos anos, tornou-se obsoleto.

Nesse contexto, é de bom alvitre mencionar a Lei Estadual de número 12.547, de 31 de janeiro de 2007, que dispõe sobre a dispensa de apresentação da Carteira da Ordem dos Músicos do Brasil, na participação de músicos em shows, espetáculos e afins que realizem no Estado de São Paulo. *In verbis*.¹⁶

Artigo 1º - Ficam os músicos, no Estado de São Paulo, dispensados da apresentação da Carteira da Ordem dos Músicos do Brasil na participação de shows e afins.

Após inúmeras decisões judiciais de primeira e segunda instância em desfavor da Ordem dos Músicos do Brasil, eis que o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade, em primeiro de agosto de 2011, “que o exercício da profissão de músico não está condicionado a prévio registro ou licença de entidade de classe. Foi julgado improcedente o Recurso Extraordinário n. 414426, da OMB, Seção de Santa Catarina.¹⁷

A despeito de ter sido uma decisão para um único processo, foi suficiente para que outras dúzias de decisões fossem tomadas no mesmo sentido, sob o mesmo fundamento.

¹⁶ BRASIL. Lei Estadual n. 12.547 de 31 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/133787/lei-12547-07>>. Acesso em: 05 de mar de 2016.

¹⁷ MORAES, Rodrigo. **Ordem dos Músicos: Pomposa inutilidade**. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=63>. Acesso em: 10 de mar de 2016.

2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A Ordem dos Músicos do Brasil é um órgão criado pela Lei Federal n. 3.857 de 1960, sancionada pelo Presidente da República Juscelino Kubitschek com finalidade de regularizar e fiscalizar a profissão dos músicos, visando a valorização da classe.

Faz-se necessário abordar a natureza jurídica da OMB antes de adentrar na sua lei instituidora, de modo a fornecer subsídios para maior compreensão acerca de como a lei é utilizada no caso concreto e como se mantém até os dias atuais.

A OMB possui natureza jurídica de autarquia federal com regime especial, tais quais o Conselhos profissionais de Medicina e de Engenharia. Trata-se de entidade integrante da Administração Pública Indireta. Segundo José dos Santos Carvalho Filho a Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, embora vinculadas à respectiva Administração Direta, possuem a finalidade de desempenhar as atividades administrativas de maneira descentralizada.¹⁸

Alexandre Santos de Aragão¹⁹, a seu turno, defende que a “Administração Indireta é constituída por entidades criadas pelas pessoas jurídicas federativas e a elas ligadas e utilizadas para consecução dos seus fins, mas que com elas não se confundem, já que constituem de *per se* pessoas jurídicas, dotadas de personalidade jurídica própria, não sendo meras divisões orgânicas internas dos entes federativos que as criaram”.

Para a professora Daniela Mello Coelho,²⁰ “o grande e fundamental objetivo da Administração Indireta do Estado é a execução de algumas tarefas de seu interesse por outras pessoas jurídicas”. Indireto é o serviço prestado por pessoa jurídica criada pelo poder público para exercer determinadas atividades.

Destarte, quando os entes de direito público não pretendem executar determinadas atividades através de órgãos próprios, elas transferem a sua titularidade ou a mera execução a outras entidades, pessoas jurídicas.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.384.

¹⁹ SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.114.

²⁰ COELHO, Daniela Mello. **Administração pública gerencial e direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.132.

José dos Santos Carvalho Filho:

A Administração Indireta é o próprio Estado executando algumas de suas funções de forma descentralizada. Seja porque o tipo de atividade tenha mais pertinência para ser executada por outras entidades, seja para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em seu desempenho, o certo é que tais atividades são exercidas indiretamente ou, o que é o mesmo, descentralizadamente.²¹

A Administração Indireta, portanto, “é constituída a partir de um conjunto de entidades, dotadas de personalidade jurídica, responsáveis pelo exercício, em caráter especializado e descentralizado, de certa e determinada atividade administrativa, por outorga legal da entidade estatal”.²²

Pois bem. Na qualidade de autarquia, a OMB assume o papel de regulamentar e fiscalizar a profissão de músico. Tais poderes foram conferidos pela Lei n. 3.857, sancionada pelo ex-presidente da república Juscelino Kubistchek, a qual será explorada no próximo capítulo.

O art. 5º, inciso I, do Decreto Lei 200/1967, conceitua a autarquia como:

Autarquia – o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.²³

“As autarquias são entidades administrativas autônomas, criadas por lei específica, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e atribuições estatais determinadas”.²⁴

Marya Sylva Di Prieto²⁵ conceitua autarquia como “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei”.

As Autarquias integram a Administração Indireta, de tal forma a representar uma descentralização administrativa, mediante a personificação de um serviço retirado da Administração Direta. Neste sentido, a priori, somente devem ser concedidos serviços públicos típicos às autarquias.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p.384.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2011, p.928.

²³ BRASIL. Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm>. Acessado em: 16 de set .de 2015.

²⁴ ALEXANDRINO E PAULO, Marcelo e Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. São Paulo: Método, 2011, p.39.

²⁵ DI PRIETO, Marya Sylvia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p.500.

As autarquias estão sujeitas a controle da pessoa política que a criou, a qual são vinculadas. Trata-se do denominado controle finalístico, de tutela, ou supervisão, exercido apenas nos termos e limites expressos em lei, uma vez que não há hierarquia entre a autarquia e o ente federado o qual instituiu.²⁶

Insta ressaltar, ainda, que a Ordem dos Músicos do Brasil difere de uma autarquia comum, notadamente por possuir regime especial. Hely Lopes Meirelles define a autarquia de regime especial como aquela em que a lei confere privilégios específicos, de modo a aumentar sua autonomia em relação à autarquia comum, sem gerar violação aos preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

Ou seja, são autarquias as quais foram atribuídas certas regalias para melhor desempenho de suas finalidades específicas.

2.3 LEGITIMIDADE PARA FISCALIZAÇÃO DE DETERMINADAS PROFISSÕES

De proêmio, cumpre destacar que o que legitima a fiscalização de uma profissão é o interesse público. Nos termos do artigo 5º, XIII, do Texto Maior, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer.”²⁷

O dispositivo referido se trata de norma constitucional de eficácia contida, isto é, aquelas que produzem a plenitude dos seus efeitos, mas podem ter o seu alcance restringido. O seu alcance poderá ser reduzido em razão da existência na própria norma de uma cláusula expressa de redutibilidade ou em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.²⁸

Nesse diapasão, sustenta Rodrigo Moraes:

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

²⁶ ALEXANDRINO E PAULO, Marcelo e Vicente. *Op cit.* 2011, p.40.

²⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de mar de 2016.

²⁸ <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8235/Eficacia-das-normas-constitucionais>>. Acesso em 01 de mar de 2016.

estabelecer. A liberdade prevista na norma constitucional, pois, não é plena, já que pode ser contida por lei ordinária.²⁹

O dispositivo constitucional supracitado, que estabelece o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, possui aplicabilidade independentemente de norma infraconstitucional.

Entretanto, eventual norma abaixo da constituição pode estabelecer determinadas atributos para o exercício de uma dada profissão. É o caso dos advogados, por exemplo, que para exercer a advocacia precisam antes passar por um exame de aptidão, onde precisam obter aprovação para conquistar a “carteirinha vermelha”. Desta forma, verifica-se que há uma redução de abrangência da norma constitucional.

Observa José Afonso da Silva que as normas de eficácia contida podem ter aplicabilidade restringida por certos conceitos indeterminados, tais como “ordem pública”, “segurança nacional”, “relevância”, “necessidade ou utilidade pública”, “perigo público iminente”, entre outros, que importam contenções de eficácia normativa.³⁰

Pois bem. Para exercer de forma regular a atividade musical, a OMB através da sua Lei Instituidora, qual seja a Lei n. 3.857/60, impõe que o músico esteja devidamente inscrito perante a entidade. Lembrando que para obter o status de “músico regularmente inscrito”, este precisa passar por um exame de aptidão, onde se objetiva averiguar o conhecimento teórico e técnico.

Destarte, resta demonstrado que a norma constitucional de eficácia contida, conquanto não dependa de lei regulamentadora para a sua aplicação, pode ter sua abrangência reduzida por outra norma.

A Ordem dos Músicos do Brasil através dos seus fiscais cuidaria de fiscalizar os músicos e ambientes os quais estes prestam suas atividades. O interesse público justificaria essa fiscalização, bem assim a exigência de inscrição dos músicos junto à entidade para o exercício da profissão.

Nesse contexto, o interesse público seria uma determinada expressão dos direitos individuais, vista sob um prisma coletivo, onde se busca o bem-estar geral. Trata-se

²⁹ MORAES, Rodrigo. **Conselho de fiscalização de profissões artísticas: interesse ou público ou corporativo?** Disponível em:< <http://www.rodrigomoraes.adv.br>>.

³⁰ AFONSO DA SILVA, JOSÉ. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.83.

de conceito indeterminado, uma vez que a doutrina possui extrema dificuldade em dissecar a terminologia da palavra “interesse público”.

Todavia, isto não significa dizer que o interesse público não tenha um núcleo mínimo de compreensão, de modo que sua denotação e conotação deverão ser extraídas das normas dos princípios informadores do ordenamento.

Os significados de interesse público variam bastante, pois alguns doutrinadores pensam no interesse público como um interesse contraposto ao interesse individual, outros defendem que seria a somatória dos interesses individuais. Diversos interesses individuais gerariam o interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Melo:

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.³¹

Hector Jorge Escola, a seu turno, é muito conciso ao afirmar que:

A noção de bem-estar geral encontra seu correlato jurídico na ideia de interesse público, a qual pode ser concretizada sob o fundamento de que existe interesse público quando, nele, uma maioria de indivíduos, e em definitivo, cada um pode reconhecer e extrair deste o seu interesse individual, pessoal, direto e potencial. O interesse público, assim entendido, é não só a soma de uma maioria de interesses coincidentes, pessoais, diretos, atuais ou eventuais, mas também o resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, no qual a maioria dos indivíduos reconhece, também, um interesse próprio e direto”.³²

Maria Sylvia Zanella de Prieto, ao tratar de interesse público, dispõe o seguinte:

As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais.³³

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19^o edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, p.59.

³² ESCOLA, Hector Jorge. **El Interés Público Como Fundamento Del Derecho Administrativo**. 1989:31 *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2^o edição. Editora Atlas. São Paulo, 2007. p.215

³³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 19^a edição. Editora Atlas. São Paulo, 2006, pag. 69.

Convém ressaltar, ainda, que o art. 2º da Lei n. 9.784/99 traz de forma expressa o princípio do interesse público. Senão, veja-se:

Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (Grifo meu)

Pois bem. No que tange à necessidade de regulamentar algumas profissões com supedâneo no interesse público, busca-se resguardar e proteger a coletividade dos maus profissionais que poderiam advir da falta de regulamentação e fiscalização do exercício de determinadas atividades.

Nesse sentido, o interesse público estaria diretamente ligado à potencialidade lesiva de determinadas profissões ou atividades desempenhadas. O art. 5º, XIII, da Magna Carta, preceitua “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer”.

Chama-se atenção à passagem “atendidas às qualificações estabelecidas em lei”. Então, para o exercício de determinadas atividades, será necessário atender a requisitos que ateste que o profissional possui capacitação mínima para exercer aquela determinada profissão.

O grande problema enfrentado pela OMB é justamente essa atenção ao interesse público, por vezes desnecessária. Indaga-se se realmente é necessário o músico estar filiado a uma entidade para poder exercer atividade musical. Indaga-se, outrossim, se esta atividade exercida é capaz de lesar terceiros, bem como oferecer algum risco potencial à sociedade.

Sem dúvidas algumas profissões merecem atenção especial do Estado, sobretudo aquelas sobre as quais não restam incertezas que, exercidas de maneira imprudente, causará danos a terceiros. Sendo assim, estaria justificada a observância do interesse público.

3 A REGULAMENTAÇÃO DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE MÚSICO E A ATUAÇÃO DA OMB

A Ordem dos Músicos do Brasil (OMB) foi instituída em 22 de dezembro de 1960, através da Lei Federal n. 3.857, sancionada pelo ex-presidente da república Juscelino Kubistchek. Como mencionado outrora, o grande responsável pela criação da entidade foi o Advogado e Músico José de Lima Siqueira, o qual envidou esforços com objetivo de conferir aos músicos maior dignidade e respeito perante a sociedade.

Logo em seu primeiro artigo, a Lei Federal n. 3.857/60 dispõe sobre a criação da OMB, bem como suas principais finalidades. Senão, veja-se:

Art. 1º Fica criada a Ordem dos Músicos do Brasil com a finalidade de exercer, em todo o país, a seleção, a disciplina, a defesa da classe e a fiscalização do exercício da profissão do músico, mantidas as atribuições específicas do Sindicato respectivo.³⁴

Com base no artigo transcrito, não restam dúvidas que a OMB foi criada com o fim de regulamentar, defender a classe e fiscalizar o exercício da atividade. Não seria diferente a definição dada pelos conselhos regionais da ordem para seduzir os músicos a se filiarem à entidade.

Nesse sentido, destaca o Conselho Regional de Minas Gerais: “a OMB-CRMG habilita as pessoas a trabalharem como músico, expedindo carteiras profissionais e fiscalizando o cumprimento da lei”.³⁵

Os Conselhos Regionais da Ordem dos Músicos ficam autorizados a se instalarem nos Estados da Federação, consoante o artigo 2º do mesmo diploma legal. “A exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil e dos Conselhos Profissionais, tais como o Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura e o Conselho Federal de Contabilistas, trata-se a Ordem dos Músicos de autarquia federal com regime jurídico especial”.³⁶

³⁴ BRASIL. Lei Federal n. 3.857, de 22 de dezembro de 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L3857.htm>. Acesso em: 08 de mar de 2016.

³⁵ **Conselho Regional de Minas Gerais da Ordem dos Músicos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.ombmg.org.br/modules/wfchannel/index.php?pagenum=2>>. Acesso em: 08 de mar de 2016.

³⁶ EMMERICH, Ruysam. **A Atuação do Músico, a Legitimidade do seu Controle pelo Estado**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-atuacao-do-musico-a-legitimidade-do-seu-controle-pelo-estado/35857>>. Acesso em: 08 de mar de 2016.

Importante ressaltar que os conselhos profissionais são entidades revestidas de poder de polícia em relação a determinados ofícios, onde se busca preservar o interesse público com a sua atuação, notadamente quando se verifica que algumas profissões podem gerar graves prejuízos à sociedade quando exercidas de maneira irregular e temerária.

Integradas exclusivamente por membros da mesma profissão, essas autarquias corporativas possuem, em tese, melhores condições para apreciação da habilidade técnica e da conduta ética dos seus inscritos. Ao mesmo tempo, a fiscalização e o controle da atuação profissional por seus pares permite proteção à independência técnica da carreira, que não será avaliada por grupos estranhos à realidade do seu trabalho.³⁷

Nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988, é assegurado o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas às qualificações profissionais estabelecidas por lei.³⁸

No mesmo sentido:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

Parágrafo único - é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.³⁹

Pela leitura do dispositivo constitucional supramencionado, pode-se inferir que a ordem econômica brasileira tem como pressuposto a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa privada. Importante observar a ressalva trazida pelo parágrafo único do art.170, que coaduna com os termos do art. 5º, XIII, da CF/88, na medida em que reforça a ideia de observância às formalidades.

Pois bem. A Ordem dos Músicos do Brasil, inspirada nos artigos acima expostos, bem como em diversos dispositivos constantes na Lei Federal n. 3.857/60, compele os músicos à prévia inscrição perante a entidade, pois só assim estariam habilitados a exercer a profissão. *In verbis*:

Art. 16. Os músicos só poderão exercer a profissão depois de regularmente registrados no órgão competente do Ministério da Educação e Cultura e no

³⁷ Ministério Público Federal. **Ação Civil Pública n. 2005.37.00.004042-4 movida em face da OMB.** Disponível: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=90>. Acesso em: 08 de mar de 2016.

³⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de mar de 2016.

³⁹ *Idem.*

Conselho Regional dos Músicos sob cuja jurisdição estiver compreendido o local de sua atividade.

Art. 17. Aos profissionais registrados de acordo com esta lei, serão entregues as carteiras profissionais que os habilitarão ao exercício da profissão de músico em todo o país.

Consoante se depreende da leitura dos artigos 16 e 17, da Lei Federal n. 3.857/60, os músicos devem estar regularmente registrados junto à entidade competente para poderem exercer a profissão. Outrossim, serão submetidos à fiscalização dos respectivos conselhos profissionais os quais estão inscritos.

Emmerich Ruysam:⁴⁰ “Ou seja, trata-se de definição do poder de polícia para a entidade, que condicionaria o exercício da profissão de músico ao registro nos órgãos mencionados. Habilitaria o músico, na prática, à atuação profissional, a carteira expedida pelo Conselho Regional respectivo”.

3.1 DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

A Lei Federal n. 3.857/60 autoriza a criação da Ordem dos Músicos do Brasil com a finalidade de exercer a regulamentação e fiscalização da profissão de músico. Além disso, dispõe que os músicos apenas estarão aptos a exercerem a atividade musical após devidamente habilitados, isto é, deverão se submeter a um exame prático e teórico, onde serão avaliadas as suas aptidões.

Nesse sentido, afirma Felipe Nogueira Fernandes que “a fiscalização do exercício de atividades profissionais implica o desempenho de poder de polícia, do qual é sucedâneo o poder de punir os profissionais que atuarem em desacordo com as normas que regulem o exercício da respectiva atividade”.⁴¹

Importante destacar trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp 953127/SP:

⁴⁰ EMMERICH, Ruysam. **A Atuação do Músico, a Legitimidade do seu Controle pelo Estado.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-atuacao-do-musico-a-legitimidade-do-seu-controle-pelo-estado/35857>>. Acesso em: 08 de mar de 2016

⁴¹ FERNANDES, Felipe Nogueira. **A criação de conselhos profissionais e a delegação da atividade de fiscalização de profissões regulamentadas.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21519/a-criacao-de-conselhos-profissionais-e-a-delegacao-da-atividade-de-fiscalizacao-de-profissoes-regulamentadas/1>>. Acesso em: 09 de mar de 2016.

As contribuições impostas aos profissionais sob fiscalização dos conselhos, normalmente denominadas de “anuidades”, têm evidente natureza de tributo, cujo conceito encontra-se previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as contribuições recolhidas pelos conselhos profissionais são tributos, classificadas como contribuições de interesse das categorias profissionais. Por conseguinte, devem ser estabelecidas por lei, conforme o art. 150, inciso I, da Carta de 1988.

Consoante art. 5, alínea “j”, da Lei Federal n. 3.857/60, é atribuição do Conselho Federal fixar a anuidade a vigorar em cada Conselho Regional, por proposta deste. Dessa forma, os músicos deverão pagar um valor a título de anuidade, sob pena de sofrer sanções.

Os conselhos profissionais são investidos de poder de polícia. No exercício do poder de polícia, os respectivos conselhos regionais de cada estado irão fiscalizar os músicos a fim de atender ao interesse público, vez que o que legitima tal poder é justamente este interesse.

A conceituação legal do poder de polícia se encontra no artigo 78, do Código Tributário Nacional: *In verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966).⁴²

Convém trazer um conceito clássico do professor Marcelo Caetano, onde ensina que “é o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.”⁴³

A razão de ser do poder de polícia é a tutela dos interesses coletivos. “A vida em sociedade traz como consequência necessária interferências das ações de cada um dos indivíduos na vida dos demais sujeitos e da coletividade como um todo. É

⁴² BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 07 de mar de 2016.

⁴³ CAETANO, Marcela. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. São Paulo: Almedina Brasil, 2003, p. 339.

exatamente a necessidade de ajuste e coordenação entre todas essas mútuas interferências a razão de ser do poder de polícia. ”⁴⁴

Nessa esteira, leciona Celso Antônio Bandeira de Melo “que o Estado, mediante lei, condiciona e limita o exercício da liberdade e propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social”.⁴⁵

O fundamento do poder de polícia se encontra na soberania do Estado em controlar as atividades desempenhadas pelos indivíduos, visando atender ao interesse coletivo e bem-estar social. Do mesmo modo que a Constituição Federal outorga determinadas atribuições, ela prevê de forma expressa ou não a regulamentação do exercício dessas atribuições.

Quando o Poder Público interfere no âmbito do interesse privado para resguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia.⁴⁶

Importante destacar que a competência para o exercício do poder de polícia é, a priori, da pessoa federativa à qual a Constituição Federal outorgou o poder de regular a determinada matéria. Sendo assim: “os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal. ”⁴⁷

Compete privativamente a OMB a fiscalização do exercício da profissão de músico. As demais atribuições fiscalizadoras, tais como: examinar o livro de registro de empregados destinados às anotações relativas à entidade, inscrição na Ordem dos Músicos, número da carteira profissional, data de admissão e saída, condições de trabalho, férias e obrigações da lei de acidentes de trabalho, nacionalização, além de outras estipuladas em lei, competem ao Ministério do Trabalho.

⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 191.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros editores. 2010, p.683.

⁴⁶ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Repensando o Poder de Polícia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 65.

No que tange à fiscalização do exercício da profissão de músico, esclarece a Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de São Paulo que essa fiscalização compreende o músico atuando, tocando, razão pela qual a fiscalização do Conselho deve agir antes e depois de bailes ou apresentações diversas. Salienta, ainda, que existem detalhadas instruções expedidas através de Circulares, instruindo os contratantes e contratados.⁴⁸

Ou seja, no que tange à Ordem do Músico do Brasil, esta vai buscar intervir e fiscalizar a atividade do músico através do exercício do poder de polícia, por meio dos Conselhos Profissionais, notadamente os Conselhos Regionais os quais os músicos se encontram registrados.

Dessa forma, com respaldo nos artigos 5º, XIII, da CF/88, bem como nos artigos 16 e 17 da Lei Federal n. 3.857/60, a Ordem dos Músicos do Brasil exerce o poder de polícia impondo aos músicos, repisa-se, o dever de se filiarem à instituição para, somente assim, poderem exercer de forma legal e regular a atividade musical. Ademais, estando registrados perante a entidade, os conselhos regionais ficam incumbidos de exercerem a fiscalização, bem como assegurar o interesse da classe.

Além dos dispositivos supracitados, é de bom alvitre destacar a Portaria n. 3.347/86, que também versa sobre a atividade do músico, bem assim evidencia o exercício do poder de polícia. Senão, veja-se:

Art. 7º. Nos Contratos de Trabalho e nas Notas Contratuais, a empresa contratante deverá providenciar o visto da Ordem dos Músicos do Brasil e da entidade sindical representativa da categoria profissional, nos órgãos locais ou regionais, onde ocorrerá a prestação do serviço.

§ 2º. A Ordem dos Músicos do Brasil observará a regularidade da situação profissional do músico contratado, como condição para apor seu visto.⁴⁹

A nota contratual é um instrumento obrigatório de contrato para prestação de serviço eventual ou para substituição de músico contratado formalmente. Foi estabelecida através da Portaria Ministerial de n. 3.347/86, levando-se em consideração as peculiaridades do exercício da profissão de músico e a necessidade de estabelecer um sistema que possibilitasse maior ligação e cooperação entre os órgãos

⁴⁸ Informativo OMB, Conselho Regional de São Paulo. Disponível em: <<http://www.ombdf.com.br/principal.php>>. Acesso em: 09 de mar. de 2016.

⁴⁹ BRASIL. Portaria n. 3.3347, de 30 de setembro de 1986. Disponível em: <<http://www.ombmg.org.br/ombmgv2/uploads/download/portaria3347.pdf>>. Acesso em: 08 de mar. de 201.

representantes da categoria e a fiscalização do Ministério do Trabalho, para conferir maior eficiência na proteção do músico trabalhador em todo território nacional.

Ora, resta incontestemente que a OMB, no exercício de suas atribuições, notadamente no que concerne ao poder de polícia, impõe estrita observância aos procedimentos a serem levados em consideração pelos músicos para o regular exercício da atividade. Outrossim, por intermédio dos seus fiscais, os Conselhos Regionais ficarão responsáveis pela fiscalização da atividade.

Serão entregues carteiras profissionais aos músicos, habilitando-os a exercerem atividade de músico por todo o país. Isto é, tal imposição legal “condicionaria o exercício da profissão de músico ao registro nos órgãos mencionados; habilitaria o músico, na prática, à atuação profissional, a carteira a ser expedida pelo Conselho Regional respectivo”.⁵⁰

Qualquer atividade pode se sujeitar à intervenção do Estado, sobretudo aquelas que oferecem risco potencial para a sociedade. Com efeito, não existem direitos individuais absolutos a esta ou àquela atividade, de modo que esses direitos individuais estarão condicionados ao interesse público e coletivo. Portanto, pode-se afirmar que a liberdade e a propriedade são sempre direitos condicionados, vez que sujeitos às restrições para atender ao interesse público.

Os direitos individuais, na maioria das vezes, encontram-se plenamente delineados na lei. Quando não, a Administração Pública, dentro dos limites legais, fica responsável por identificar os seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social.⁵¹

⁵⁰ EMMERICH, Ruysam. **A Atuação do Músico, a Legitimidade do seu Controle pelo Estado**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-atuacao-do-musico-a-legitimidade-do-seu-controle-pelo-estado/35857>>. Acesso em: 08 de mar de 2016

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros editores. 2010, p.819.

3.1.1 Delegação do Poder de Polícia

O poder de polícia pode ser originário ou delegado. “O originário é o exercido pela entidade para a qual foi criado, sempre um dos entes da Federação advindo diretamente da Constituição Federal”.⁵²

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo “o poder originário é aquele exercido pelas pessoas políticas do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), alcançando os atos administrativos provenientes de tais pessoas”. O poder derivado, a seu turno, é aquele executado pelas pessoas administrativas do Estado, as quais integram a chamada Administração Indireta. Como o próprio nome sugere, diz-se delegado em virtude deste ser recebido pela entidade estatal a qual pertence.⁵³

Pois bem, o Estado não atua somente por intermédio dos seus agentes e órgãos internos. Sejam por uma questão de eficiência ou controle, diversas atividades administrativas e serviços públicos são executados por pessoas administrativas vinculadas ao Estado. Aduz Alexandre Santos de Aragão que “o poder delegado é objeto de transferência legal pelo ente titular originário a uma entidade integrante da sua Administração Indireta”.⁵⁴

Importante destacar que a delegação se dá por lei formal, originária da função regular do Poder Legislativo. Os órgãos de fiscalização de profissões exercem poder de polícia por delegação. Nessa esteira, é preciso os ensinamentos de Hely Lopes Meireles:

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

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 197.

⁵³ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 200g, p. 161 e 162.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.* 2013, p.197.

indivíduo ou da empresa tenha repercussões prejudiciais à comunidade ou ao Estado, sujeita-se ao poder de polícia preventivo ou repressivo [...].⁵⁵

3.1.2 Atributos do Poder de Polícia

Dentre as características do poder de polícia, faz-se pertinente abordar aquelas de maiores relevâncias, cuja doutrina costuma ter um pouco mais de cuidado quando vai tratar. Primeiramente, tem-se que o poder de polícia é **discricionário**, isto é, a Administração Pública possui liberdade de escolha dos meios em que achar conveniente para o exercício do poder de polícia.

No que tange a este atributo, Alexandre Santos de Aragão alerta que a verificação da discricionariedade deve ser observada com cautela, uma vez que existem diversos atos de polícia administrativa que são vinculados – por exemplo, as licenças para construir. Por outro lado, os atos do poder de polícia na grande maioria das vezes se revestem da denominada discricionariedade. Frisa-se que o administrador, no âmbito do exercício do poder de polícia discricionário, possuirá considerável margem de liberdade quanto aos fatos aptos a desencadear a ação de polícia e aos efeitos jurídicos deles decorrentes, normalmente consistentes em sanções administrativas.⁵⁶

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo indicam que a conveniência e oportunidade formam o poder discricionário, sendo que estes dois elementos permitem que o Administrador Público eleja, entre as várias condutas previstas em lei, a que se traduzir mais propícia para o interesse público.⁵⁷

É importante notar que o Administrador Público, para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para tanto. Deverá obedecer a legislação, além de atender a finalidade de assegurar o interesse público. Insta salientar que não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade, uma vez que a primeira impõe a liberdade de agir dentro dos contornos legais, e a segunda, seria uma atuação fora ou excedente da lei, com abuso e desvio de poder.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 117-118.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 198.

⁵⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 144.

O poder de polícia possui aquilo chamado de “**Auto-Executoriedade**”. Quer dizer, com o objetivo de evitar ou reprimir atividades não compatíveis com o bem-estar coletivo, o exercício do poder de polícia não fica sujeito às delongas dos processos judiciais. Nesse sentido, “a prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a auto-executoriedade”.⁵⁸

Bem assim, o “ato de polícia pode ser executado diretamente pela própria Administração, que só recorrerá ao Poder Judiciário se quiser assegurar maior segurança jurídica, tornando a situação juridicamente certa antes de atuar”.⁵⁹

A auto-executoriedade não depende de autorização de qualquer outro Poder, desde que a lei autorize o administrador a praticar o ato de forma imediata. Quando a lei autoriza o exercício do poder de polícia com auto-executoriedade, é porque se faz necessária a proteção de determinado interesse coletivo.⁶⁰

Cumprir trazer a lume que a auto-executoriedade do poder de polícia não dispensa o particular, em sede administrativa, de exercer prévio direito de ampla defesa e contraditório. Somente procederá com a chamada auto execução sumária, sem prévia defesa, em casos de extrema urgência, notadamente em face de grandes riscos para a coletividade, ou no caso de infrações surpreendidas em sua flagrância que não poderia ser evitada com o decurso do tempo.

Deve-se observar que nem todos os atos autorizam a imediata execução pela Administração, a exemplo das multas, onde a cobrança só é efetivamente concretizada por ação própria em via judicial. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta três hipóteses em que se torna possível a auto-executoriedade: quando a lei autoriza; quando for urgente a providência administrativa e quando não houver outra via idônea para resguardar o interesse público ameaçado ou ofendido.⁶¹

Por fim, insta salientar sobre a **coercibilidade** do ato de polícia ao particular. Esta característica demonstra o grau imperatividade revestido pelos atos de polícia. “A Polícia Administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Se a atividade

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 74.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 198.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibidem*, *Loc cit.* 2006, p. 74.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros editores. 2010, p.842.

corresponder a um poder, decorrente do *ius imperii* estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos”.⁶²

Ao contrario das relações privadas, em que as obrigações decorrem do acordo de vontades, que é apenas respeitado e protegido pela lei, no Direito Administrativo, por decorrerem da lei, prescindem da vontade dos seus sujeitos passivos. Não há ato de polícia facultativo, e o Estado, para implementá-lo, poderá utilizar-se até de coerção, inclusive com o emprego de força física, desde que não seja abusiva. A assertiva não ilide, contudo, a crescente adoção, inclusive pelo Legislador, de mecanismos consensuais de readaptação de particulares infratores à legalidade (termo de ajustamento de conduta etc.), como expressão da consensualidade no Direito Administrativo.⁶³

Nessa esteira, a coercibilidade cumpre papel de informar que as medidas tomadas pela Administração Pública se impõem coercitivamente aos administrados, razão pela qual todo ato administrativo é imperativo, admitindo-se, pois, até o emprego da força para o seu cumprimento, na hipótese de resistência pelo administrado.

3.1.3 Limites ao Poder de Polícia

Assim como o exercício da liberdade e propriedade dos administrados, o exercício ao poder de polícia também não é ilimitado. Para Alexandre Santos de Aragão “os limites ao poder de polícia impõem-se tanto ao Legislador, ao estabelecer as ordens gerais de polícia, como à Administração Pública, que estará limitada, além das garantias constitucionais, inclusive de proporcionalidade, pelos próprios ditames do Legislador”.⁶⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que todo ato administrativo, ainda que revestido de discricionariedade, sempre se esbarra em algumas limitações legais, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou objetos. Embora a Administração Pública disponha de certa dose de discricionariedade, este deve ser exercida em observância aos limites legais.⁶⁵

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 76.

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 199.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ibidem*, 2013, p. 203.

⁶⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 116.

Sendo assim, Hely Lopes Meirelles sustenta que “o ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito a invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder”.⁶⁶

É bem verdade que não existem direitos absolutos, e nesse caminho, o poder de polícia busca a harmonia entre direitos individuais e interesses da coletividade. O poder de polícia deve condicionar os direitos individuais, tomando o cuidado de não os tornar inúteis, além de regulamentar a função social já inerente ao conteúdo de todo o direito.

Bem averba Cretella Júnior que “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais”.⁶⁷

Sendo assim, diante dessas limitações, o poder de polícia não pode, assim como não deve, ser exercido de forma abusiva. Deve-se buscar sempre, repisa-se, a harmonia, o equilíbrio, entre os direitos individuais e o interesse público e coletivo. Não se deve aniquilar a liberdade e propriedade exercida pelos administrados, de modo a inviabilizar a própria prática desses direitos, bem assim a função que exerce perante a sociedade.

3.2 CIRCULAR N. 001/2016: NOTA OFICIAL PROFERIDA PELA OMB BAHIA DURANTE O PERÍODO PRÉ-CARNAVALESCO

O atual presidente da Ordem dos Músicos do Brasil (Conselho Regional Bahia), Sidnei Bonfim, em janeiro de 2016, divulgou o Circular n. 001/2016, informando aos responsáveis por Blocos, Associações Carnavalescas e Entidades Culturais, Bares, Hotéis, Teatros, Centros Culturais e de Cultura, sobre a obrigatoriedade de contratar somente músicos regularmente inscritos perante a entidade.⁶⁸

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 138.

⁶⁷ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁶⁸ Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/satelite-omb-ressuscita-polemica-sobre-contratacao-de-musicos-no-carnaval/?cHash=1de141554e9ad990a0823412bf5aacfe>>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

No ofício circular, a OMB, Conselho Regional Bahia, informa e impõe que os músicos devem apresentar a carteirinha e estar em dia com a anuidade dos exercícios financeiros de 2015 e 2016 para poderem exercer regularmente a atividade musical. Igualmente, devem os responsáveis pelas contratações artísticas observar a regularidade dos músicos diante da instituição, notadamente em face da Lei Federal n. 3.857/60, que impõe a obrigatoriedade de filiação do músico junto à OMB para o exercício regular da profissão, bem como o pagamento de anuidades.

Ou seja, trata-se de imposição com respaldo legal. Salientou-se sobre o atendimento à legalidade, com o propósito de combater a precarização nas relações de trabalho dos Músicos de Salvador e de todo o estado. Solicitaram, pois, o envio de lista com relação de músicos, carteira da OMB, endereço, além dos dados da produtora responsável pelo artista ou banda para emissão de boletos bancários.

Não é de se estranhar o conteúdo do Circular n. 001/2016, emitido pela OMB-BA. Este só é um exemplo recente à data deste trabalho monográfico, de diversos ofícios que circundam por todo o país.

Por todo o Brasil, os Conselhos Regionais da OMB atuam de igual semelhante, sobretudo porque estariam atuando de maneira legítima, assegurados pela Lei Federal n. 3.857/60.

A divulgação do Circular n. 001/2016 gerou muitos alvoroços no mercado musical, sobretudo na iminência do Carnaval, onde os músicos utilizaram massivamente as redes sociais para expressarem as suas indignações. Alguns Advogados saíram em defesa dos músicos, em especial Rodrigo Moraes, que há anos se debruça sobre questões que envolvem direitos e deveres dos músicos.

Em meio a tantas críticas, a OMB-BA em nota enviada à imprensa, se manifestou sobre o ocorrido ratificando os termos do Circular n. 001/2016, afastando qualquer possível ilegalidade envolvendo o conteúdo do documento.

Nos causou estranheza as informações inverídicas que foram veiculadas sobre as cobranças lícitas e legais das anuidades da Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional da Bahia. A OMB-BAHIA vem a público esclarecer que as informações veiculadas as cobranças lícitas e legais das anuidades da entidade são inverídicas. Uma portaria não se sobrepõe a uma lei federal (nº 3.857/1960), que nos seus artigos 66, 68, 69 legitima as cobranças e a fiscalização em todo território nacional.⁶⁹

⁶⁹ Disponível em: <<http://www.politicalivre.com.br/2016/02/em-nota-omb-desmente-informacao-de-cobranca-de-anuidade/>>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

3.3 O TRABALHO DO MÚSICO ESTRANGEIRO NO PAÍS

Esse tipo de trabalho fica evidente em grandes festivais, sobretudo o Rock in Rio, que sempre traz grandes atrações internacionais para compor a sua grade. É que a Lei Federal n. 3.857/60 também dispõe sobre a contratação de músicos estrangeiros no país.

Com fulcro no art.49 da aludida lei, “As orquestras, os conjuntos musicais, os cantores e concertistas estrangeiros só poderão exhibir-se no território nacional, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias depois de legalizada sua permanência no país, na forma da legislação vigente”.⁷⁰

Esse artigo condiciona a exibição de músicos internacionais no Brasil à anuência do Ministério do Trabalho. De mais a mais, vai restringir o ambiente das apresentações musicais a teatros, cassinos, boates, empresas de rádio e televisão, e demais estabelecimentos de diversão, desde que tais empresas ou estabelecimentos contratem número igual de profissionais brasileiros, pagando-lhes remuneração de igual valor.⁷¹

O art. 53, da Lei n. 3.857/60, a seu turno, vai determinar que os contratos celebrados com os músicos estrangeiros somente serão registrados no Ministério do Trabalho depois de provada a realização do pagamento pelo contratante da taxa de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato e o recolhimento da mesma ao Banco do Brasil em nome da OMB e do sindicato local, em partes iguais. No caso de contratos celebrados com base, total ou parcialmente, em percentagens de bilheteria, o recolhimento previsto será feito imediatamente após o término de cada espetáculo.

⁷⁰ BRASIL. Lei Federal n. 3.857, de 22 de dezembro de 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3857.htm>. Acesso em: 14 de abr. de 2016.

⁷¹ SALAZAR, Leonardo. **O Rock in Rio e a Ordem dos Músicos do Brasil**. Disponível em <<http://www.musicaltda.com.br/2011/09/o-rock-in-rio-e-a-ordem-dos-musicos-do-brasil/>>. Acesso em 14 de abr. de 2016.

3.4 DAS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS MÚSICOS

O exercício da profissão de músico fica condicionado a certas formalidades, notadamente o registro nos Conselhos Regionais, onde deverá o músico se submeter a exame prático e teórico. Após obter aprovação no exame da OMB, será expedida a “carteirinha” que o habilitará ao exercício da profissão de músico em todo território nacional.

Deverá o músico, obrigatoriamente, atender aos requisitos da Lei n. 3.857/60, sob pena de ficar sujeito às penalidades cabíveis. As sanções variam desde multa pecuniária, até mesmo prisão simples. Nesse sentido, o artigo 18 da lei que cria a Ordem dos Músicos do Brasil, prevê que todo aquele que, mediante anúncios, cartazes e *flyers*, placas, cartões comerciais ou quaisquer outros meios de propaganda se propuser ao exercício da profissão de músico, em qualquer de seus gêneros e especialidades, ficará sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não tiver devidamente habilitado.

Nesse sentido, disciplina o art. 19 as seguintes sanções:⁷²

Art. 19. As penas disciplinares aplicáveis são as seguintes:

- a) advertência;
- b) censura;
- c) multa;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional ad referendum do Conselho Federal.

§ 1º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave, a imposição das penas obedecerá à graduação deste artigo.

§ 2º Em matéria disciplinar, o Conselho Regional deliberará de ofício ou em consequência de representação de autoridade, de qualquer músico inscrito ou de pessoa estranha ao Conselho, interessada no caso.

§ 3º À deliberação do Conselho precederá, sempre, audiência do acusado sendo-lhe dado defensor no caso de não ser encontrado, ou for revel.

§ 4º Da imposição de qualquer penalidade caberá recurso no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência, para o Conselho Federal, sem efeito suspensivo, salvo os casos das alíneas c, d e e, deste artigo, em que o efeito será suspensivo.

§ 5º Além do recurso previsto no parágrafo anterior, não caberá qualquer outro de natureza administrativa ressalvada aos interessados a via judiciária para as ações cabíveis.

⁷² BRASIL. Lei Federal n. 3.857, de 22 de dezembro de 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3857.htm>. Acesso em: 14 de abr. de 2016

§ 6º As denúncias contra membros dos Conselhos Regionais só serão recebidas quando devidamente assinadas e acompanhadas da indicação de elementos comprobatórios do alegado.

Além dessas hipóteses de penalidades trazidas pelo aludido artigo, tem-se a possibilidade de decretação de prisão simples ao músico, com respaldo na lei de contravenções penais. Nos termos do artigo 47, da Lei de Contravenções Penais, aquele que exercer profissão ou atividade econômica, ou ainda anunciar que a exerce, sem preencher as condições exigidas pela lei em que se encontra subordinado, fica sujeito à prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa pecuniária.⁷³

Resta evidente, portanto, que os músicos que exercerem a atividade profissional sem atender às qualificações exigidas pela lei ordinária, estará sujeito a sanções diversas.

⁷³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 16 de abr. de 2016.

4 A ILEGITIMIDADE DA OMB E A DESNECESSIDADE DE REGISTRO OBRIGATÓRIO DOS MÚSICOS COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

4.1 INOFENSIVIDADE SOCIAL DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE MÚSICO E A AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO

Muito se discute acerca da obrigatoriedade ou não do registro do músico junto à Ordem dos Músicos do Brasil como condição para o exercício da profissão. Sobre o tema, é importante ter em mente se se justifica a necessidade de habilitação prévia do músico junto à OMB, para que este possa exercer livremente a sua atividade.

Em meados das décadas de 40 e 50, havia certo apelo por parte dos músicos quanto a criação de uma entidade que os representassem, sobretudo em face da desvalorização da classe e preconceito social que sofriam. Neste sentido, a OMB surgiria como um remédio para combater esses impasses, de tal sorte a regulamentar a profissão através da Lei Federal n. 3.857/60.

Todavia, o cotidiano revelou que a instituição desviou as suas principais finalidades, em especial a proteção dos músicos. Passou a ser utilizada de maneira a sufocar a liberdade de exercício do ofício e também restringindo a liberdade artística. Aqueles que lutaram pela consolidação da Lei n. 3.857/60, jamais imaginariam os tortuosos rumos que a OMB seguiria.

Noutra senda, a lei se revela obsoleta, visto que não acompanhou o avanço da sociedade. Caiu-se em desuso. É bem verdade que os músicos não são mais vistos de forma negativa pela sociedade, que hoje reconhece ser um trabalho digno, notadamente por ser uma forma de entretenimento em ascensão capaz de agradar a gregos e troianos.

Através de amplas enquetes e entrevistas, Luciana Requião buscou averiguar o nível de satisfação dos músicos para com a entidade autárquica. Buscou-se observar o cumprimento das finalidades, gestão e comprometimento da OMB com os músicos. O resultado foi desastroso. Os músicos alegaram não obter benefício

algum da instituição, e que são obrigados a pagar a taxa de anuidade sem ao menos saber exatamente para qual a finalidade.⁷⁴

Pois bem. Começou-se a questionar sobre a finalidade social da Ordem dos Músicos do Brasil. A filiação compulsória à entidade não seria uma vontade coletiva, mas sim imposição legal arbitrária, dentro de um contexto histórico completamente distinto do atual.

No capítulo anterior, abordou-se sobre o poder de polícia exercido pela instituição, bem como o fundamento que legitimaria este poder, a saber, o interesse público. É evidente que a atividade musical prescinde de conhecimentos técnicos e teóricos, porém seria exagero afirmar que a atividade musical seria capaz de gerar danos à sociedade, ou mesmo risco potencialmente lesivo.

Nesse sentido, sustenta Rodrigo Moraes:

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.⁷⁵

É bem verdade que a CF/88, em seu artigo 5º, XIII, assevera que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas determinadas qualificações estabelecidas em lei. E, essa necessidade de regulamentação, muito diz respeito ao interesse público, sobretudo quando se verifica que existem diversas profissões em que o exercício mal-intencionado pode acarretar severos danos sociais.

O exercício da profissão subordina-se aos comandos constitucionais dos arts. 5º, XIII, além do art. 170, parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, exceto nos casos previstos em lei. “Estes requisitos bem representam o que se podem entender como relevantes ao interesse público e quando presentes

⁷⁴ REQUIÃO, Luciana. **Eis a Lapa... Processos e relações de trabalho do músico nas casas de shows da lapa**. Rio de Janeiro: Annablume, 2010, p. 162.

⁷⁵ MORAES, Rodrigo. **Conselhos de fiscalização de profissões artísticas: interesse público ou corporativo?** Disponível em: <<http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads>>. Acesso em: 23 de abr. de 2016

em conjunto poderão com legitimidade ensejar a restrição de liberdade profissional mediante a regulamentação da profissão”.⁷⁶

A despeito do teor dos artigos supracitados, não se deve interpretar tais artigos sem levar em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Neste sentido, Rodrigo Moraes afirma que não se configura razoável afirmar que um artista precisa ter conhecimentos profundos sobre a arte para que a coletividade seja bem atendida. Ou seja, o ingresso em ambientes acadêmicos não define a qualidade e muito menos o sucesso profissional de um artista.⁷⁷

No mesmo sentido, tem-se que as restrições legais ao livre exercício das profissões só serão legítimas se passarem pelo crivo da razoabilidade, não seria o caso da atividade exercida pelos músicos, onde não se afere a existência de interesse público e potencialidade lesiva da atividade.

No caso do músico, a atividade musical não se apresenta perigosa ou prejudicial à sociedade, diferentemente de outras profissões, a exemplo dos médicos, advogados, engenheiros etc., 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. Sendo assim, seria desnecessária inscrição em ordem ou conselho para o exercício regular da profissão.⁷⁸

⁷⁶ EMMERICH, Ruysam. **A Atuação do Músico, a legitimidade do seu controle pelo Estado.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-atuacao-do-musico-a-legitimidade-do-seu-controle-pelo-estado/35857>>. Acesso em: 23 de abr. de 2016.

⁷⁷ MORAES, Rodrigo. **Conselhos de fiscalização de profissões artísticas: interesse público ou corporativo?** Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads> Acesso em: 23 de abr. de 2016.

⁷⁸ CUPERTINO, Luiz Roberto Boettcher. **Obrigatoriedade de filiação à Ordem dos Músicos do Brasil: uma polêmica e uma perspectiva.** Disponível em: <http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/artigo0004_obrigatoriedade_de_filiacao_a_ordem_dos_musicos_do_brasil.pdf>. Acesso em: 23 de abr. de 2016.

4.2 DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Cumprir informar, inicialmente, que princípios são normas que orientam a interpretação e aplicação do Direito. No mesmo sentido, Karl Larenz define princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.⁷⁹

Robert Alexy⁸⁰, a seu turno, sustenta que princípios são normas que ordenam algo que, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Seriam mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato da medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas.

Daniel Lacerda Sairava Santos⁸¹:

Os princípios são hoje considerados normas-chaves de todos os sistemas jurídicos, aparecendo nas Constituições contemporâneas como pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio, fundamentando na hermenêutica dos tribunais, a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Na lição de Canotilho, os princípios de interpretação constitucional foram desenvolvidos a partir do método hermenêutico-concretizador e se tornaram referência obrigatória da teoria da interpretação constitucional. Vão auxiliar a tarefa do intérprete.⁸²

“O método hermenêutico-concretizador, ou concretista, parte da ideia de que a leitura de todo o texto, em geral, e da Constituição, em especial, deve se iniciar pela pré-compreensão do seu sentido através de uma atividade criativa do intérprete”.⁸³

O método hermenêutico-concretizador, preparado por Konrad Hesse, é elaborado a partir da submissão da atividade hermenêutica à pressupostos subjetivo e objetivo, pois leva em consideração a pré-compreensão do

⁷⁹ LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. p. 26, e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., p. 474 APUD ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p.35-36.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Livraria do Advogado. p. 123 APUD ABOUD, Alexandre. **Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação?** Revista Jurídica Consulex. Ano XXII. Nº 267. Ano 2008. p. 63.

⁸¹ SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. **Os princípios da Constituição de 1988**. 1º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 360.

⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p.1148.

⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2011, p.90.

intérprete, bem como a realidade enquanto problema concreto, sendo notório que a “teoria da Constituição se converte em condição tanto da compreensão da norma, como do problema”.

A razoabilidade se faz presente ao tratar de profissões cujo exercício indevido possa acarretar sérias ofensas à sociedade. Para Marya Sylvia Zanella Di Pietro, embora a Constituição Federal de 1988 não traga expressamente o princípio da razoabilidade, este subsiste ainda que implicitamente. *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 ideia 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.⁸⁴

Nesse diapasão, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, ao comentar sobre o art.5º, XIII, da CF/88, sustentam:

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 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 inexistem 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.**⁸⁵ (grifos adotados)

⁸⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 174.

⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: volume 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 77-78.

J. Cretella Júnior pensa de igual maneira, ao sustentar que há “ofícios” e “ofícios”, sendo alguns de natureza mais simples e que não envolvem bens jurídicos de maior relevância, como por exemplo, a saúde, vida, liberdade etc. Essas atividades de naturezas menos complexas, poderiam ser desempenhadas sem maiores exigências no que concerne à regulamentação das profissões.⁸⁶

Ora, atividade de regulamentação e fiscalização da espécie só se legitima se presente justificativa razoável para tanto. Entendo que esta se encontra presente quando se tratar de profissões cujo exercício indevido possa acarretar sérios danos à comunidade. Advogados, médicos, engenheiros, por exemplo, podem causar danos irreparáveis aos usuários de seus serviços caso exerçam de forma temerária a sua profissão.⁸⁷

Desse modo, resta evidente que o poder de polícia deve ser exercido com cautela, sobretudo para não inviabilizar determinadas profissões que sequer são capazes de gerar uma ofensa coletiva. Isto é, ofícios onde não se verifica a necessidade de fundamentação no interesse público.

Hemmerich Ruysam⁸⁸ é conciso ao afirmar que “Não há qualquer bem jurídico constitucionalmente tutelado que seja ameaçado na atuação profissional do músico. A saúde, o bem-estar, a liberdade, a educação, o patrimônio e a segurança, permanecem intactos qualquer que seja o espetáculo musical, se se considera a arte em si”.

“A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato”.⁸⁹

Nessa esteira, José Roberto Oliveira Pimenta defende que a administração pública ao exercer as suas funções, deve primar pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimar suas condutas, fazendo com que o princípio seja utilizado como vetor para

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **I Comentários à Constituição 1988, Art. 1º a 5º (I a LXVII)**. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 275.

⁸⁷ EMMERICH, Ruysam. **A Atuação do Músico, a legitimidade do seu controle pelo Estado**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-atuacao-do-musico-a-legitimidade-do-seu-controle-pelo-estado/35857>>. Acesso em: 23 de abr. de 2016.

⁸⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁸⁹ RESENDE, Antonio José Calhau. **O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público**. Revista do Legislativo. Abril, 2009.

justificar a emanção e o grau de intervenção administrativa imposto pela esfera administrativa ao destinatário.⁹⁰

Para Dirley da Cunha Júnior⁹¹ “o princípio da razoabilidade é importante princípio constitucional que limita a atuação e discricionariedade dos poderes públicos, vedando que seus órgãos ajam com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais”.

Utilizado habitualmente para aferir a legitimidade das restrições de direitos, o princípio da razoabilidade, consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.⁹²

Dirley da Cunha Júnior sustenta que o princípio da razoabilidade indica que a validade dos atos emanados do Poder Público (leis, atos administrativos ou decisões judiciais) exige a verificação de três aspectos, a saber, adequação ou utilidade, necessidade e proporcionalidade.⁹³

Para Guilherme Penã de Moraes “a adequação designa a correlação lógica entre motivos, meios e fins, de maneira que, tendo em vista determinados motivos, devem ser providos meios, para a consecução de certos fins”. Seria uma análise entre meios e fins, isto é, verificar se o meio adotado é capaz de atingir o fim pretendido.⁹⁴

Por exemplo, diante do número de acidentes em razão da ingestão de bebidas alcoólicas, sobretudo por jovens, estabeleceu-se que os postos de gasolina da cidade de Salvador ficariam impedidos de vender bebidas com teor alcoólico a partir das 22hrs. A partir dessa determinação, verificar-se-á se os índices de acidentes de trânsito ocorridos na madrugada envolvendo bebidas alcoólicas serão reduzidos efetivamente.

⁹⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006, p. 473

⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2011, p.90.

⁹² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, ed. De 1989, *cit.*, págs. 585/586; Derecho Justo, *cit.*, págs. 144/145.

⁹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2011, p.90.

⁹⁴ MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123.

É importante frisar que o meio adotado nem sempre será capaz de gerar o fim pretendido e, muitas vezes, tais meios revelam-se inadequados. A título de ilustração, imaginemos que o Poder Público, ante ao crescimento estatístico de doença sexualmente transmissível (motivo), proíbe o consumo de bebidas alcóolicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação (fim). Observa-se que a medida seria irrazoável, porquanto não haver nexos entre o meio adotado para conquista do fim almejado.

Segundo o professor Dirley da Cunha Júnior, “a adequação vai exigir que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados. Isto é, que efetivamente promovam e realizem os fins”.⁹⁵

Em relação à necessidade ou exigibilidade, esta denota a intervenção mínima, isto é, inexistência de meios menos gravosos para a obtenção do fim pretendido. Nesse sentido, haverá imposição para que o poder público adote atos e meios adequados que impliquem menos sacrifícios ou limitações aos direitos fundamentais. Objetiva-se, aqui, evitar o excesso da Administração Pública, de tal sorte a conter um pouco o seu influente poder.⁹⁶

A necessidade traduz na verificação da não existência de outra medida menos gravosa ao particular e que seja alcançada pelo poder público com menos esforço, o que a doutrina alemã chama de “*princípio da escolha do meio mais suave*”.⁹⁷

Por fim, o último aspecto do princípio da razoabilidade diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras do professor Guilherme Peña de Moraes, a proporcionalidade denomina a ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido. Desta forma, buscaria equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.⁹⁸

Para Dirley da Cunha Júnior, a proporcionalidade “é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e,

⁹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2011, p.90.

⁹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁷ SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. **Os princípios da Constituição de 1988**. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, págs. 363-364.

⁹⁸ MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123.

em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”.⁹⁹

Fernanda Marinela, a seu turno, afirma que embora o referido princípio não tenha previsão expressa na Constituição Federal, alguns dispositivos podem ser utilizados como paradigmas para o seu reconhecimento. A combinação do artigo 37, com o art. 5º, inciso II e o artigo 84, inciso IV, todas da CF/88, seria um exemplo da existência da proporcionalidade.¹⁰⁰

Superado a Razoabilidade e todos os seus aspectos, cumpre informar que existe discussão na doutrina e jurisprudência quanto à terminologia empregada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Geralmente, os referidos princípios são tratados como sinônimos pelos tribunais e por grande parte da doutrina.

Nesse diapasão, a professora Maria Rosynete Oliveira Lima sustenta que “razoabilidade e proporcionalidade podem até serem magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, o intercâmbio entre os termos proporcionalidade e razoabilidade”.¹⁰¹

Muito embora essa falta de diferenciação terminológica possa ocasionar prejuízos aos mais ciosos de uma rigidez acadêmica, é mister notar-se que, em todas as oportunidades em que se tem feito alusão aos mencionados princípios, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo, que sempre se mostram atrelados, de uma forma ou de outra, à proteção dos direitos do cidadão em face de eventual arbítrio do Poder do Estado.¹⁰²

Para o presente trabalho monográfico, considerar-se-á razoabilidade e proporcionalidade como expressões semelhantes, levando-se em consideração que ambos possuem alto nível de proximidade, além de geralmente serem utilizados para conter eventuais arbítrios estatais.

⁹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Podium, 2009, p. 50.

¹⁰⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Impetus, 2010, p. 51.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Marya Rosynete. *Devido Processo Legal*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 287.

¹⁰² RAMOS, Diego da Silva. **O princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em 28 de abr. de 2016.

4.3 A ADPF 183 E A LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 183 -, a Procuradora Geral da República, Deborah Duprat, ingressou com esta ação perante o STF no ano de 2009, com o objetivo de contestar diversos dispositivos contidos na Lei Federal n. 3.857/60 (lei que cria a Ordem dos Músicos do Brasil).

Com fulcro no art. 102, §1, da Constituição Federal de 1988, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será apreciada pelo Superior Tribunal Federal. *In verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em §1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).¹⁰³

Segundo ensinamentos de Bernardo Gonçalves Fernandes, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma “espécie de controle concentrado no STF, que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição em virtude de ato do Poder Público ou de controvérsia constitucional em relação à lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, inclusive os anteriores à Constituição”.¹⁰⁴

A arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma ação constitucional especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada no Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público [...].¹⁰⁵

A ADPF possui uma característica muito peculiar, que é o princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, §1, da Lei n. 9.882/99, o qual dispõe que “não

¹⁰³ Brasil. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

¹⁰⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.1257.

¹⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.435.

será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.¹⁰⁶

Pelo princípio mencionado, caberá ADPF somente quando não houver outro meio eficaz para sanar a lesividade, no caso, a preceito fundamental. Por preceito fundamental, entende a doutrina majoritária e jurisprudência serem normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição Formal.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino sustentam que o legislador optou por utilizar um termo genérico (preceito fundamental), para abranger pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, ou mesmo quaisquer normas desde que possam ser qualificadas como fundamentais.¹⁰⁷

“Preceito fundamental é aquele indispensável à configuração da Constituição como normas, a saber, as que identificam a forma e a estrutura do Estado, o sistema do governo, a divisão e o funcionamento dos poderes; os princípios fundamentais; os direitos fundamentais; a ordem econômica e a ordem social”.¹⁰⁸

Segundo ensinamentos do professor Dirley da Cunha Júnior, “pode-se conceituar preceito fundamental como toda normal constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado”.¹⁰⁹

A doutrina costuma classificar a ADPF em duas espécies, a saber, Arguição Autônoma e Arguição Incidental. A primeira visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição resultante de ato do Poder Público; a segunda visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição em virtude de controvérsia constitucional em relação à lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição.¹¹⁰

¹⁰⁶ Brasil. Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

¹⁰⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** – 4. ed., rev. e atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO : 2009, p. 824

¹⁰⁸ LEITE, Gisele. **Considerações sobre ADPF (Ação de descumprimento de preceito fundamental)**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3494>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

¹⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.440.

¹¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.1258.

Tecidas breves considerações em relação ao instituto, e retomando à ADPF 183, proposta pela Procuradora Geral da República Debora Duprat, esta entendeu que a Lei Federal n. 3.857/60 se encontra em desconformidade com o Texto Constitucional.

Duprat contestou, ao todo, 22 artigos da lei que institui a Ordem dos Músicos do Brasil, por entender que esses artigos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, flagrantemente incompatíveis com a liberdade de expressão da atividade artística e com a liberdade profissional. Ela indicou como preceitos fundamentais violados os incisos IV, IX e XIII do art. 5^a, da CF/88.¹¹¹

Sobre os referidos preceitos fundamentais violados, veja-se:¹¹²

Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Importante destacar que quando a OMB foi criada na década de 60, vigia a Constituição Federal de 1946, que não trazia no seu texto legal os preceitos fundamentais mencionados. Neste sentido, diversos artigos da Lei n. 3.857/60 não foram recepcionados pela atual Constituição Federal de 1988.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988 apresenta no Título II os direitos e garantias fundamentais. Tais direitos e garantias fundamentais foram destrinchadas em cinco capítulos, quais sejam: dos direitos e deveres individuais e coletivos; dos direitos sociais; da nacionalidade; dos direitos políticos e dos partidos políticos.

“É inegável que o grau de democracia de um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo. Sendo assim,

¹¹¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 183. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requerido: Ordem dos Músicos do Brasil. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=12151>>. Acesso em 03 de maio de 2016.

¹¹² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2016.

pode-se dizer que os direitos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade”.¹¹³

Não há como falar em democracia sem dar o reconhecimento e proteção aos direitos fundamentais. Esses direitos possuem papel decisivo na sociedade, uma vez que por intermédio deles que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais.¹¹⁴

Sobre as espécies de direitos e garantias fundamentais citados anteriormente, a classificação se daria resumidamente da seguinte maneira:

Em primeiro lugar, os direitos individuais e coletivos corresponderiam aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e da sua própria personalidade, a exemplo da vida, dignidade, propriedade, igualdade e *liberdade*. Em seguida, têm-se os direitos sociais, que são direitos fundamentais próprios do homem no âmbito das suas relações sociais, cuja finalidade seria de melhorar as condições de igualdade social, que configura um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; adiante, os direitos à nacionalidade, que estabelece o vínculo jurídico-político entre o indivíduo e o Estado; os direitos políticos, que envolvem os direitos de participação popular na vida política do Estado e, por fim, os direitos dos partidos políticos, essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação para concretização do sistema representativo.¹¹⁵

No presente trabalho, limitar-se-á ao estudo dos direitos individuais e coletivos, notadamente no que concerne ao direito à liberdade.

¹¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 547.

¹¹⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹¹⁵ MORAES, Alexandre *apud* ALEXANDRE, Rhenzo. **O Exercício da Profissão de Músico no Brasil: Análise da Lei n. 3.857/60 frente à Constituição Federal de 1988**. 2007. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Católica, Brasília.

4.4 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS: A TUTELA DA LIBERDADE

“Os direitos individuais são direitos fundamentais próprios do homem-indivíduo, porque titularizados e exercidos por pessoas individualmente consideradas em si, com a delimitação de uma esfera de ação pessoal”.¹¹⁶

Dirley da Cunha Júnior entende que os direitos individuais são aqueles que visam a defesa de uma autonomia pessoal no âmbito da qual o indivíduo possa desenvolver as suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do Particular. Por outro lado, os direitos coletivos são aqueles destinados à proteção de um grupo social ou coletividade, onde a defesa dos seus membros seria apenas reflexa ou indireta.¹¹⁷

A liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo um direito inato. Para Bernardo Gonçalves Fernandes a liberdade é compreendida como autonomia – capacidade de autodirigir a própria vida e suas escolhas a partir da razão.¹¹⁸

José Afonso da Silva, ao abordar o termo liberdade, na obra Curso de Direito Constitucional Positivo, discute o problema da conceituação, identificando duas concepções: uma negativa, na qual a liberdade significa negar a autoridade; e outra positiva, para qual a liberdade significa participar da autoridade ou do poder.¹¹⁹

Definir liberdade não é uma tarefa das mais fáceis, pois o termo é amplo, podendo ensejar variadas determinações. A Constituição Federal, entretanto, regulamenta o direito à liberdade como: liberdade de locomoção (art. 5º, inciso XV da CF); liberdade de opinião ou pensamento (art. 5º, inciso IV da CF); liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, inciso IX da CF); liberdade de informação (art. 5º, inciso 220 da CF); liberdade de consciência e crença (art. 5º, inciso VI da CF); liberdade de reunião (art. 5º, inciso XVI da CF); liberdade de associação (art. 5º, inciso XVII da CF) e liberdade de opção profissional (art. 5º, inciso XIII da CF).¹²⁰

¹¹⁶ MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 521.

¹¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.440.

¹¹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2015, págs. 371-372.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da *apud* ALEXANDRE, Rhenzo. **O Exercício da Profissão de Músico no Brasil: Análise da Lei n. 3.857/60 frente à Constituição Federal de 1988**. 2007. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Católica, Brasília.

¹²⁰ DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Juliana Silva. **Uma análise do direito à liberdade de profissão frente ao princípio da dignidade humana**. Disponível em: <<http://www.ambito->

Embora a CF/88 traga um amplo rol de espécies de liberdades, de maneira geral, o direito à liberdade (no sentido amplo) consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. Ou seja, trata-se de um poder de atuação que busca a realização pessoal e felicidade do indivíduo, podendo fazer tudo aquilo que não é vedado em lei.¹²¹

Os músicos, na luta contra a OMB, alegam que essa ao exigir a obrigatoriedade de registro como condição para o exercício da atividade profissional, além do pagamento de taxa de anuidade, sob pena de sofrerem sanções, ofende os incisos IV, IX e XIII, todos do art. 5º, da CF/88, que tratam respectivamente sobre os direitos à liberdade de pensamento ou opinião, liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e, por fim, o direito à liberdade profissional.

Antes de adentrar sobre as modalidades de liberdade aludidas, cumpre esclarecer sobre a chamada “liberdade de ação”. Essa liberdade se relaciona com princípio da legalidade na medida em que toda privação à liberdade de um indivíduo se fará mediante a existência de lei. Dessa forma, nos termos do art. 5º, II, da CF/88, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹²²

O princípio da legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.¹²³

“A liberdade de ação é descrita como possibilidade de restrição do direito em jogo por preceitos emanados do Poder Legislativo, sendo certo que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹²⁴

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11053>. Acesso em: 04 de maio de 2016.

¹²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.682.

¹²² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2016.

¹²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000, p.67.

¹²⁴ LEYSER, Maria Fátima *apud* MOARES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: *Lumem juris*, 2008, p. 530.

4.4.1 Liberdade de Pensamento ou Opinião

No que concerne à liberdade de pensamento ou opinião, trata-se de direito fundamental inserido no inciso IV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, cujo propósito é de assegurar a todos os cidadãos o direito a livre manifestação de pensamento. “O pensamento é, na verdade, um juízo de valor, é uma reflexão interna de quem está pensando, e no momento que é exteriorizado surge a opinião do seu emitente”.¹²⁵

A liberdade de opinião ou pensamento é o direito de exprimir o que se pensa. É a liberdade de expressar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa. A Constituição consagra a liberdade de manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veículo, sendo vedado o anonimato (art. 5º,IV) e toda e qualquer censura de natureza política e ideológica e artística. A Constituição, por outro lado, assegura o direito de resposta a quem se sentiu ofendido ou atingido pela opinião de outrem, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.¹²⁶

Importante ressaltar que esse artigo – que trata da liberdade de pensamento ou opinião – coaduna com o art. 220 da Carta Magna, o qual dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição”.

Cumprido esclarecer que assim como todo e qualquer direito, o direito à liberdade de pensamento não é absoluto, e o seu excesso ou mau exercício, pode acarretar sanções tanto na esfera cível, quanto na esfera penal. Ou seja, o direito impõe limites. É preciso um freio, sobretudo numa sociedade globalizada, interligada pelas redes sociais, onde se vê constantemente o mau exercício da liberdade de pensamento.

A depender da situação, poderá o emitente da opinião ser responsabilizado por danos materiais ou danos morais, bem como ser responsabilizado criminalmente, notadamente nos casos em que se verifica a prática crimes contra a honra, nos quais englobam a injúria, calúnia e difamação.

¹²⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano *apud* KRIEGER, Maurício Antonacci. **O Direito Fundamental da Liberdade de Pensamento e de Expressão**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42138&seo=1>>. Acesso em 05 de maio de 2016.

¹²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.684.

Em relação aos músicos no gozo da liberdade de pensamento e opinião, esses também podem, obviamente, ser responsabilizados. Por exemplo, a cantora Rita Lee foi condenada a indenizar policiais militares, por insultar esses com palavras de baixos calões no meio de uma apresentação musical no estado de Sergipe. *In verbis*:

RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. XINGAMENTOS, PALAVRAS E GESTOS OFENSIVOS PROFERIDOS PELA RÉ CONTRA POLICIAIS MILITARES EM EVENTO PÚBLICO DE GRANDE PORTE ESTADUAL. VERÃO SERGIPE. CONFRONTO ENTRE DIREITO À HONRA E À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS. PONDERAÇÃO CONFORME CASO CONCRETO. EXCESSO NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ABSOLUTO. OFENSAS QUE DESMORALIZAM E AGRIDEM O RECORRIDO, CAUSANDO REFLEXOS NEGATIVOS NA SUA VIDA PESSOAL E PROFISSIONAL. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM ARBITRADO EM R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

CONCLUSÃO:

ACORDAM OS JUÍZES DE DIREITO INTEGRANTES DA TURMA RECURSAL DO ESTADO DE SERGIPE, POR UNANIMIDADE, EM CONHECER DO RECURSO INTERPOSTO, PARA, POR MAIORIA, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, REFORMANDO A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU PARA CONDENAR A RECORRIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SEM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.¹²⁷

Maurício Antonacci Krieger:¹²⁸

O pensamento é um direito totalmente livre, cada pessoa pode pensar e refletir sobre o assunto que quiser e ter a opinião que bem entender. Assim, ninguém pode proibir alguém de pensar, mesmo que suas ideias sejam as mais absurdas possíveis, visto que, estamos falando do foro íntimo da pessoa, o mais íntimo de todos, o pensamento, que reflete o que cada um sente e esconde, os mais variados desejos e segredos.

No entanto, no momento que esse pensamento é expressado, da maneira que for, e atingir a honra de outra pessoa ou extrapolar os limites do aceitável, o direito surge para defender aqueles que se sentirem prejudicados, material ou moralmente, pelas opiniões ou reflexos do pensamento dos outros. Nestes termos, as consequências podem ser tanto relacionadas ao direito civil e, até mesmo, ao direito penal.

¹²⁷ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Recurso Inominado n. 201301002781. Recorrente: Sergio Luiz Santana Pereira. Recorrido: Rita Lee Jones de Carvalho. Relator: Dr. Diógenes Barreto. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55452478/djse-12-06-2013-pg-726>>. Acesso em 05 de maio de 2016.

¹²⁸ KRIEGER, Maurício Antonacci. **O Direito Fundamental da Liberdade de Pensamento e de Expressão**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42138&seo=1>>. Acesso em 05 de maio de 2016.

4.4.2 Liberdade de Expressão de Atividade Intelectual, Artística, Científica e de Comunicação

No art. 5º, IX, a Constituição declara que é “*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”.¹²⁹

Dirley da Cunha Júnior entende que a referida liberdade possui fundamento na liberdade de pensamento, da qual é decorrência lógica. Enquanto o direito de opinião se traduz na liberdade de manifestação do pensamento, isto é, de externar juízos e convicções sobre algo, o direito de expressão seria o direito de manifestar sentimentos, criatividades, a exemplo da música, teatro, fotografia etc.¹³⁰

Nesse diapasão, Manoel Jorge e Silva Neto:¹³¹

Com efeito, após sucessivos regimes ditatoriais responsáveis por atos inomináveis de constrição à livre expressão intelectual, artística, científica e da atividade de comunicação, por meio dos quais o Governo decidia a respeito do que poderia ser objeto de divulgação, o legislador constituinte originário resolveu adotar, por regra, a impossibilidade de contenções, via censura ou licença, ao direito individual.

“Não se deve imaginar, contudo, que o direito de expressão referido se encontra liberto de todo controle. Quando a constituição proíbe a censura ou licença, atém-se, de modo exclusivo, à proibição de limitações de caráter administrativo, ou seja, aquela promanada dos órgãos do Poder Executivo”.¹³²

Ou seja, com o advento da CF/88 não há mais como sustentar a chamada “censura administrativa”, contudo, nada impede que o Poder Judiciário, no exercício da proteção de direitos e garantias fundamentais, dirija legitimamente restrições ao direito à liberdade.

A atividade de músico também encontra respaldo nesse artigo que versa sobre a liberdade de expressão, na medida em que a música consiste numa expressão artística e intelectual. Aos músicos deve ser assegurado este direito, sem sombra de

¹²⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2016.

¹³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.685.

¹³¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Saraiva, 2013, p. 728.

¹³² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Saraiva, 2013, p. 728.

dúvidas. A censura à atividade musical e exigência de licença para o seu exercício é inoportuno e inconstitucional, vez que afronta o quanto disposto na Carta Magna.

4.4.3 Liberdade Profissional

Dispõe o art. 5º, XIII, da Constituição que é “*livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

“A liberdade profissional é deslindada como possibilidade de escolha e exercício de trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que apresentem nexos lógicos com as funções a serem exercidas”.¹³³

“As profissões regulamentadas são suscetíveis de fiscalização por Conselhos, dotados de personalidade jurídica própria, enfeixadas as atribuições de representação, defesa, seleção e disciplina dos profissionais e, por conseguinte, a cobrança de multas, preços de serviços e contribuições dos seus inscritos”.¹³⁴

A liberdade de se escolher uma profissão é um direito inviolável. Porém, a liberdade do exercício e da admissão poderá sofrer restrição pelo Estado, desde que tenha como finalidade a proteção da vida, da saúde, da segurança, além de condições adequadas à educação e à defesa de valores morais. Desta forma, as restrições que a lei poderá estabelecer são fundadas no potencial lesivo do exercício de determinada profissão, voltada sempre para o interesse público.¹³⁵

Urge ressaltar que esse dispositivo constitucional se trata de norma de eficácia contida, que são aquelas que possuem total eficácia por si, entretanto, por expressa disposição constitucional, podem, eventualmente, sofrer restrições por outras normas. Isto é, o indigitado dispositivo constitucional, que estabelece o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, possui aplicabilidade independentemente de norma infraconstitucional. Entretanto, eventual norma

¹³³ SILVA, Laura Belluzo *apud* PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: *Lumem juris*, 2008, p.531.

¹³⁴ VALENTE, Manoel *apud* MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: *Lumem Juris*, 2008, p.531.

¹³⁵ DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Juliana Silva. **Uma análise do direito à liberdade de profissão frente ao princípio da dignidade humana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11053>. Acesso em: 04 de maio de 2016.

infraconstitucional pode estabelecer a exigência de cumprimento de determinados requisitos como condição para o exercício de determinadas profissões.¹³⁶

A despeito de a própria Constituição prever a possibilidade de restrições legais de determinado ofícios, tal previsão não pode e nem deve incidir sobre a atividade exercida pelo profissional da música. A possibilidade concreta da produção dos efeitos pelo artigo alhures devem ser compatibilizados com os princípios do interesse público e da razoabilidade, implícitos na norma constitucional, assim como o requisito das qualificações profissionais que a lei ordinária estabelecer.¹³⁷

4.5 O INÍCIO DA NOVA ERA: OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 414426 E 795467. IMPORTANTE PASSO PARA A LIBERTAÇÃO DOS MÚSICOS DAS GARRAS DA OMB.

A luta dos músicos pela extinção da OMB existe há pelo menos 30 anos. Não se trata de combate recente. Desde o golpe militar de 1964, quando o militar Wilson Sândoli assumiu a presidência da OMB e distribuiu carta na imprensa afirmando “Vigiar e punir os inimigos da Segurança Nacional”, discute-se sobre a legitimidade da entidade e suas funções perante os músicos.

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.¹³⁸

¹³⁶ CAMARGO TRIDA, Rafael. **Eficácia das normas constitucionais**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8235/Eficacia-das-normas-constitucionais>>. Acesso em 06 de maio de 2016.

¹³⁷ MORAES, Rodrigo. **Conselhos de fiscalização de profissões artísticas: interesse público ou corporativo?** Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads> Acesso em: 23 de abr. de 2016

¹³⁸ MORAES, Rodrigo. **Conselhos de fiscalização de profissões artísticas: interesse público ou corporativo?** Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads> Acesso em: 23 de abr. de 2016.

Em fevereiro de 2004, foi distribuído para Ministra Ellen Gracie o Recurso Extraordinário n. 414426.¹³⁹ O processo teve início com um mandado de segurança de n. 2000.72.00.009316-1, impetrado contra atos de fiscalização da OMB, que exigiu dos autores da ação registro na entidade de classe como condição para exercer a profissão.

O Recurso Extraordinário interposto pela OMB – Conselho Regional de Santa Catarina - questionava o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Entendeu o órgão colegiado, no bojo do acórdão proferido que, com base no art. 5º, incisos IX e XIII, da Constituição Federal de 1988, a atividade de músico não depende de registro ou licença e que sua livre expressão não pode ser impedida por interesses de órgãos de classe.¹⁴⁰

A Ordem dos Músicos do Brasil (Conselho Regional de Santana Catarina), no bojo do seu recurso extraordinário, sustentou que o exercício de qualquer profissão ou trabalho está condicionado às qualificações específicas de cada profissão. No caso dos músicos, a Lei Federal n. 3.857/60 é que estabeleceria essas restrições. Igualmente, as ressalvas trazidas pelo art. 5º, XIII e 170 parágrafo único, ambos da Carta Maior, serviria de base para amparar a obrigatoriedade de regulamentação do músico junto à entidade para exercício regular da atividade musical.

Pois bem. A Ministra Relatora do referido RE, Ellen Gracie, entendeu que a atividade de músico não prescinde de prévio registro ou licença para o seu exercício; que a liberdade de expressão e a restrição ao exercício da profissão de músico não podem ser impedidas por interesses da OMB, devendo obedecer, pois, ao princípio da mínima intervenção, a qual deve ser baseada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Entendeu, ainda, “que a música é uma arte em si, algo sublime, próximo da divindade, de modo que se tem talento para música ou não se tem”.¹⁴¹

¹³⁹ Movimentação do RE 414426. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=414426&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 de abr. de 2016.

¹⁴⁰ **Registro de músico em atividade de classe não é obrigatório.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185472&caixaBusca=N>>. Acesso em 29 de abr. de 2016.

¹⁴¹ **Registro de músico em atividade de classe não é obrigatório.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185472&caixaBusca=N>>. Acesso em 29 de abr. de 2016.

Nesse sentido, veja-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. **Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional.** A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.¹⁴² (grifos aditados)

Destarte, a limitação legal à determinada profissão somente será legítima quando se constatar que, ao exercê-la de forma temerária, poderá provocar lesões a terceiros. Para isso, deve-se observar o princípio da razoabilidade, de modo que as restrições legais ao livre exercício da profissão deverão passar pelo crivo da razoabilidade, notadamente quando se verificar a ausência de interesse público que sustente o exercício de poder de polícia pelas entidades de classes.

Inexistindo quaisquer riscos sociais através do exercício da atividade musical, deve prevalecer a liberdade. Vale destacar uma passagem contida na inicial que deu origem ao recurso extraordinário em comento, onde os autores da ação sustentaram que:

A música agrada pela melodia, sons que tocam os sentimentos, e não somente a técnica. Uma música pode ser tecnicamente muito boa, mas não agradar o público. Ao mesmo tempo em que pode ser tecnicamente fraca, mas agradar pela melodia, pela letra, por uma série de outros critérios.

O dia-a-dia mostra que músicas maravilhosas podem ser tocadas com metais, latas, pedaços de madeira, diversos objetos sem que para isso seja necessário qualquer conhecimento técnico. A música transcende a teoria, é muito mais que isso, é a expressão da natureza, dos sentimentos, da alma. A verdadeira música não se aprende e não se ensina, a verdadeira música se sente, é absorvida e exteriorizada pelo coração.¹⁴³

O voto da Min. Ellen Gracie pelo não provimento do recurso extraordinário interposto pela Ordem dos Músicos do Brasil (Conselho Regional de Santa Catarina), foi acompanhando integralmente pelos Ministros da Corte. Sendo assim, o Eminentíssimo Min. Ricardo Lewandowski, além dos dispositivos constitucionais apontados pela

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 414426. – Proc. 2000.72.00.009316-1. Recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil (Conselho Regional de SC). Recorrido: Marco Aurélio de Oliveira Santos e Outros. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília. DJe 10 de out. de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194818>>. Acesso em 30 de abr. de 2016.

¹⁴³ Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de segurança n. 2000.72.00.009316-1. Impetrante: Marco Aurélio de Oliveira dos Santos e Outros. Impetrado: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/32773803/trf-4-judicial-01-12-2011-pg-1105>>. Acesso em 01 de mai. de 2016.

Min. Ellen Gracie, quais sejam os incisos IX e XIII do Texto Maior, indicou violação ao artigo 215 do mesmo diploma normativo, que garante a todos os brasileiros o acesso aos bens da cultura, sendo que as manifestações artísticas, inegavelmente, integram este universo.¹⁴⁴

Nesse mesmo sentido, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes criticaram o excesso de regulamentação legislativa, entendendo que a intervenção do Estado apenas pode ocorrer quando, de fato, se impuser algum tipo de tutela. Destacaram ser evidente que no caso da liberdade artística em relação à atividade musical, não haveria risco para sociedade capaz de justificar a tutela ou intervenção estatal.¹⁴⁵

No que tange ao RE 795467, este foi interposto por Iara Espíndola Rennó e Andreia Maria Dias da Silva em face da OMB (Conselho Regional de São Paulo), contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que julgou válida a imposição de registro prévio do músico como condição para o exercício da atividade profissional.

Entendeu o TRF-3¹⁴⁶, no bojo do acórdão da apelação n. 200661000060231, que a Lei n. 3.857/60 - que regulamentou a profissão de músico e criou a Ordem dos Músicos do Brasil -, foi recepcionada pela CF/88, porquanto teria sido criado para disciplinar e fiscalizar a atividade profissional do músico em benefício da sociedade, e que a liberdade de expressão diz respeito apenas ao conteúdo das atividades, não afastando os requisitos legais para o exercício de certas profissões. *In verbis*:

E M E N T A

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. LEI N. 3.857/60. ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. REGISTRO. MÚSICOS PROFISSIONAIS. OBRIGATORIEDADE. ANUIDADE. LEI N.6.994/82. REVOGAÇÃO PELA LEI N. 8.906/94. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

I – A profissão de músico encontra-se regulamentada pela Lei n. 3.857/60, a qual criou a Ordem dos Músicos do Brasil e foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por estar conformada a ela, porquanto o art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, não pode ser analisado isoladamente.

¹⁴⁴ **Registro de músico em atividade de classe não é obrigatório.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185472&caixaBusca=N>>. Acesso em 29 de abr. de 2016.

¹⁴⁵ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴⁶ Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação n. 200661000060231. Recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de São Paulo -. Recorrido: Iara Espíndola Rennó e Outro. Relator: Des. Federal Regina Costa. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5325644/apelacao-em-mandado-de-seguranca-293908-ams-6023-sp-20066100006023-1/inteiro-teor-101853035>>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

II – A liberdade de expressão diz respeito, tão-somente, ao conteúdo das atividades que menciona, não afastando os requisitos exigidos pela lei para o exercício de certas profissões.

III – Não se revelando absoluta a liberdade de manifestação artística, pode a lei estabelecer os critérios que habilitam uma pessoa ao desempenho profissional da atividade escolhida, objetivando, com essas limitações ao direito individual, a proteção da sociedade.

IV - Músico profissional é aquele inserido no mercado de trabalho, percebendo rendimentos em razão de sua manifestação artística, para sua sobrevivência e a de seus familiares, não constituindo a música simplesmente uma atividade de lazer.

[...]

Após acórdão proferido pelo E. TRF-3, que deu provimento parcial à apelação da OMB para manter a imposição do registro do músico junto à entidade como condição para o exercício da profissão, a Parte Vencida manejou recurso extraordinário para o STF, com o fito de sanar o equívoco cometido pelo Tribunal *a quo*, que teria contrariado jurisprudência do Supremo Tribunal.

No caso, contrariou o entendimento firmado no julgamento do RE 414426, o qual foi abordado outrora. Em síntese apertada, no julgamento do referido recurso extraordinário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou por unanimidade, o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, razão pela qual a exigência de inscrição dos músicos na OMB, bem de pagamento de anuidade para o exercício da profissão, seriam incompatíveis com a Constituição Federal de 1988.

O Min. Relator do RE 795467, Teori Zavascki, ratificou e reiterou os termos da decisão do RE 414426. Ressaltou, ainda, que a mesma orientação já foi adotada pelas duas turmas do STF e, portanto, a decisão do TRF-3 estaria em dissonância com o entendimento do Supremo. Veja-se, pois:¹⁴⁷

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL (OMB). PAGAMENTO DE ANUIDADES. NÃO OBRIGATORIEDADE. OFENSA À GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, DA CF). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 414.426, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 10-10-2011, firmou o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, sendo, por isso, incompatível com a Constituição Federal de 1988 a exigência de inscrição

¹⁴⁷ Brasil. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 795467. Recorrente: Iara Espíndola Rennó e Andreia Maria Dias Da Silva. Recorrido: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de São Paulo -. Min. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628990/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-795467-sp-sao-paulo>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício de tal profissão. 2. Recurso extraordinário provido, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

O julgamento desses dois recursos extraordinários, sem dúvidas, representa um grande avanço para os músicos, que há tempos se veem preso às mãos nefastas da OMB. Além dessas decisões, existem inúmeras decisões de diversos tribunais em todo território nacional, que coaduna com todo o exposto acerca da complexa questão. Vejam-se alguns exemplos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - INSCRIÇÃO - DESNECESSIDADE. Os arts. 16 e 18 da Lei nº 3.857/60 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, por serem incompatíveis com a liberdade de expressão artística e de exercício profissional, asseguradas no art. 5º, incisos IX e XIII. A regulamentação de atividade profissional depende da demonstração de existência de interesse público a proteger. A atividade de músico não oferece risco à sociedade, diferentemente, por exemplo, das atividades exercidas por advogados, médicos, dentistas, farmacêuticos e engenheiros, que lidam com bens jurídicos extremamente importantes, tais como liberdade, vida, saúde, patrimônio e segurança das pessoas. Desnecessária a exigência de inscrição perante órgão de fiscalização, seja ele ordem ou conselho. Precedentes dos e. TRF-3 e TRF-4. A questão foi pacificada pelo Plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, que, em 1º de agosto de 2011, por unanimidade dos votos, desproveu o Recurso Extraordinário (RE) 414426 (rel. Min. Ellen Gracie), de autoria do Conselho Regional da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), em Santa Catarina, por entender que o exercício da profissão de músico não está condicionado a prévio registro ou licença de entidade de classe (Informativo nº 634). Apelação e remessa oficial improvidas.¹⁴⁸

No mesmo sentido, TRF-1:

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 profissionais 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.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação n. 0001364-97.2005.4.03.6115. Recorrente: Ordem dos Músicos – Conselho Regional de São Paulo -. Recorrido: Josmar Ferraz Júnior. Relator: Des. Federal Marli Ferreira. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22378986/apelacao-civel-ams-1364-sp-0001364-9720054036115-trf3>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação em Mandato de Segurança n. 2001.33.00.018107-5/BA. Apelante: Ordem dos Músicos do Brasil-Seção Bahia. Apelado: José Maria Caldeira Teixeira de Freitas. Relator: João Batista Moreira. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22378986/apelacao-civel-ams-1364-sp-0001364-9720054036115-trf3>>.

Mister registrar, ainda, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 511961, onde o STF afastou a exigência de registro e diploma para o exercício da profissão de jornalista. Entendeu-se, na decisão do Ministro Relator Gilmar Mendes, que a liberdade de expressão se sobrepõe a qualquer exigência da entidade de classe, de maneira que tal exigência confrontaria direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

Ora, trata-se de situações semelhantes (músicos e jornalistas). Faz-se imprescindível trazer trecho do acórdão, por pertinente e aplicável ao caso dos músicos, onde o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes afirma sobre a necessidade de compatibilização de dispositivos constitucionais em face de exigência ilegal e arbitrária de inscrição do jornalista no Ministério do Trabalho como condição para exercer a profissão. *In verbis*:

O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

[...]

A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística.¹⁵⁰

Destarte, por tudo que foi exposto, resta evidente a incompatibilidade da Lei n. 3.857/60 com a atual Constituição Federal, vez que o direito à liberdade se sobrepõe a qualquer exigência de registro e diploma para o exercício de atividade profissional que sequer pode gerar algum dano à coletividade.

1. jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2298249/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-18107-ba-20013300018107-5. Acesso em: 03 de maio de 2016.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511926 – Proc. 200161000259463. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTEPS). Recorrido: União e Federação Nacional dos Jornalistas. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília. DJ 12 de nov. de 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712665/recurso-extraordinario-re-511961-sp>>. Acesso em: 29 de abr. de 2016.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou elucidar a luta incessante dos músicos contra a OMB, que não se veem representados por essa, tendo em vista a sua falta de comprometimento e eficiência no cumprimento das suas reais finalidades.

A exigência de registro obrigatório do músico como condição para o exercício da profissão revela-se inapropriado e desproporcional. Restrições legais se fazem necessárias na medida em que se constata que o exercício temerário de determinada atividade pode ocasionar prejuízos à coletividade.

Ora, a atividade exercida pelo músico é incapaz de gerar prejuízos sociais, de lesionar bens jurídicos tutelados pelo Estado, a exemplo da vida, saúde, segurança, patrimônio etc. Importante salientar que o músico desqualificado é naturalmente excluído pelo público, pelas gravadoras, produtoras etc.

A Constituição Federal ao tratar da liberdade profissional no art. 5º, XIII, traz expressamente a possibilidade de limitação da atividade por meio de lei ordinária. Ocorre, contudo, que esse dispositivo não deve ser interpretado desconsiderando o princípio da razoabilidade.

Ou seja, a discricionariedade conferida à norma infraconstitucional sofre limitações da própria Carta Magna. Dessa forma, o princípio da razoabilidade será utilizado para combater eventuais arbítrios estatais, impedindo-o, freando-o, quando verificado o excesso do Poder Público.

No bojo do exercício da atividade profissional, deve-se averiguar a existência ou não de interesse público que legitime a interferência do Estado, pois em nada adianta uma intervenção exacerbada incapaz de gerar quaisquer benefícios.

Ademais, a atual Constituição Federal garante a livre expressão artística e manifestação de pensamento independentemente de censura.

Através de inúmeras decisões judiciais, buscou-se robustecer o presente estudo acadêmico. Ressalta-se que o Superior Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido que a atividade de músico não prescinde de prévio registro ou licença para o seu exercício e, ainda, que a liberdade de expressão e a restrição ao exercício da profissão de músico não podem ser impedidas por interesses da OMB,

devendo obedecer, pois, ao princípio da mínima intervenção, a qual deve ser baseada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Uma vez emanada pelo Poder Legislativo, e em atendimento ao princípio da Simetria das Formas, a Lei n. 3.857/60 só poderá ser revogada por lei posterior. Embora a referida lei continue vigendo, por tudo que foi abordado no presente estudo acadêmico, entende-se pela desnecessidade de filiação do músico junto à Ordem dos Músicos do Brasil e incompatibilidade da referida lei com a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ABOUD, Alexandre. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação? **Revista Jurídica Consulex**. Ano XXII. Nº 267. Ano 2008.
- ALEXANDRE, Rhenzo. **O Exercício da Profissão de Músico no Brasil: Análise da Lei n. 3.857/60 frente à Constituição Federal de 1988**. 2007. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Católica, Brasília.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. São Paulo: Método, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: volume 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.
- _____. **Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.
- _____. **Lei Estadual n. 12.547 de 31 de janeiro de 2007**. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/133787/lei-12547-07>>. Acesso em: 05 mar. 2016.
- _____. **Lei Federal n. 3.857, de 22 de dezembro de 1960**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L3857.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.
- _____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- _____. **Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.
- _____. **Portaria n. 3.3347, de 30 de setembro de 1986**. Disponível em: <<http://www.ombmg.org.br/ombmgv2/uploads/download/portaria3347.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP 183. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requerido: Ordem dos Músicos do Brasil. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=12151>>. Acesso em 03 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. Movimentação do RE 414426. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=414426&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 414426. – Proc. 2000.72.00.009316-1. Recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil (Conselho Regional de SC). Recorrido: Marco Aurélio de Oliveira Santos e Outros. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília. DJe 10 de out. de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194818>>. Acesso em 30 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Recurso Inominado n. 201301002781. Recorrente: Sergio Luiz Santana Pereira. Recorrido: Rita Lee Jones de Carvalho. Relator: Dr. Diógenes Barreto. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55452478/djse-12-06-2013-pg-726>>. Acesso em 05 mai. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de segurança n. 2000.72.00.009316-1. Impetrante: Marco Aurélio de Oliveira dos Santos e Outros. Impetrado: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de Santa Catarina. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/32773803/trf-4-judicial-01-12-2011-pg-1105>>. Acesso em 01 mai. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação n. 200661000060231. Recorrente: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de São Paulo -. Recorrido: Iara Espíndola Rennó e Outro. Relator: Des. Federal Regina Costa. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5325644/apelacao-em-mandado-de-seguranca-293908-ams-6023-sp-20066100006023-1/inteiro-teor-101853035>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 795467. Recorrente: Iara Espíndola Rennó e Andreia Maria Dias Da Silva. Recorrido: Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de São Paulo -. Min. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628990/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-795467-sp-sao-paulo>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação n. 0001364-97.2005.4.03.6115. Recorrente: Ordem dos Músicos – Conselho Regional de São Paulo -. Recorrido: Josmar Ferraz Júnior. Relator: Des. Federal Marli Ferreira. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22378986/apelacao-civel-ams-1364-sp-0001364-9720054036115-trf3>>. Acesso em: 02 de mai. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação em Mandato de Segurança n. 2001.33.00.018107-5/BA. Apelante: Ordem dos Músicos do Brasil-Seção Bahia. Apelado: José Maria Caldeira Teixeira de Freitas. Relator: João Batista Moreira. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2298249/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-18107-ba-20013300018107-5>>. Acesso em: 03 maio 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511926 – Proc. 200161000259463. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTEPS). Recorrido: União e Federação Nacional dos Jornalistas. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília. DJ 12 de nov. de 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712665/recurso-extraordinario-re-511961-sp>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

CAETANO, Marcela. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. São Paulo: Almedina Brasil, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

CARTA MAIOR. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/Sandoli-e-obrigado-a-deixar-presidencia-da-OMB/12/10961>>. Acesso em: 29 de abr. de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **I Comentários à Constituição 1988, Art. 1o a 5o (I a LXVII)**. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

COELHO, Daniela Mello. **Administração pública gerencial e direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Conselho Regional de Minas Gerais da Ordem dos Músicos do Brasil. Disponível em: <<http://www.ombmg.org.br/modules/wfchannel/index.php?pagenum=2>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

COSTA JÚNIOR, Jairo. Satélite: OMB ressuscita polêmica sobre contratação de músicos no Carnaval. **Correio**. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/satelite-omb-ressuscita-polemica-sobre-contratacao-de-musicos-no-carnaval/?cHash=1de141554e9ad990a0823412bf5aacfe>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

CORDONI, Cassiano. [Carta]. 23 de novembro de 2004, Curitiba. [para] SOUZA NETO, Manoel J de. Curitiba.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2011.

CUPERTINO, Luiz Roberto Boettcher. **Obrigatoriedade de filiação à Ordem dos Músicos do Brasil: uma polêmica e uma perspectiva**, 2009. Disponível em: <http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/artigo0004_obrigatoriedade_de_filiacao_a_ordem_dos_musicos_do_brasil.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

DI PRIETO, Marya Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p.500.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Juliana Silva. **Uma análise do direito à liberdade de profissão frente ao princípio da dignidade humana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11053>. Acesso em: 04 mai. 2016.

EMMERICH, Ruysam. **A Atuação do Músico, a Legitimidade do seu Controle pelo Estado**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-atuacao-do-musico-a-legitimidade-do-seu-controle-pelo-estado/35857>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Felipe Nogueira. **A criação de conselhos profissionais e a delegação da atividade de fiscalização de profissões regulamentadas**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21519/a-criacao-de-conselhos-profissionais-e-a-delegacao-da-atividade-de-fiscalizacao-de-profissoes-regulamentadas/1>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

GARCIA, Flora Mesquita. **A obrigatoriedade da inscrição da ordem dos músicos do Brasil – OMB. Uma análise dos principais argumentos em ações individuais**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.redepeabirus.com.br/redes/form/post?post_pub_id=33020>. Acesso em: 26 fev. 2016.

Informativo OMB, Conselho Regional de São Paulo. Disponível em: <<http://www.omdbf.com.br/principal.php>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

KRIEGER, Maurício Antonacci. **O Direito Fundamental da Liberdade de Pensamento e de Expressão**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42138&seo=1>>. Acesso em 05 mai. 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, ed. De 1989, cit., págs. 585/586; Derecho Justo, cit., págs. 144/145.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre ADPF (Ação de descumprimento de preceito fundamental)**. Disponível em: <<http://www.ambito>

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3494>.
Acesso em: 01 mai. 2016.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Repensando o Poder de Polícia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005.

MENDONÇA, Amaudson Ximenes. **“OMB, OBRIGADO NÃO”: Análise Social sobre as Relações de Poder na Ordem dos Músicos do Brasil no Estado do Ceará. Dissertação**. (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, 2003.

Ministério Público Federal. Ação Civil Pública n. 2005.37.00.004042-4 movida em face da OMB. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=90>. Acesso em: 08 mar. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, Rodrigo. **Ordem dos Músicos: Pomposa inutilidade**. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=63>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Conselhos de fiscalização de profissões artísticas: interesse público ou corporativo?** Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads> Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. **Extinção da Ordem dos Músicos**. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=17>. Acesso em: 25 abr. 2016.

NETO, Manoel de Souza. **OMB: 50 anos de repressão – parte II**. Disponível em: <<http://www.culturaemercado.com.br/site/pontos-de-vista/omb-50-anos-de-repressao-parte-ii/>>. Acesso em: 20 set. 2015.

NETO, Manoel de Souza. **OMB: 50 anos de repressão – parte III**. Disponível em: <<http://www.culturaemercado.com.br/site/pontos-de-vista/omb-50-anos-de-repressao-parte-iii/>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

Nota da OMB-BA. Disponível em: <<http://www.politicalivre.com.br/2016/02/em-nota-omb-desmente-informacao-de-cobranca-de-anuidade/>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Marya Rosynete. *Devido Processo Legal*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

OMB: Arbítrio e cartorialismo no terceiro milênio. Manifesto do Fórum Permanente de Música do Rio de Janeiro, 2006.

RAMOS, Diego da Silva. **O princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em 28 abr. 2016.

RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. **Revista do Legislativo**. Abril, 2009.

REQUIÃO, Luciana. **Eis a Lapa... Processos e relações de trabalho do músico nas casas de shows da lapa**. Rio de Janeiro: Annablume, 2010.

RIBAS, Martins. **Maestro José de Lima Siqueira – o primeiro benfeitor dos músicos**. Disponível em: <<http://tribunadomusico.blogspot.com.br/2010/03/maestro-jose-de-lima-siqueira-o.html>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

SALAZAR, Leonardo. **O Rock in Rio e a Ordem dos Músicos do Brasil**. Disponível em <<http://www.musicaltda.com.br/2011/09/o-rock-in-rio-e-a-ordem-dos-musicos-do-brasil/>>. Acesso em 14 abr. 2016.

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. **Os princípios da Constituição de 1988**. 1º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA NETO. Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Saraiva, 2013.

STF. **Registro de músico em atividade de classe não é obrigatório**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185472&caixaBusca=N>>. Acesso em 29 abr. 2016.

TRIDA, Rafael Camargo. **Eficácia das normas constitucionais**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8235/Eficacia-das-normas-constitucionais>>. Acesso 01 mar. 2016.