

29/06/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 131
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E
OPTOMETRIA - CBOO
ADV.(A/S) : ADALGISA ROCHA CAMPOS
INTDO.(A/S) : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM
ADV.(A/S) : GISELLE CROSARA LETTIERI GRACINDO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA -
CBO
ADV.(A/S) : JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA E OUTRO(A/S)

Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Artigos 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e artigos 13 e 14 do Decreto 24.492/34. 3. Optometristas com atuação prática mitigada. Proibição de instalação de consultórios e procedência na avaliação de acuidade visual de pacientes. Vedação à confecção e comercialização de lentes de contato sem prescrição médica. 4. Limitações ao exercício da profissão. Supostas violações aos art. 1º, incisos III (dignidade da pessoa humana) e IV (livre iniciativa, isonomia e liberdade ao exercício de trabalho, ofício e profissão); art. 3º, inciso I; art. 5º, *caput*, incisos II, XIII, XXXV, LIV, LVI, §§1º e 2º; art. 60, § 4º, inciso IV (segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade); art. 6º, *caput*, e art. 196 (direito à saúde, no que tange à prevenção), todos da Constituição Federal. 5. Incidência do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988. Reserva legal qualificada pela necessidade de qualificação profissional. Atividade com potencial lesivo. Limitação por imperativos técnico-profissionais, referentes à saúde pública. Ausência de violação à liberdade profissional, à proporcionalidade e à razoabilidade. Ponderação de princípios promovida pelo legislador. Inexistência de violação à preceito fundamental. 6. Normas recepcionadas pelas Constituições posteriores às legislações e pela Constituição Federal de 1988. 7. Ação de arguição de

ADPF 131 / DF

descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente, declarando a recepção dos arts. 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e arts. 13 e 14 do Decreto 24.492/34, e realizando apelo ao legislador federal para apreciar o tema.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para: 1) declarar a recepção dos arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34; e 2) realizar apelo ao legislador federal para apreciar o tema, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria , nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 19 a 26 de junho de 2020.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

29/06/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 131
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E
OPTOMETRIA - CBOO
ADV.(A/S) : ADALGISA ROCHA CAMPOS
INTDO.(A/S) : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM
ADV.(A/S) : GISELLE CROSARA LETTIERI GRACINDO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA -
CBO
ADV.(A/S) : JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (CBOO), com fundamento nos artigos 102, § 1º, e 103, IX, da Constituição, impugna os artigos 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto 24.492/34, na parte em que limitam a liberdade profissional dos optometristas, ao argumento de que ofendem vários preceitos fundamentais da Constituição.

Para a compreensão da controvérsia, transcrevem-se, integralmente, os dispositivos legais objeto da ação:

“Decreto nº 20.931/32

Art. 38 É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

ADPF 131 / DF

Art. 39 É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.

Art. 41 As casas de ótica (...) devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro das prescrições médicas”.

“Decreto nº 24.492/34

Art. 13 É expressamente proibido ao proprietário, sócio-gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.

Art. 14 O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente”.

O autor alega que as normas impugnadas violam a liberdade ao exercício de trabalho, ofício e profissão (art. 1º, IV, e art. 5º, XIII); a livre iniciativa (art. 1º, IV); o princípio da isonomia (art. 1º, IV, e art. 5º, *caput*); a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o princípio da segurança jurídica, enquanto expressão do devido processo legal substantivo (art. 5º, LVI); e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 1º, III; art. 3º, I; art. 5º, *caput*, II, XXXV, LIV, §§ 1º e 2º; e art. 60, § 4º, IV). Afirma, ainda, que a negativa de direito ao trabalho dos optometristas atinge o art. 6º, *caput*, e o art. 196, que trata da obrigação de o Estado prover adequado atendimento à saúde, em especial no seu aspecto preventivo.

O CBOO registra que a optometria é uma ciência especializada no estudo da visão, especificamente para atuação dos cuidados primários da saúde visual.

Segundo a associação autora, na década de 30, quando editados os decretos impugnados, buscou-se limitar a atuação de práticos, que eram verdadeiros curiosos, autodidatas. Sustenta que, à época, não existiam

ADPF 131 / DF

cursos técnicos de optometristas, tampouco cursos superiores. Mesmo porque, inexistia a especialização de oftalmologista na própria medicina, tendo em vista que os primeiros programas de residência nessa área surgiram apenas no ano de 1976. Frisa que a intenção de obstar a atuação dos práticos é facilmente perceptível na vedação de instalação de consultórios pelos ortopedistas, bem como pela vedação de injeção de anestésico pelos dentistas (art. 38 e 30 do Decreto 20.931/32).

Assim, defende que, hodiernamente, a profissão optométrica não encontra mais relação com o rudimentar contexto técnico-científico da década de 30.

No que diz respeito à autorização de restrição ao exercício profissional, prevista no inciso XIII do art. 5º da Constituição, assevera que *“a legislação somente poderá estabelecer condicionamentos que apresentem nexos lógicos com as funções a serem exercidas, jamais qualquer requisito discriminatório ou abusivo, sob pena de ferimento do princípio da igualdade”*. (AI-AgR nº 134.449/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

Pondera, então, que a restrição atualmente imposta à liberdade profissional dos optometristas é contraditória, uma vez que o Estado – por meio do Ministério da Educação e das Secretarias Estaduais de Educação – aprovou a grade curricular e reconheceu a formação desses profissionais.

Sustenta que a aludida limitação se consubstancia em: (1) negativas e cassações de alvarás sanitários por parte da ANVISA, sem atuação da Vigilância Sanitária; (2) instauração de processo-crime por exercício ilegal da medicina; (3) tramitação de ações civis públicas que objetivam o fechamento de estabelecimentos optométricos e a apreensão de equipamentos e (4) sucessivas decisões judiciais, proferidas em ações mandamentais, que indeferem concessão de alvarás sanitários.

A associação autora afirma que *“hoje o país conta com cerca de oitocentos profissionais graduados por instituições regularmente reconhecidas, havendo ainda significativo número de pós-graduados e mais de mil acadêmicos em formação”* (fls. 11). Assim, menciona a existência dos seguintes cursos:

ADPF 131 / DF

(1) Curso Superior de Tecnologia em Optometria da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), Canoas/RS (Portarias 2.948/03 e 444/2007, do Ministério da Educação);

(2) Curso Superior de Tecnologia em Óptica e Optometria da Universidade Braz Cubas, Mogi das Cruzes/SP (Portaria 496/2007, do Ministério da Educação);

(3) Curso Superior de Optometria da Universidade do Contestado (UnC), Canoinhas/SC (Decreto Estadual 1365, publicado no *DOESC* de 22.1.2004);

(4) Curso Superior de Optometria da Ratio Faculdade, Fortaleza (CE), oferecido em convênio com a *Fundación Universitaria del Área Andina*, Bogotá/Colômbia, com base no Decreto 74.541/74, que promulga o Acordo de Intercâmbio Cultural Brasil-Colômbia, prevendo reconhecimento recíproco de diplomas.

Após ressaltar a regularidade dos estabelecimentos de ensino elencados, a associação autora afirma que, por ocasião do julgamento do RMS 26.199/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se favoravelmente à causa dos optometristas. Frisa, outrossim, a existência de controvérsia significativa nos tribunais pátrios acerca da matéria, sendo necessário pronunciamento judicial definitivo sobre a questão, na medida em que esta ciência e profissão existe em mais de 130 (cento e trinta) países do mundo, estando regulamentada em 60 (sessenta) deles, entre os quais, Estados Unidos, Canadá, México, Cuba, Costa Rica, Uruguai, Paraguai, Colômbia, Inglaterra, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Rússia, Japão, China, Índia, África do Sul, Israel, Líbano, Austrália e Nova Zelândia.

Acrescenta que a profissão é reconhecida e fomentada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), Organização das Nações Unidas (ONU/UNESCO) e Organização Internacional do Trabalho (OIT). Sustenta que a optometria é tida mundialmente como instrumento apto ao combate à cegueira evitável e à prestação adequada de atendimento à saúde visual.

Aduz, ainda, que, no caso do Brasil, os optometristas são habilitados

ADPF 131 / DF

para detectar patologias oculares e sistêmicas. Afirma, também, que, diante do caótico quadro nacional de desatendimento à saúde visual – com médicos insuficientes e distribuídos territorialmente de forma irregular – o País demanda urgente difusão da optometria.

Requer, então, a concessão de medida liminar para a suspensão da vigência e dos efeitos dos dispositivos legais impugnados relativamente aos optometristas contemporâneos graduados por instituição de nível superior reconhecida por órgão competente, permitindo-se a estes profissionais exercerem seus ofícios dentro das atribuições para as quais foram capacitados, especialmente para instalar consultórios e para proceder a avaliação de acuidade visual de pacientes, com a possibilidade de indicar meios ópticos adequados à correção de erros refrativos e adaptar lentes de contato. Pleiteia, ainda, em sede liminar, a suspensão de todos os processos administrativos, cíveis e criminais instaurados em face de optometristas graduados por instituição de nível superior reconhecida por órgão competente.

No mérito, pede que se declare o seguinte:

“(…) não recepção material dos artigos 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos artigos 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34, tendo em vista não guardarem razoabilidade ou proporcionalidade frente aos (sic) preceitos constitucionais ora defendidos” e, sucessivamente, que se declare “interpretação conforme a Constituição sobre a incidência dos artigos 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos artigos 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34, para fixar que o entendimento de que tais dispositivos não se aplicam aos optometristas contemporâneos graduados por Instituição de Nível Superior devidamente reconhecida pelos órgãos competentes” (fls. 59-60).

A Advocacia-Geral da União apresentou informações às fls. 1033-1049 e juntou documentos.

Às fls. 1132-1156, a Advocacia-Geral da União pronunciou-se novamente e reiterou seu entendimento em manifestação assim

ADPF 131 / DF

sintetizada:

“Constitucional. Normas anteriores à Constituição de 1988 que restringem a prática de determinadas atividades aos médicos. Preliminar: conhecimento parcial da ADPF. Mérito: recepção integral dos dispositivos questionados pela ordem constitucional vigente, os quais são consentâneos à principiologia da Carta e necessários ao resguardo da saúde da população. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF, devendo ser indeferida a medida cautelar postulada e julgado improcedente o pedido inicial”.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados em parecer ementado nos seguintes termos:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ação fundada. Em alegação de que os artigos 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34, que proíbem os optometristas de instalar consultórios e de avaliar a acuidade visual de seus pacientes, indicando meios ópticos adequados à correção de erros refrativos, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois estabeleceram restrições típicas de uma época pretérita, ultrapassadas pela atual formação (nível superior) do optometrista. A formação superior do optometrista será de serventia para o melhor desempenho de suas atribuições, mas isso não autoriza eventual atuação em área em que reconheça com sendo de exclusiva natureza médica. A mera identificação da ametropia com vício de refração, e não como sintoma de doença, já é um diagnóstico médico. Razoabilidade da legislação ainda em vigor, que estabelece as citadas restrições à atuação do optometrista, impedindo que realize o exame de acuidade visual e prescreva lentes corretivas. Respeito ao direito fundamental à saúde. Parecer pela improcedência dos pedidos”.

ADPF 131 / DF

Deferi o pedido formulado pelo Conselho Federal de Medicina e pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia para intervirem no feito na condição de *amici curiae*.

O Conselho Federal de Medicina, preliminarmente, pleiteou a extinção do feito sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa, ao argumento de que o Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (CBOO) não juntou aos autos a autorização expressa de seus associados, bem como de que não poderia ser considerado uma entidade de classe em âmbito nacional, uma vez que os optometristas não constituem classe profissional regulamentada.

No que diz respeito à questão de fundo, observa que as próprias universidades advertem aos interessados que não poderão utilizar os conhecimentos adquiridos no curso de optometria para o atendimento de pacientes e a prescrição de lentes corretoras, como bem explica o *site* da Universidade do Contestado (UnC) – Canoinhas/SC.

O CFM consigna, ainda, que os Decretos 20.931/32 e 24.492/34 estão em pleno vigor. Observa que o art. 4º do Decreto 99.678/90 os havia revogado, o que ensejou o ajuizamento da ADIN 533-2 pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia. Entretanto, esta Suprema Corte não se manifestou quanto ao mérito, em razão da perda superveniente de objeto, porque o Presidente da República, por meio de decreto sem número, de 12.7.91, reconsiderou a revogação.

Alerta que, com a presente ação de descumprimento de preceito fundamental, os profissionais de optometria – ao pleitearem a realização de exame de refração e de adaptação de lentes – desejam realizar diagnósticos, o que não pode ser aceito, em virtude de a diagnose exigir uma formação estruturada em matérias como lógica, estatística, anatomia, fisiologia, biofísica, patologia, propedêutica, parasitologia, fisiopatologia, imunologia, pediatria, obstetrícia e outras. Nesse ponto, afirma, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que o diagnóstico é atividade privativa da profissão médica (Representação de Inconstitucionalidade 1056-2-DF, Rel. Min. Décio

ADPF 131 / DF

Miranda, DJ 26.8.1983).

Em apertada síntese, o CFM defende que as ametropias (vícios de refração) não podem ser tratadas isoladamente, porque possuem estreita relação com várias doenças oculares, muitas vezes graves. Sustenta, também, que os exames oftalmológicos são hábeis a diagnosticar várias patologias congênitas, erros inatos de metabolismo, comprometimento de genes estruturais, doenças vasculares, doenças infecciosas, inflamatórias, degenerativas e multifatoriais. De outro lado, acrescenta que nem sempre uma ametropia requer o uso de lentes corretoras.

Em outras palavras, o CFM afirma que os optometristas possuem uma visão limitada, canhestra e rudimentar dos princípios básicos da fisiopatologia ocular.

Em face da superveniência da Lei 12.842/2013, requisitei novas informações à Presidência e ao Congresso Nacional (fl. 1.182).

A Presidência da República, acolhendo a manifestação elaborada pela Advocacia-Geral da União, informou que a Lei 12.842 (Lei do Ato Médico) foi sancionada pela Presidente da República com vetos por contrariedade ao interesse público, nos termos da Mensagem 287, de 10 de julho de 2013. Alega que as razões do veto demonstram a opção da administração em favor da não atribuição exclusiva aos profissionais médicos na formulação dos diagnósticos e, mais especificamente, na prescrição de órteses e próteses oftalmológicas.

O Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) manifestou-se pela vigência dos decretos impugnados (fls. 1202-1218).

O Presidente do Congresso Nacional informou que o projeto aprovado não faz menção aos Decretos 20.931/1932 e 24.492/1934, não tendo havido revogação expressa.

É o relatório.

29/06/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 131
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): De início, atesto o cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade específicos, uma vez que o arguente é entidade de classe de representatividade nacional (art. 2º, I, da Lei 9.882/99, c/c art. 103, IX, da CF), juntou procuração instruída conforme à ADI 2.187-QO e impugna dispositivo pré-constitucional (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99).

I – Ilegitimidade ativa do Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria

Ressalto, ademais, que a preliminar de não conhecimento suscitada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) – ao propor que o Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (CBOO) não poderia ser considerado entidade de classe por inexistir regulamentação profissional dos optometristas – é logicamente inaceitável, visto que, na hipótese, a própria discussão travada nos autos diz respeito à adequada regulamentação profissional.

Desse modo, nos termos da jurisprudência desta Corte, atendendo à representatividade adequada, a entidade de classe deve preencher os seguintes requisitos: abrangência nacional; delimitação subjetiva da associação; pertinência temática; e compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado.

Esse é o atual posicionamento do STF, o qual pode ser sintetizado no seguinte julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 8º, 9º E 10 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 125/2012, DE MINAS GERAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES DE CLASSE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS

ADPF 131 / DF

ARTIGOS 42, §§ 1º E 2º, E 142, § 3º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXIGÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA O ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS. ARTIGO 22, XXI E XXIII. **1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece os seguintes requisitos a serem atendidos pelas entidades de classe no ajuizamento de ação de controle concentrado: a) abrangência nacional; b) delimitação subjetiva da associação; c) pertinência temática; e d) compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado. Requisitos atendidos pelas associações postulantes**. legitimidade ativa reconhecida. (...) 4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, julgada improcedente". (ADI 4912, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 24.5.2016, grifo nosso)

Quanto ao argumento de que a entidade de classe dependeria de a profissão estar regulamentada, afirmo que tal exigência é despicienda e desaguaria em restrição indevida daquela legitimação constitucional, esvaziando a democracia participativa da sociedade civil organizada.

Sobre o tema, esta Corte tem reconhecido a legitimidade da sociedade civil organizada em sede de controle concentrado, consoante expressam as seguintes ementas:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. **LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL.** VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI

ADPF 131 / DF

9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. **1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de entidade de classe de âmbito nacional previsto no art. 103, IX, da CRFB. 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. 3. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente . (...)** 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo”. (ADI 4029, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 27.6.2012, grifo nosso)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). **PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS** . MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA

ADPF 131 / DF

INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. **1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la**. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. (...) 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)". (ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016, grifo nosso)

Portanto, reconheço a legitimidade da associação autora, diante da comprovação de seu caráter nacional, representatividade da classe de optometristas e pertinência temática envolvendo a defesa da liberdade do exercício profissional de seus membros em cotejo com a lei impugnada.

ADPF 131 / DF

II – Prejudicialidade da ADPF em face da Lei do Ato Médico

Afasto, igualmente, a alegação de perda superveniente de objeto em razão da edição da Lei 12.842/2013.

O art. 4º da Lei do Ato Médico enumerou as atividades privativas do médico. O inciso IX, vetado pela Presidência da República, incluía a “prescrição de órteses e próteses oftalmológicas” como ato privativo dos médicos.

No entanto, os decretos impugnados proíbem a instalação de clínicas de optometria para atender clientes e a confecção e venda de lentes de grau sem prescrição médica. Não significa, portanto, que o optometrista não possa atuar, nas clínicas oftalmológicas, no atendimento e auxílio aos pacientes, o que já vem acontecendo no SUS, como relatado nos autos.

Em parecer encomendado pelo CBOO (arguente), o Prof. Dr. Lênio Luiz Streck, ao responder ao 2º quesito proposto (interpretação dos decretos questionados frente à evolução histórica e a Lei do Ato Médico), expõe com a lucidez peculiar:

“As normas impugnadas na ADPF 131 encontram-se vigentes – o que significa que existem no sistema jurídico – há mais de oitenta anos, tendo sido editadas durante o Governo Provisório e atravessado cinco ordenamentos constitucionais (1934, 1937, 1946 e 1967 e 1988)”. (STRECK, Lênio Luiz. Parecer. Porto Alegre. 1º.9.2017, p. 56)

Assim, as normas questionadas continuam plenamente em vigor, razão pela qual passo à análise de sua receptividade ao comando constitucional de 1988.

III - Mérito

Tendo em vista que os presentes autos já estão devidamente instruídos, proponho, desde logo, a apreciação do mérito da causa, ficando prejudicada a medida liminar pleiteada.

ADPF 131 / DF

A questão suscitada nos autos diz respeito à não recepção dos Decretos 20.931/32 e 24.492/34 pela Constituição Federal de 1988, na medida em que estabeleceriam limitação profissional supostamente desproporcional, ao proibir aos ópticos optometristas a realização de diagnóstico de ametropias, da prescrição de lentes corretivas sem receita médica e da operação de clínicas particulares.

Segundo o arguente, a vedação contida nos referidos decretos seria anacrônica, por tratar-se de época (década de 1930) em que a função era desempenhada essencialmente por “práticos”, situação essa que não se confunde com a atualidade, em que há instituições de ensino superior com currículo plenamente reconhecido pelo MEC a oferecer a especialidade. Assim, atesta que a restrição à liberdade profissional não passa pelo teste de proporcionalidade.

Os precedentes juntados pela parte, em sua grande maioria, afirmam ser legal a autorização dada pelo MEC para o funcionamento dos estabelecimentos de ensino de optometria, entretanto consignam a constitucionalidade dos Decretos 20.931/32 e 24.492/34, vedando a atuação de optometristas no atendimento médico e na prescrição de lentes corretivas.

Assim, a legislação ora impugnada restringe a atuação profissional dos optometristas, na prática, ao trabalho em ópticas e laboratórios, na adaptação refracional de lentes corretivas já indicadas por receita de médico oftalmologista, na pesquisa de técnicas corretivas e na venda dos referidos equipamentos.

A vedação profissional à prescrição de lentes corretivas pelos optometristas apresenta justificativas práticas de ordem médica, as quais estão reiteradas pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) em memorial.

Ademais, atesta o CBO que a exigibilidade de receita médica para todos os casos coaduna-se com a melhor proteção da saúde pública, uma vez que o exame oftalmológico é de especial cunho preventivo, de modo a diagnosticar não só ametropias como também diversas disfunções sistêmicas.

ADPF 131 / DF

Aduz, ainda, que “o exame oftalmológico, além de tratar a causa básica [em regra, a ametropia], serve para prevenir doenças em nossa população. Esse é o cerne da profissão médica. Ser médico é tratar e prevenir. Na medicina moderna, mais prevenir do que tratar, é o que se faz na consulta médica oftalmológica”.

Dessa forma, faz-se necessário discutir nestes autos se a referida vedação profissional seria contrária à Constituição Federal de 1988, tendo em vista que, para atender à reserva legal qualificada prevista no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, deverá a exigência dos decretos justificar-se enquanto “qualificação profissional exigida por lei”.

III.1 – Normatividade dos decretos impugnados

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na MC na ADI 533, Rel. Min. Carlos Velloso, os Decretos 20.931/1932 e 24.492/1934 foram recepcionados pela Constituição de 1988, tendo força de lei. Confira-se a ementa desse julgamento:

“CONSTITUCIONAL. ATOS NORMATIVOS PRIMÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUA REVOGAÇÃO POR ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS. I. Decreto com força de lei, assim ato normativo primário. Impossibilidade de sua revogação mediante decreto comum, ato normativo secundário. II. Ocorrência dos pressupostos da cautelar. Deferimento”. (ADI 533 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 27.9.1991)

Referida ADI posteriormente foi julgada extinta, sem julgamento de mérito, pela revogação da norma que havia revogado os Decretos 20.931/1932 e 24.492/1934, reconhecendo a plena vigência destes.

Assim, havendo normas com força de lei plenamente em vigor a restringir a atuação profissional do optometrista, resta verificar se tal restrição encontra amparo no ordenamento jurídico após o advento da Carta da República de 1988.

ADPF 131 / DF

III.2 – Necessidade de qualificação profissional exigida por lei

No julgamento do RE 511.961, de minha relatoria, esta Corte examinou a questão relativamente à profissão de jornalista, tratando das linhas gerais da teoria da restrição dos direitos fundamentais.

Com base nos ensinamentos de Pieroth, Schlink, Schwabe e Lerche, os quais sistematizam a análise da constitucionalidade levada a cabo pelo *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), expus na ocasião o seguinte:

“O art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988 dispõe que *‘é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer’* .

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

A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo.

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

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

Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete

ADPF 131 / DF

determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado (CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 602-603).

A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à (sic) lei a definição das '*condições de capacidade*' como condicionantes para o exercício profissional: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/69, art. 153, § 23. O texto constitucional de 1891, apesar de não prever a lei restritiva que estabelecesse as condições de capacidade técnica ou as qualificações profissionais, não impedia a regulamentação das profissões com justificativa na proteção do bem e da segurança geral e individual, como observaram João Barbalho (Cfr.: BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira, 1891*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 330) e Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal; 2005, p. 742 e ss.).

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites' (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos

ADPF 131 / DF

individuais (ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 267; PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte: Staatsrecht II*, cit., p. 65). Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte: Staatsrecht II*, cit., p. 65)”.

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

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, ainda sob o império da Constituição de 1967/69, ao tratar do interessante caso a respeito da profissão de corretor de imóveis. No RE 70.563/SP, o Relator, Min. Thompson Flores, teceu considerações dignas de nota:

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

‘A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por

ADPF 131 / DF

quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.'

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

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

Há justificação no interesse público na limitação da liberdade do exercício da profissão de corretos de imóveis? Estou convencido que não, e a tanto me convenceu a argumentação de jurídico e substancial acórdão relatado pelo eminente Des. Rodrigues Alckmim, do Tribunal de Justiça de

ADPF 131 / DF

São Paulo, proferido na Ap. Cível n.º 149.473, do qual transcrevo esta passagem:

‘Postos estes princípios – os de que a liberdade de exercício da profissão é constitucionalmente assegurada, no Brasil, embora limitável por lei ordinária; mas que a lei ordinária pode exigir somente as condições de capacidade reclamadas pelo ‘interesse superior da coletividade’; e que ao Judiciário cabe apurar se a regulamentação é, ou não, legítima – merece exame, agora, o impugnado art. 7º, da Lei nº 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma ‘profissão de corretor de imóveis’, profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não pode ser regulamentada sob o aspecto de capacidade técnica, por dupla razão. Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não conseguir obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém mais prejudicará, que a si próprio. Em segundo lugar, porque não há requisito de capacidade técnica algum, para exercê-la. Que diplomas, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício dessa profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência, não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum, pelo interesse, de capacidade técnica. 10. Haverá, acaso, ditado pelo bem comum, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Conseqüentemente, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de ‘corretor de imóveis’, como não o impõe com relação a tantas e tantas atividade profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam. 11. Como

ADPF 131 / DF

justificar-se, assim, a regulamentação? Note-se que não há, na verdade, interesse coletivo algum que a imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e regime democrático vigentes repelem.'

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

'De fato. Para ser corretor de imóveis, será preciso que o candidato apresente um atestado 'de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal da classe'. Ora: desde que não há aprendizado ou escola para o exercício dessa profissão, cuja vulgaridade é patente, falar-se em atestado de 'capacidade profissional' é algo inadmissível. E desde que o 'ingresso' na profissão depende de um registro; e que esse registro depende de tal atestação de 'órgão de representação legal da classe' (não da exibição de diploma acaso obtido em cursos oficiais ou oficialmente reconhecidos), é claro que o que se tem, nitidamente, é uma corporação que poderá, a benefício dos próprios pertencentes, excluir o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza. Essa regulamentação, portanto, não atende a interesse público, nem é exigida por tal interesse. Na verdade, atende ao interesse dos exercentes dessa atividade vulgar, que não exige conhecimentos técnicos ou condições especiais de capacidade, e que, com a regulamentação dela, poderão limitar ou agastar a concorrência na atividade. Nem se diga que o que se quer é zelar pelas condições de idoneidade moral dos exercentes dessa profissão. Note-se,

ADPF 131 / DF

no caso, que nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos', e aos que, através das 'atestações', os exercentes das profissões quiserem.'

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

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

ADPF 131 / DF

aplicação e de conteúdo. Por esses motivos, e art. 7º, da Lei nº 4.116, que interessa à solução da presente demanda, é reconhecido inconstitucional’

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

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

No conhecido julgamento da Representação 930/DF, redator para acórdão Min. Rodrigues Alckmin (DJ 2.9.1977), a Corte discutiu a respeito da extensão da liberdade profissional e do sentido da expressão “condições de capacidade”, tal como disposto no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69.

O voto então proferido pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de preservar-se o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de “*atender ao critério da razoabilidade*”.

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

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

ADPF 131 / DF

de la medida, debe ser *adecuado* al fin deseado; 3º) el medio y el fin utilizados deben manifestarse *proporcionalmente*; 4º) todas las medidas deben ser *limitadas*. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen (...)" . (Rp 930/DF, Redator para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, Pleno, DJ 2.9.1977).

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

"A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (Cooley, *Constitutional Limitations*, pág. 209), '*...Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power*'. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não". (Rp 930/DF, Redator para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, Pleno, DJ 2.9.1977).

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

ADPF 131 / DF

Portanto, desde o importante julgamento da Representação 930/DF (redator p/ o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, DJ 2.9.977), o Supremo Tribunal Federal tem entendimento firme no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. A restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional (ou não recepcionada).

Por outro lado, caso a atividade não seja potencialmente lesiva, qualquer restrição ao livre exercício profissional violaria o núcleo essencial da referida norma constitucional, tal como esta Corte decidiu no caso dos músicos e dos jornalistas, consoante se percebe das seguintes ementas:

“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 condicionadas 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”. (RE 414426, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 10.10.2011, grifo nosso)

“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.

ADPF 131 / DF

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 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". (RE 795467 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 24.6.2014)

Em síntese, no presente caso, as normas impugnadas tratam da qualificação profissional para a prescrição de lentes óticas, reservando-as para prescrições médicas e olvidando os optometristas. Resta saber se existe alguma razão de ordem prático-jurídica (potencial lesividade do exercício da atividade) que justifique a diminuição do âmbito de proteção da norma prevista no inciso XIII do art. 5º da CF para os optometristas.

III.3 – Restrições incidentes sobre os optometristas

As proibições conferidas aos optometristas por tais normas podem ser sintetizadas em: a) instalação de consultórios isoladamente (art. 38 do Decreto 20.931/32); b) confecção e venda de lentes de grau sem prescrição médica (art. 39 do Decreto 20.931/32); c) escolha, permissão de escolha, indicação ou aconselhamento sobre o uso de lentes de grau (art. 13 do Decreto 24.492/34); e d) fornecimento de lentes de grau sem apresentação da fórmula de ótica de médico sem diploma registrado (art. 14 do Decreto 24.492/34).

Como se nota da redação dos Decretos 20.931/32 e 24.492/34, a opção do legislador é pautada por imperativos técnico-profissionais, em ramos afetos diretamente à saúde pública.

Ainda que controversa a posição técnica, a Constituição reservou à lei a opção de qualificar profissionalmente atividades que tenham potencial lesivo, como é o caso de atividades vinculadas à saúde pública,

ADPF 131 / DF

em atenção à obrigação estatal de proteção desse bem jurídico insculpida no art. 196 da CF, a saber:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Acerca da densidade constitucional da citada norma, transcrevo a ementa do seguinte julgado:

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável

ADPF 131 / DF

omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...)” (RE 271286 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000, grifo nosso)

Nas palavras do Min. Celso de Mello, *“O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”*.

E mais: na mesma linha explicita que o poder público *“não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”*.

Portanto, estamos diante de duas normas constitucionais (art. 5º, XIII, e art. 216 da CF), que necessitam ser interpretadas de maneira harmônica e sistêmica, mediante a técnica da concordância prática.

O exame dessa questão avivou-me a memória para uma reflexão de Gustavo Zagrebelsky sobre o *ethos* da Constituição na sociedade moderna. Diz aquele eminente Professor italiano no seu celebrado trabalho sobre o direito dúctil – *il diritto mitte*:

“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado

ADPF 131 / DF

– isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma”. (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* . Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 3a. edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13)

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

“No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”. (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* ., cit., p. 16)

Por isso, conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o pensamento do possível. Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:

“Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do *aut-aut* , do ou dentro ou fora. A coerência simples que se obteria deste modo não poderia ser

ADPF 131 / DF

a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do et-et e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um modo de pensar do possível (Möglichkeitsdenken), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental possibilista representa para o pensamento o que a concordância prática representa para a ação". (Zagrebelsky , El Derecho Dúctil , cit., p. 17)

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o *pensamento jurídico do possível* expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: *Die Verfassung des Pluralismus* , Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, *uma teoria constitucional das alternativas* pode converter-se em uma *teoria constitucional da tolerância* (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus* , cit., p. 6). Daí percebe-se também que *alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação* (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus* , cit., p. 7).

A propósito, anota Häberle:

"O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para novas realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às

ADPF 131 / DF

necessidades do tempo de uma visão normativa , sem que se considere o novo como o melhor". (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 3)

Nessa linha, observa Häberle, “*para o estado de liberdade da res publica afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas*”. Daí ensinar que “*não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas*” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus* , cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus* , cit., p.10).

Na espécie, a restrição da liberdade de profissão foi realizada por instrumento normativo constitucional à época de sua edição e pauta-se pela qualidade profissional de atividade com potencial lesivo, qual seja, a prescrição de lentes óticas, cujo emprego sem a correta tecnicidade podem agravar doenças e condições oftalmológicas ou aviltar qualquer diagnóstico preventivo ou repressivo inicial.

No mesmo parecer encomendado pelo Conselho Brasileiro de Ótica e Optometria (CBOO - arguente), o Prof. Lênio Streck aduz:

“93. A questão objeto da ADPF nº 131 remete, inevitavelmente, à chamada *teoria dos degraus (Stufentheorie)*, aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1958, no conhecido *caso das farmácias (Apothekenurteil)*, que também envolve o exame da proporcionalidade, posteriormente teorizado por ROBERT ALEXY.

94. Nesse importante precedente, relatado por SCHWADE, que envolvia o direito fundamental de um

ADPF 131 / DF

farmacêutico exercer livremente sua profissão, o Tribunal enfrentou o problema da colisão de princípios em razão da necessidade de proteção de bens individuais (liberdade profissional) e coletivos (saúde pública).

95. A reclamação constitucional foi proposta por um farmacêutico contra o artigo 3,1, da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera, que condicionava a licença para abertura de farmácias à satisfação de determinados requisitos. Um dos critérios objetivos envolvia a relação ideal entre o número de estabelecimentos e o de habitantes de certa região. No caso, a autoridade competente indeferiu o pedido do farmacêutico porque a abertura de mais uma farmácia não atendia ao interesse público, considerando que a cidade de Traunreut, na alta Baviera, com aproximadamente 6 mil habitantes, já possuía a quantidade de empreendimentos necessária.

96. Ao examinar o caso, buscando avaliar a adequação e proporcionalidade do grau de restrições à liberdade de profissão, o Tribunal desenvolveu a *teoria dos degraus*, por meio da qual estabeleceu uma metodologia de controle do grau de intervenção estatal, indicando os estágios a serem percorridos pelo legislador na regulamentação das profissões e eventual limitação a um direito fundamental: o **primeiro degrau** diz respeito à própria ordenação do exercício da atividade profissional, fixando as condições mínimas para o seu desempenho e as exigências necessárias para se prevenir desvantagens e riscos à coletividade; o **segundo degrau** alcança o momento da escolha e impõe determinados pressupostos subjetivos de acesso à profissão, notadamente formação acadêmica (posteriormente, o Tribunal refinou a teoria de maneira que os requisitos subjetivos somente poderiam ser exigidos diante da necessidade de salvaguardar bens coletivos particularmente relevantes); o **terceiro degrau** compreende pressupostos objetivos sobre os quais o candidato ao exercício da profissão não tem domínio, transcendendo sua vontade. Pois é, precisamente neste terceiro degrau de intervenção, marcado pela necessidade de uma avaliação mais cautelosa e

ADPF 131 / DF

pormenorizada, em que houve a restrição ao exercício profissional do farmacêutico.

97. Todavia, conforme o entendimento do Tribunal, esse grau de interferência somente se legitima 'com base na defesa de provados ou muito prováveis e graves perigos de perecimento de bens jurídicos coletivos muito importantes'. Uma limitação dessa ordem à liberdade profissional jamais se justificaria em face de circunstâncias hipotéticas ou no interesse de proteção ao prestígio profissional de determinada classe. Ademais, ao legislador compete demonstrar que o risco e o perigo temidos não poderiam ser enfrentados pelos meios e controles relativos ao degrau anterior.

98. Apesar de qualificar a saúde pública como um bem coletivo da maior relevância, o Tribunal concluiu que a licença para a abertura de novas farmácias não colocaria em risco o fornecimento de medicamentos e tampouco resultaria qualquer perigo à saúde pública, havendo outras formas menos restritivas de fiscalizar o exercício da profissão.

99. Assim, o Tribunal julgou o ato normativo impugnado inconstitucional, assegurando o direito fundamental ao farmacêutico, ao entender que os perigos temidos pelo legislador envolvendo a abertura de novos estabelecimentos farmacêuticos não foram apresentados como tão prováveis a ponto de que sobre eles se justificasse 'a mais dura restrição da liberdade de escolha profissional, qual seja, a exclusão de candidatos plenamente qualificados do exercício autônomo da profissão de farmacêutico'.

100. Como se vê, desde o final da década de 50, o Tribunal Constitucional Federal alemão já assentou o entendimento segundo o qual o legislador apenas poderá, legitimamente, restringir o direito fundamental à liberdade profissional quando comprovados – de maneira concreta, e não abstrata ou hipotética – o risco de dano a bens jurídicos coletivos muito relevantes". (STRECK, Lênio Luiz. Parecer. Porto Alegre. 1º.9.2017, p. 40/42)

ADPF 131 / DF

Ao contrário do respeitável parecerista, entendo que a restrição em comento não é desproporcional nem inconstitucional – ao menos antes da formação dos primeiros tecnólogos ou bacharéis em optometria – diante do fato de estar assentada em risco de dano coletivo à saúde de forma concreta tendo em conta o fato de que a imensa maioria dos optometristas são práticos (sem qualquer formação profissional).

Isso porque, diferentemente do citado caso alemão da teoria dos três degraus em relação à quantificação valorativa apontada no parecer, no Brasil, há densa ofensividade concreta e real da liberação aos optometristas sem qualificação técnica da prescrição do uso de lentes corretivas.

Primeiro porque a formação dos óticos e optometristas no Brasil se divide em: práticos (sem qualquer formação), técnicos (curso de nível médio), tecnólogos (curso superior tecnológico) e bacharéis (curso superior de bacharelado).

Outrossim, saliente-se o que fora apontado pelos *amici curiae* – Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) – em sua manifestação conjunta:

“Alerte-se que para o estabelecimento de uma hipótese diagnóstica é necessário uma complexa e exaustiva formação, não percebida pelo leigo, estruturada em matérias como lógica, estatística, anatomia, fisiologia, biofísica, patologia, propedêutica, parasitologia, fisiopatologia, imunologia, pediatria, obstetrícia, e outras.

(...)

Para exemplificar as patologias diagnosticáveis pelos exames oftalmológicos, seguindo a citada classificação, temos, entre as doenças congênitas, a rubéola, a toxoplasmose, erros inatos de metabolismo (síndrome de Hurler, galactosemia), as doenças com comprometimento de genes estruturais (síndrome de Marfan, síndrome de Stickler, doença de Ehlers-Danlos); entre as doenças vasculares, a hipertensão arterial sistêmica, a hipertensão arterial aguda, as doenças obstrutivas das carótidas, o débito cardíaco, a isquemia cerebral

ADPF 131 / DF

transitória, a hipoglicemia, as discrasias sangüneas e a hipertensão intracraniana; entre as doenças infecciosas, a imunossupressão patológica ou medicamentosa, a candidíase sistêmica, a imunodeficiência causada pelo HIV, a baixa contagem de células CD4, o herpesvírus e as paresias e paralisias dos III, IV, V, VI e VII nervos cranianos; entre as doenças inflamatórias, os processos degenerativos, infecciosos, auto-ímmunes, vasculares e tumorais, a doença de Graves e a artrite reumatóide; entre as doenças degenerativas, a esclerose múltipla e a doença da placa mionural, como a miastenia grave e a doença mitocondrial; entre as doenças tumorais, as mutações do gene tumoral RB1, as síndromes paraneoplásticas, as metástases dos cânceres de mama, pulmão e laringe e os linfomas e leucemias; e, entre as doenças multifatoriais, a diabetes melito, que tem em sua fisiopatogenia vários processos, com manifestações metabólicas e complicações vasculares.

A autorização para a atuação dos optometristas seria uma excentricidade jurídica, pois como poderá ele responder pelo resultado de sua avaliação ou diagnóstico, a exemplo do que ocorre com o médico, sobre o qual recai o ônus da chamada Responsabilidade Civil, que o leva a responder judicialmente por negligência, imprudência ou imperícia no ato médico? A atuação desse optometrista, embora insuficiente para prestar o atendimento primário e secundário como se propõe, é uma atividade médica e como tal deve ser fiscalizada, regulamentada e normatizada.

(...)

Assim, mesmo com a minuciosa subdivisão em 14 subespecialidades, *todo o atendimento oftalmológico é realizado por médicos*, sendo a optometria parte integrante e uma das atividades mais importantes da Oftalmologia, que é a *refratometria*. Pois é sabido que significativa parcela dos pacientes que buscam os consultórios e atendimentos oftalmológicos o fazem movidos por queixas relacionadas a incômodos provocados por um vício de refração (ametropias)

ADPF 131 / DF

sendo, portanto, porta de entrada fundamental para a identificação de moléstias oculares mais graves, de alto potencial incapacitante ou cegante.

(...)

Os optometristas costumam, para reforçar a legitimidade de suas reivindicações, dividir os problemas oculares em duas categorias: problemas refracionais (são as ametropias: miopia, hipermetropia, astigmatismo e presbiopia) e doenças oculares. Essa sistematização tem suas raízes fundadas na ignorância médico-oftalmológica da época do nascimento da optometria como profissão nos Estados Unidos. Hoje, sabemos que se trata de um equívoco. Sem nenhum respaldo científico, No final do século XIX, já o vimos, os problemas oftalmológicos decorriam da necessidade de óculos e eram resolvidos com a prescrição deles, Hoje sabemos que a verdade não é essa. A Oftalmologia evoluiu extraordinariamente, incorporando conhecimentos diversificados e técnicas semiológicas, terapêuticas e cirúrgicas cada vez mais complexas, acuradas e refinadas. **Não podemos encarar separadamente ametropias e doenças. Pois as ametropias são problemas médicos e não ergonômicos, como defendem os optometristas.** E, como problemas médicos, são da competência exclusiva do oftalmologista". (grifo nosso)

Atentem para a quantidade de moléstias que podem ser descobertas com simples realização de exame técnico-operacional pelo profissional capacitado para tal análise e que seriam olvidados caso se libere para os optometristas realizarem tal atividade indiscriminadamente (independentemente de possuírem formação profissional adequada), de sorte que não se pode segregar o diagnóstico de ametropias e das doenças oculares correlatas.

O único modo de harmonizarem-se os interesses em jogo, na atual senda, é mediante a ponderação da norma protetiva à saúde frente à liberdade profissional, em atenção ao postulado do *in dubio pro salute*.

Tal princípio de aplicação internacional aplicado ao caso dos autos conduz à conclusão que a incerteza ou a dúvida sobre os riscos de

ADPF 131 / DF

determinada atividade frente à saúde da população, com argumentos científicos razoáveis, desautoriza sua liberação indiscriminada e opta-se pela preservação da incolumidade da saúde de parcela de população mais frágil do ponto de vista do conhecimento técnico-econômico-social.

Relembre-se que a arguente invoca como fundamento fático de sua atuação a suposta tutela envolvendo a deficiência no atendimento primário às populações de baixo nível socioeconômico mas, contraditoriamente, o acolhimento de seu pedido desaguaria exatamente no atingimento de estrato social que mais sofreria com a ausência de diagnóstico adequado e antecipado.

Vê-se, pois, *in casu*, que o legislador primou por opção cabível de modo a realizar a ponderação entre a adequada promoção à saúde e a liberdade de exercício profissional. A vedação de prescrever receita de lentes corretivas (ou vender sem receita médica) por qualquer optometrista possui clara relação meio-fim (*Zweck-Mittel-Zusammenhang*) com a assecuração de serviço prestado por especialista habilitado do ponto de vista técnico.

É bem verdade que o tema deva ser reexaminado à luz de critérios técnicos mais atuais, em razão do decurso de mais de oitenta anos da edição dos referidos diplomas, mas não se pode deduzir nem sua revogação tácita, nem sua incompatibilidade material com o texto constitucional de 1988 pelo menos até a formação tecnológica ou bacharelar reconhecida pelo Estado, uma vez que trata de qualificação técnica em atividade de saúde pública que não podemos desmerecer.

Os autos demonstram que, no final do século XX e virada para o XXI, houve recrudescimento da capacidade técnica dos optometristas, com o reconhecimento internacional como profissão desde 1958 pela comunidade internacional (código 0-58 da Classificação Internacional Uniforme de Ocupação), aliado à criação de cursos tecnólogos e de bacharelado em optometria (atualmente existem três cursos tecnológicos e um bacharelado em atividade, além de um tecnológico e um bacharelado em extinção), conforme informação do Ministério da Educação (Disponível em: <http://emec.mec.gov.br/emec/nova#avancada>).

ADPF 131 / DF

Acesso em 6.11.2017).

Todavia, essa realidade científica da formação de qualidade da optometria ainda é incipiente no mercado atual (na época do ajuizamento desta ADPF, em 2008, eram oitocentos profissionais com tal qualificação, sendo informado pelo parecer do Prof. Dr. Lênio Streck que, atualmente, seriam cerca de cinco mil). O mais antigo é de 2000 e limitado às regiões sul (Estado de Santa Catarina) e nordeste (Estado de Pernambuco).

Temos uma esmagadora maioria de profissionais desempenhando tal atividade sem qualquer formação superior (tecnóloga ou bacharelar), mas simplesmente mediante conhecimento prático ou técnico (formação de ensino médio). Não é possível afirmar que esse quadro mudou vertiginosamente em apenas nove anos de tramitação desta ADPF!

De pronto, afirme-se que tal regramento não se cuida de mera reserva de mercado, rejeitada por esta Corte não só no caso dos jornalistas (RE 511.961, de minha relatoria, Pleno, DJe 1º.3.2010) como também dos músicos (RE 414.426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe 10.10.2011), mas de opção legislativa de manter critérios técnicos na formação de profissionais habilitados a atividades com potencial lesivo.

Apesar de a proposta dos optometristas parecer equitativa, de modo a autorizar tão somente a atuação de profissionais graduados em Instituição de Ensino Superior (IES) aprovada pelo Ministério da Educação, tenho que a referida percepção não afasta a conclusão de que a liberação indiscriminada iria de encontro à proteção constitucional almejada.

Ressalte-se que o simples reconhecimento da não recepção dos decretos em questão, por força da liberdade profissional, não implicaria extensão da prerrogativa apenas aos optometristas – como se pretende na exordial – mas a todas as pessoas, independentemente de sua formação.

De fato, reconhecida a violação à liberdade de profissão, a restrição ao direito fundamental seria não recepcionada não só para os optometristas com formação profissional mas também para quaisquer outras pessoas que pretendam exercer a atividade, independentemente de serem apenas práticos.

ADPF 131 / DF

Portanto, entendo como recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os decretos em questão.

Entretanto, considerando o reconhecimento pelo Estado dos cursos tecnológicos e de bacharelado em optometria, a proeminência do postulado do *in dubio pro salute* deixa de assumir preponderância sobre a liberdade profissional, pois os profissionais passam a exercer tal atividade de forma técnica e não mais com base em ensinamento familiar ou simples vivência prática, mormente em atenção ao princípio da harmonização social. Explico.

A União autorizou instituições de ensino superior a oferecerem os seguintes cursos de graduação: superior de tecnologia em optometria (obtenção de diploma de tecnólogo, com mínimo de 2.400 horas); e superior de bacharelado em optometria (diploma de bacharelado, com mínimo de 3.105 horas).

O Ministério da Educação, através do Parecer CNE/CES 74/2009 (homologado pelo Ministro da Educação, DOU 24.4.2009, Seção 1, pág. 12), ao responder o questionamento da Secretaria de Saúde do Paraná “*afim de dirimir questionamentos relativos à formação acadêmica e às atividades de tecnólogos e bacharéis em optometria*”, esclareceu que :

“1º - Optometria pode ser Curso Superior reconhecido pelo Ministério da Educação, como é o caso dos cursos ora em funcionamento na Universidade (omissis);

2º - Este Conselho emitiu o Parecer CNE/CP nº 6/2006, homologado no Diário Oficial da União de 30/3/2007, tratando também do Curso Superior de Optometria, ao analisar os eventuais conflitos entre a formação acadêmica e o exercício profissional;

3º - O controle do exercício profissional de optometristas como a fiscalização sanitária de suas atividades não constituem matéria de competência do Conselho Nacional de Educação”. (Parecer CNE/CES 74/2009, Rel. Aldo Vannucchi, homologado pelo Ministro da Educação, DOU 24.4.2009. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pces074_09.pdf. Acesso em: 30.10.2017).

ADPF 131 / DF

Este parecer citado, por sua vez, está assim explicitado na parte que interessa:

“Os cursos superiores de tecnologia são autorizados pela Setec quando ministrados por instituições que gozam de autonomia universitária. Já, quando ministrados por Universidades ou Centro Universitários, estes cursos são ‘autorizados’ pela instância própria indicada no estatuto e no regimento da instituição.

Em qualquer dos casos, esses cursos estão sujeitos necessariamente ao processo de reconhecimento pelo órgão do próprio MEC. **O reconhecimento é o atestado concedido pela autoridade de que o curso foi ministrado conforme proposto na sua autorização e com qualidade satisfatória, podendo assim o diploma ser registrado, com o que terá validade nacional nos termos do artigo 48 da Lei nº 9.394/96. O portador deste diploma reconhecido estará apto para o exercício profissional correspondente às competências definidas no projeto pedagógico proposto pela instituição. (...)**

Na hipótese do órgão representativo de classe do exercício profissional entender que os formados em determinado curso podem vir a atuar, ou estejam atuando, de forma a conflitar com atividade exclusiva de categoria profissional regulamentada em lei, ele pode e deve tomar as medidas legais que achar conveniente“. (Parecer CNE/CP 6/2006, Rel. Arthur Roquete de Macedo, homologado pelo Ministro da Educação de 30.3.2007, DOU 2.4.2007, grifo nosso)

O Estado brasileiro, não obstante confira diploma de graduação aos optometristas (formação profissional de tecnólogo ou bacharel), não pode abster-se de normatizar a regulamentação profissional.

É claro que esta última obrigação não é atribuição do MEC, mas a partir do momento em que o Poder Público aquiesce em oferecer tal curso deve reconhecer tal nicho profissional, sob pena de atuar

ADPF 131 / DF

contraditoriamente e promover desarranjo social.

Ao que tudo indica, parece ter havido o chamado processo de inconstitucionalização dessa restrição profissional.

Nesse ponto, destaque-se que o Projeto de Lei 268, de 2002 (nº 7.703/06 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre o exercício da Medicina”, convertido na Lei 12.842/2013, foi aprovado pelo Congresso Nacional com a seguinte redação:

“Art. 4º. São atividades privativas do médico:

(...)

IX - prescrição de órteses e próteses oftalmológicas;”

No exercício do poder de veto presidencial (art. 66, § 1º, da CF), a Presidência da República obistou a normatividade dessa proibição descrita no inciso IX, nos seguintes termos:

“MENSAGEM Nº 287, DE 10 DE JULHO DE 2013.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 268, de 2002 (nº 7.703/06 na Câmara dos Deputados), que ‘Dispõe sobre o exercício da Medicina’.

Ouvidos, os Ministérios da Saúde, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e a Secretaria-Geral da Presidência da República manifestaram-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

(...)

Incisos VIII e IX do art. 4º

‘VIII - indicação do uso de órteses e próteses, exceto as órteses de uso temporário;

IX - prescrição de órteses e próteses oftalmológicas;’

Razões dos vetos

ADPF 131 / DF

‘Os dispositivos impossibilitam a atuação de outros profissionais que usualmente já prescrevem, confeccionam e acompanham o uso de órteses e próteses que, por suas especificidades, não requerem indicação médica. Tais competências já estão inclusive reconhecidas pelo Sistema Único de Saúde e pelas diretrizes curriculares de diversos cursos de graduação na área de saúde. Trata-se, no caso do inciso VIII, dos calçados ortopédicos, das muletas axilares, das próteses mamárias, das cadeiras de rodas, dos andadores, das próteses auditivas, dentre outras. No caso do inciso IX, a Organização Mundial da Saúde e a Organização Pan-Americana de Saúde já reconhecem o papel de profissionais não médicos no atendimento de saúde visual, entendimento este que vem sendo respaldado no País pelo Superior Tribunal de Justiça. A manutenção do texto teria um impacto negativo sobre o atendimento à saúde nessas hipóteses.’ (...).’
(grifo nosso)

Não se pode olvidar que, conquanto não tenha o condão de compreender o veto presidencial como derrogação dos decretos questionados, houve reconhecimento implícito pelo Poder Executivo Federal de que a atividade não pode mais ser considerada privativa dos médicos, fato que não pode ser ignorado por esta Corte.

É certo também que tal circunstância não pode ser elastecida para se compreender a liberação total do exercício de prescrição de órteses e próteses oftalmológicas aos optometristas. Mas é igualmente evidente que o Poder Público não considera hodiernamente tais atos privativos de médicos.

E mais: o Ministério do Trabalho, desde 2002 (Portaria 397, de 9.10.2002), reconhece o labor de técnico (nível médio) em óptica e optometria, na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) 3223, e descreve as seguintes atividades como ínsitas à ocupação:

“3223: Técnicos em óptica e optometria:

Descrição: Realizam exames optométricos; confeccionam

ADPF 131 / DF

lentes; adaptam lentes de contato; montam óculos e aplicam próteses oculares. Promovem educação em saúde visual; vendem produtos e serviços ópticos e optométricos; gerenciam estabelecimentos. Responsabilizam-se tecnicamente por laboratórios ópticos, estabelecimentos ópticos básicos ou plenos e centros de adaptação de lentes de contato. Podem emitir laudos e pareceres ópticos-optométricos.

Características do Trabalho: Exercem suas funções em laboratórios ópticos, em estabelecimentos ópticos básicos e plenos, em centros de adaptação de lentes de contato, podendo, ainda, atuar no ramo de vendas e em atividades educativas na esfera da saúde pública. São contratados na condição de trabalhadores assalariados, com carteira assinada e, também, na condição de empregador. Atuam de forma individual e em equipe, sem supervisão, em ambientes fechados e também em veículos, no período diurno.

Formação e experiência: O exercício dessas ocupações requer curso técnico de nível médio, oferecido por instituições de formação profissional. O pleno desempenho das atividades profissionais se dá após o período de três a quatro anos de experiência. A(s) ocupação(ões) elencada(s) nesta família ocupacional, demandam formação profissional para efeitos do cálculo do número de aprendizes a serem contratados pelos estabelecimentos, nos termos do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, exceto os casos previstos no art. 10 do decreto 5.598/2005.

Atividades:

A - REALIZAR EXAMES OPTOMÉTRICOS

A.1 - Medir acuidade visual

A.2 - Analisar estruturas externas e internas do olho

A.3 - Medir pressão intra-ocular (tonometria)

A.4 - Identificar deficiências e anomalias relacionadas às alterações da função visual

A.5 - Encaminhar casos patológicos, a médicos

A.6 - Medir refração ocular (refratometria e retinoscopia)

A.7 - Determinar compensações e auxílios ópticos

ADPF 131 / DF

B - ADAPTAR LENTES DE CONTATO

- B.1 - Fazer avaliação lacrimal
- B.2 - Definir tipo de lente
- B.3 - Calcular parâmetros das lentes
- B.4 - Selecionar lentes de teste
- B.5 - Colocar lentes de teste no olho
- B.6 - Combinar uso de lentes (sobre-refração)
- B.7 - Avaliar adaptação da lente
- B.8 - Retocar lentes de contato
- B.9 - Recomendar produtos de assepsia
- B.10 - Executar revisões de controle da adaptação de lentes de contato
- B.11 - Medir córnea (queratometria, topografia)

C - CONFECCIONAR LENTES

- C.1 - Interpretar ordem de serviço
- C.2 - Fundir materiais orgânicos e minerais
- C.3 - Escolher materiais orgânicos e minerais
- C.4 - Separar insumos e ferramentas
- C.5 - Projetar lentes (curvas, espessura, prismas)
- C.6 - Blocar materiais orgânicos e minerais
- C.7 - Usinar materiais orgânicos e minerais
- C.8 - Dar acabamento às lentes
- C.9 - Adicionar tratamentos às lentes (endurecimento, anti-reflexo, coloração, hidratação e filtros)
- C.10 - Aferir lentes
- C.11 - Retificar lentes

D - MONTAR ÓCULOS E AUXÍLIOS ÓPTICOS

- D.1 - Marcar centro óptico e linha de montagem das lentes
- D.2 - Elaborar gabaritos ópticos
- D.3 - Modelar lentes
- D.4 - Lapidar lentes
- D.5 - Encaixar lentes na armação
- D.6 - Alinhar óculos e outros auxílios ópticos (telesistemas,

ADPF 131 / DF

equipamentos de aferição óptica)

D.7 - Conferir montagem dos óculos e auxílios ópticos

D.8 - Confeccionar óculos de segurança

E - APLICAR PRÓTESES OCULARES

E.1 - Analisar cavidade orbitária

E.2 - Moldar cavidade orbitária

E.3 - Determinar características da prótese (diâmetro de pupila e íris, tamanho, cor, etc.)

E.4 - Confeccionar prótese ocular

E.5 - Ajustar prótese ocular

E.6 - Fotografar rosto do cliente

E.7 - Readaptar prótese

F - PROMOVER EDUCAÇÃO EM SAÚDE VISUAL

F.1 - Assessorar órgãos públicos na promoção da saúde visual

F.2 - Ministras palestras e cursos

F.3 - Participar na promoção de campanhas de saúde visual

F.4 - Auxiliar o cliente na reeducação visual

F.5 - Formar grupos multiplicadores de educação em saúde visual

G - VENDER PRODUTOS E SERVIÇOS ÓPTICOS E OPTOMÉTRICOS

G.1 - Detectar necessidades do cliente

G.2 - Interpretar prescrição

G.3 - Assistir cliente na escolha de armações e óculos solares

G.4 - Indicar tipos de lente

G.5 - Coletar medidas complementares (distância naso-pupilar, altura do centro óptico, distância do vértice, etc.)

G.6 - Ajustar óculos em rosto de cliente

G.7 - Consertar auxílios ópticos

G.8 - Calibrar equipamentos ópticos e optométricos

ADPF 131 / DF

H - GERENCIAR ESTABELECIMENTO

H.1 - Organizar local de trabalho

H.2 - Gerir recursos humanos

H.3 - Preparar ordem de serviço

H.4 - Gerenciar compras e vendas

H.5 - Controlar estoque de mercadorias e materiais

H.6 - Controlar qualidade de produtos e serviços

H.7 - Administrar finanças

H.8 - Providenciar manutenção do estabelecimento

Y - COMUNICAR-SE

Y.1 - Fazer anamnese

Y.2 - Manter registros de cliente

Y.3 - Enviar ordem de serviço a laboratório

Y.4 - Orientar cliente sobre uso e conservação de auxílios ópticos e próteses oculares

Y.5 - Orientar família de cliente

Y.6 - Emitir laudos e pareceres

Y.7 - Orientar na ergonomia da visão

Y.8 - Solicitar exames e pareceres de outros especialistas

Z - DEMONSTRAR COMPETÊNCIAS PESSOAIS

Z.1 - Realizar perícias optométricas e em auxílios ópticos

Z.2 - Demonstrar compreensão psicológica

Z.3 - Atualizar-se profissionalmente

Z.4 - Evidenciar coordenação motora fina

Z.5 - Revelar senso estético

Z.6 - Prestar primeiros socorros oculares

Z.7 - Usar equipamento de proteção individual (epi)“.

(grifo nosso)

Observe-se que, segundo o Ministério do Trabalho, os técnicos em optometria – com formação de nível médio – podem medir acuidade visual; analisar estruturas externas e internas do olho; medir pressão intra-ocular (tonometria); identificar deficiências e anomalias

ADPF 131 / DF

relacionadas às alterações da função visual; encaminhar casos patológicos a médicos; medir refração ocular (refratometria e retinoscopia); e determinar compensações e auxílios ópticos, além de outras atribuições.

Creio não ser possível admitir ao graduado em tecnologia ou bacharelado em optometria exercer as mesmas atribuições daqueles com formação de ensino médio, sob pena de violação ao princípio da isonomia em sua vertente material.

É importante destacar que a base curricular da graduação em tecnologia e em bacharelado – autorizada pelo MEC – incluiu as seguintes disciplinas exemplificativas: anatomia ocular; óptica física e geométrica; bioquímica da visão; fisiologia ocular; neuroanatomia; óptica fisiológica; neurovisão; patologia ocular; processos refrativos; avaliação de saúde ocular; avaliação funcional do olho; farmacologia; semiologia ocular; análise optométrica; baixa visão; ortóptica; psicologia aplicada à saúde; contatologia; ergonomia da visão; optometria pediátrica; prática optométrica; prótese ocular, entre outras.

Não se pode afirmar que tal profissional qualificado (tecnólogo ou bacharel) tenha os mesmos conhecimentos técnico-científicos dos práticos ou simples técnicos em optometria (nível médio).

Diante desse cenário, em razão da alteração paulatina – pelo menos desde o surgimento dos primeiros profissionais com formação tecnológica ou bacharelado, das qualificações técnicas que permitam outros profissionais a realizar prescrição de órteses e próteses oftalmológicas –, penso que não cabe ao Poder Judiciário, mas ao Poder Legislativo reconhecer essa qualificação profissional por meio do instrumento adequado.

Até porque liberar o exercício a todos os optometristas *“contemporâneos graduados por instituição de ensino superior devidamente reconhecida pelos órgãos competentes”* – como quer a arguente – poderia gerar caos no correspondente mercado e insegurança jurídica frente à diversidade de formação (tecnólogos e bacharéis), ante não competir ao Poder Judiciário diferenciá-los precariamente.

Nesse ponto, é importante mencionar que tramitou no Parlamento o

ADPF 131 / DF

Projeto de Lei do Senado 234/2010, de autoria do Senador Sérgio Zambiasi (Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/98047>. Acesso em: 6.11.2017).

Em síntese, procurava regulamentar a profissão de optometrista dos graduados em curso superior específico, autorizado pelo MEC, com atuação em pesquisa, promoção, prevenção, avaliação e reabilitação na área da saúde visual, além de estabelecer marco jurídico para o exercício do mister.

Como norma de transição, concedia o prazo de oito anos para que os atuais técnicos em optometria (formação de ensino médio) pudessem realizar graduação em cursos universitários de optometria. Entretanto foi arquivado ao final da legislatura.

Desse modo, a melhor solução seria manter a vigência das normas questionadas, apesar de reconhecer seu processo de inconstitucionalização, por prazo razoável, conclamando ao legislador que, diante do recrudescimento da capacidade técnico-científica da atividade do optometrista, regulamente a profissão diante do fato de o próprio Estado fomentar essa atividade com o reconhecimento de cursos de graduação para os tecnólogos e bacharelados.

Essa parece ser a interpretação possível ante o inegável processo de inconstitucionalização decorrente de profunda mudança fáticas dos optometristas graduados em curso tecnológico ou de bacharelado em optometria.

Essa técnica de julgamento não é nova na jurisprudência desta Corte, consoante se percebe da seguinte ementa:

“Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): **processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação**

ADPF 131 / DF

por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328". (RE 147776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 19.6.1998, grifo nosso)

É inegável que a opção desenvolvida pelo STF inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do apelo ao legislador, especialmente nas situações imperfeitas ou no processo de inconstitucionalização. Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária.

Não há negar, ademais, que aceita a ideia da situação ainda constitucional, deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o apelo ao legislador e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão muito próximos do prisma conceitual ou ontológico.

ADPF 131 / DF

Essas considerações demonstram que razões de segurança jurídica podem revelar-se aptas a justificar a não aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados segurança jurídica e excepcional interesse social se revestem de base constitucional.

No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais.

O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado caso se demonstre, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (Cf., a propósito do direito português, Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 716).

Observe-se que sequer o argumento de que a existência de uma decisão alternativa acabaria por debilitar a aplicação da norma constitucional há de ter acolhida aqui. Como observa Garcia de Enterría, se não se aceita o pronunciamento prospectivo, não se declara a inconstitucionalidade de um número elevado de leis, permitindo que se crie um estado de *greater restraint* (Cf., Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional*, cit., p. 13). Tudo indica, pois, que é a ausência de uma técnica alternativa à simples declaração de nulidade que pode enfraquecer a aplicação da norma constitucional.

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança

ADPF 131 / DF

jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

Anoto que, a despeito do caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o art. 282 da Constituição portuguesa, a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio de proporcionalidade.

A propósito, Rui Medeiros assinala que as três vertentes do princípio da proporcionalidade têm aplicação na espécie (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Peculiar relevo assume a proporcionalidade em sentido estrito na visão de Rui Medeiros:

“A proporcionalidade nesta terceira vertente tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as conseqüências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo, e, concretamente, o confronto entre interesses afectado pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em conseqüência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória.

Todavia, ainda quanto a esta terceira vertente do princípio da proporcionalidade, não é constitucionalmente indiferente perspectivar o problema das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade do lado da limitação de efeitos ou do lado da própria declaração de inconstitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia ex tunc tem, manifestamente prioridade de aplicação. Todo o sistema de fiscalização de constitucionalidade português está

ADPF 131 / DF

orientado para a expurgação de normas inconstitucionais. É, aliás, significativa a recusa de atribuição de força obrigatória geral às decisões de não inconstitucionalidade. Não basta, pois, afirmar que o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica -- que a eficácia ex tunc da declaração plenamente potencia com o interesse na eliminação do factor de incerteza e de insegurança que a retroactividade, em princípio, acarreta (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 308/93). É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroactiva e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo". (Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit ., p. 703/704)

Na espécie, não parece haver dúvida de que em um juízo rigoroso de proporcionalidade recomenda-se a manutenção da proibição de prescrição de lentes óticas pelos optometristas (ou venda sem prescrição médica), independentemente de serem práticos ou qualificados, até que o Congresso Nacional possa deliberar sobre o mercado desses profissionais. É um daqueles casos notórios, em que a eventual decisão de carácter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

A propósito, recorde-se a decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 22 de maio de 1963, que revela exemplo clássico do *processo de inconstitucionalização* (*Verfassungswidrigwerden*) em virtude de uma mudança nas relações fáticas. Ressaltou-se, nesse acórdão, que, devido à significativa alteração na estrutura demográfica das diferentes unidades federadas, a divisão dos distritos eleitorais, realizada em 1949 e preservada nas sucessivas leis eleitorais, não mais atendia às exigências demandadas do princípio de igualdade eleitoral (BVerfGE 16, 130 s.) (Lei Fundamental, art. 38).

O Tribunal absteve-se, porém, de pronunciar a inconstitucionalidade sob a alegação de que tal situação não podia ser constatada na data da promulgação da lei (setembro de 1961) (BVerfGE 16, 130 (141/142)).

ADPF 131 / DF

O *Bundesverfassungsgericht* logrou infirmar, assim, ofensa ao art. 38 da Lei Fundamental. Conclamou-se, porém, o legislador *a empreender as medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, com a redução da discrepância existente para patamares toleráveis*.

Essa exortação do Tribunal foi atendida com a promulgação da Lei de 14 de fevereiro de 1964 (*Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes*). Assinale-se que esse caso estava marcado por peculiar dilema. Caso o *Bundesverfassungsgericht* tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei que disciplinava a divisão dos distritos eleitorais, ter-se-ia de reconhecer a invalidade das últimas eleições parlamentares e, por conseguinte, a ilegitimidade do Parlamento e do próprio Governo. Nessa hipótese, inexistiria órgão com legitimidade para promulgar uma nova lei eleitoral, uma vez que a legislatura anterior já se havia encerrado (Lei Fundamental, art. 39, parágrafo 1º, 2º período) e a disposição sobre o *estado de necessidade legislativa* (*Gesetzgebungsnotstand*) não se mostrava aplicável à situação em apreço (Lei Fundamental, art. 81) (Rupp v. Brüneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, 1970, p. 372; Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht* , 1985, p. 182; Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlim, 1985, p. 211).

Dessa forma, a opção legal pela necessidade de “*qualificação profissional*”, apesar de restringir o direito fundamental à liberdade profissional dos optometristas com formação profissional superior (tecnóloga ou bacharelado), não permite sua liberação indiscriminada ao menos na atual senda pelo Poder Judiciário.

Nesse ponto, reforço que a leitura proposta para o princípio da proporcionalidade não se opõe diretamente à existência de “*uma única resposta correta*”, mas tão somente leva em conta o princípio da separação dos Poderes para, com base na esfera de conveniência legislativa, afirmar que, apesar de existir violação atual ao texto constitucional para os profissionais qualificados, o Poder Legislativo deve ser instado a manifestar-se e exercer o papel de regulamentar tal nicho profissional.

Isso porque, considerando o incremento dos profissionais tecnólogos

ADPF 131 / DF

ou bacharéis, o Poder legiferante deve ser concitado a editar norma acolhendo a pretensão de parcela ou totalidade dos optometristas e suas especificidades, cabendo-lhe a prerrogativa de atender à reserva legal prevista no art. 5º, XIII, da CF/1988 em relação às atividades com potencial lesivo.

Assim, concluo que a atual disciplina legislativa foi recepcionada pelas Constituições posteriores à edição dos Decretos 20.931/32 e 24.492/34, inclusive a CF/1988, até o surgimento de tecnólogos ou bacharéis em optometria, apelando ao legislador que, em face de fatos supervenientes e estudos renovados, possa concluir pela necessidade premente de regulamentação para a categoria, orientada por imperativos de qualificação profissional e respeito à saúde pública.

Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente a presente arguição para:

1) declarar a recepção dos arts. 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e arts. 13 e 14 do Decreto 24.492/34; e

2) realizar apelo ao legislador federal para apreciar o tema, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria.

É como voto.

29/06/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 131
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E
OPTOMETRIA - CBOO
ADV.(A/S) : ADALGISA ROCHA CAMPOS
INTDO.(A/S) : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM
ADV.(A/S) : GISELLE CROSARA LETTIERI GRACINDO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA -
CBO
ADV.(A/S) : JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA E OUTRO(A/S)

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do feito.

Acompanho, no que tange às preliminares, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, conhecendo da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Quanto ao mérito, entretanto, peço vênias ao Ministro Relator para apresentar divergência.

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que impugna os artigos 38, 39 e 41 do Decreto Presidencial 20.931, de 11 de janeiro de 1932 e os artigos 13 e 14 do Decreto Presidencial 24.492, de 28 de junho de 1934, os quais assim dispõem:

Decreto Presidencial 20.931/1932

Art. 38 É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial

ADPF 131 / DF

será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

Art. 39 É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.

Art. 41 As casas de ótica, ortopedia e os estabelecimentos eletro, rádio e fisioterápicos de qualquer natureza devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro das prescrições médicas.

Decreto Presidencial 24.492/1934

Art. 13 É expressamente proibido ao proprietário, sócio gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.

Art. 14 O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

O argumento central da presente ação é o de que ao mesmo tempo em que o Poder Público aprovou, fiscalizou e reconheceu a formação de profissionais do curso superior de optometria, ele, por outro lado, vem mantendo restrição desproporcional ao exercício profissional desses egressos, afrontando com isso os artigos 1º, III e IV; 3º, I; 5º, *caput*, II, XIII, XXXV. LIV, e seus §§ 1º e 2º; 60, § 4º, IV; 170, IV, VII e VIII; 205; 209; 214, IV e V, todos da Constituição Federal.

A questão posta à apreciação desta Suprema Corte diz respeito, portanto, à recepção, ou não, pelo ordenamento constitucional de 1988, dos decretos presidenciais 20.931/1932 e 24.492/1934, os quais restringem o exercício profissional dos graduados em Optometria – vedando-lhes, em síntese, a instalação de consultórios especializados, a realização de exames de acuidade visual e a prescrição de lentes de grau –, sob o

ADPF 131 / DF

argumento de que tais normas afrontam, especialmente, o art. 5º, XIII, da Constituição da República.

A concretização da liberdade do exercício das profissões, nesta Suprema Corte, estabeleceu-se, no julgamento do RE 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 12.11.2009, no sentido de que a reserva legal estabelecida no art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, não confere ao legislador o poder de restringir tal direito fundamental, até o ponto de atingir o núcleo essencial do exercício da liberdade profissional. Assim foi redigida, na parte que interessa, a ementa desse julgado:

(...)

4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

(...)

ADPF 131 / DF

Tal compreensão foi referendada no julgamento do RE 414.426/SC, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 10.10.2011, por meio de decisão no sentido de que a regulamentação dos ofícios e profissões deve pautar-se pela liberdade, somente se justificando a possibilidade de restrições legais para aquelas profissões em que resta caracterizado inequívoco potencial lesivo da respectiva atividade. Eis a emenda do referido julgado:

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 condicionadas 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.

Inequívoca, portanto, a compreensão desta Suprema Corte, sobre a excepcionalidade da autorização dada ao legislador ordinário quanto à restrição da liberdade profissional, a qual somente pode ser implementada quando for inequívoca, ainda que potencial, a situação de lesão a ser eventualmente originada pelo livre exercício das atividades respectivas.

Na verdade, como bem registrou o Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 414.426/SC, desde a Constituição de 1891, este Supremo Tribunal entende que o poder regulador do Estado, no que tange ao exercício de atividade profissional, não é um poder absoluto, ou seja, *“(...) a regulação normativa só poderia incidir sobre profissões cujo exercício importasse em dano efetivo ou em risco potencial para a vida, a liberdade, a saúde ou a segurança das pessoas em geral.”* Nesse sentido argumentou o Ministro

ADPF 131 / DF

Celso de Mello, com sua peculiar percuciência:

É preciso deixar claro, (...), que regulamentar uma profissão significa restringir-lhe o exercício o que somente se legitimará, examinado esse tema sob perspectiva constitucional, se a prática de determinado ofício configurar situação de risco para a coletividade.

Vê-se, daí, a excepcionalidade de que se reveste a intervenção normativa do Estado em matéria de regulamentação profissional.

Verifica-se, pois, que os decretos presidenciais, ora sob análise, impõem restrições ao exercício profissional dos optometristas, elencando vedações que não encontram respaldo nos limites do potencial risco de lesão a ser originada das respectivas atividades. A vedação de instalação de consultórios especializados, de proceder-se a exames de acuidade visual e a de prescrever lentes de grau não atendem aos critérios consolidados, para casos análogos, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Se, dentre as atividades destinadas aos profissionais da optometria, a legislação impõe restrições que aniquilam a própria possibilidade do exercício autônomo das atividades em si (como a proibição de montar consultórios especializados e a de fazer exames de acuidade visual), esta não deve prevalecer, por falta de harmonia com o art. 5º, XIII, da CFRB.

E aqui ressalto que tal compreensão, registrada na Representação 1.056/DF, Relator Ministro Décio Miranda, Tribunal Pleno, DJ 26.08.1983, já era possível colher do voto do Ministro Néri da Silveira:

Dessa sorte, não cabe considerar a equipe multiprofissional, que atua na preservação das condições satisfatórias da vida ou na recuperação da saúde física e mental das pessoas, segundo uma visualização de puras relações de subordinação, mas antes num interrelacionamento em que predominam as relações de coordenação. Se é certo que se reservam, nessa equipe integrada, funções de direção ao

ADPF 131 / DF

médicos, via de regra, isso não significa transformar todos os demais profissionais da saúde em meros auxiliares dos médicos, sem personalidade profissional. Há uma especificidade técnica e científica, para cada uma dessas atividades profissionais, que se vão definindo, na área de saúde, à medida em que o desenvolvimento científico e técnico dos povos lhes permite o acesso às formas mais especializadas de preservar as condições de saúde (aspecto preventivo) e de recuperá-las (aspecto curativo). Ultrapassada se faz, assim, a quadra do tempo em que o médico, como único cientista da saúde, mantinha, sob seu controle científico, técnico e administrativo, toda uma equipe de auxiliares, sem habilitação científica e técnica, mas apenas com conhecimentos empíricos, hauridos na experiência da vida e na repetição, assistemática e desordenada, de atos que as necessidades de sua execução, sob orientação do médico, deles exigiam. Hoje, em decorrência disso, não só nos países mais desenvolvidos, mas também naqueles como o Brasil, apresentam progresso extraordinário nos domínios científico e tecnológico, inclusive no que concerne à prevenção das doenças e à recuperação da saúde ou à reabilitação dos deficientes, as definições dos campos de atuação profissional, com indiscutível marca de autonomia, vem sendo objeto de legislação específica, não só quanto à delimitação das áreas de desempenho, mas ainda no que concerne à lógica consequência de reserva de atividades a serem privativamente executadas. Resulta disso, em certos campos, que a convivência dos profissionais de saúde já logrou fazer-se em inteira harmonia, com o reconhecimento de cada qual à habilitação científica e técnica dos demais co-participantes.

Diga-se, pois, nessa mesma linha, que as atividades dos optometristas não se sobrepõem àquelas privativas dos médicos, dispostas na Lei 12.842/2013, constituindo-se funções técnicas complementares às referidas atividades privativas dos profissionais da medicina.

ADPF 131 / DF

A declaração de não recepção das normas impugnadas na presente ação, entretanto, não significa liberdade irrestrita da atuação desses profissionais no atendimento dos pacientes que necessitam de orientações sobre acuidade visual. A habilitação técnica dos optometristas seguirá a regência que esta profissão recebe dos órgãos competentes, bem como os limites expressos na legislação que regulamenta o exercício das profissões a ela subjacentes – notadamente a medicina.

Ante o exposto, **julgo procedentes** os pedidos da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, declarando não recepcionados pela Constituição de 1988, especialmente em face do art. 5º, inciso XIII, os artigos 38, 39 e 41 do Decreto Presidencial 20.931/1932 e os artigos 13 e 14 do Decreto Presidencial 24.492/1934.

É como voto.

29/06/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 131
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E
OPTOMETRIA - CBOO
ADV.(A/S) : ADALGISA ROCHA CAMPOS
INTDO.(A/S) : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM
ADV.(A/S) : GISELLE CROSARA LETTIERI GRACINDO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA -
CBO
ADV.(A/S) : JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA E OUTRO(A/S)

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tem-se arguição de descumprimento de preceito fundamental formalizada contra os artigos 38, 39, 41 do Decreto nº 20.931/1932, 13 e 14 do Decreto nº 24.492/1934, no que limitada a liberdade profissional dos optometristas.

Ausente a regulamentação da categoria, constitui passo demasiado largo realizar apelo ao legislador federal para apreciar o tema considerada a instituição de cursos de tecnólogo e bacharelado visando a formação e qualificação dos profissionais.

Mantenho-me fiel ao que venho sustentando, em se tratando da mora de outro Poder. Não cabe ao Supremo, sob pena de desgaste maior, fixar prazo ou rogar a atuação do Legislativo. É perigoso, em termos de legitimidade institucional, uma vez que, não legislando o Congresso Nacional, a decisão se torna inócua.

Ante os limites impostos, pelo Tribunal, ao exercício da jurisdição constitucional, divirjo do Relator quanto ao apelo feito ao Legislativo.

É como voto.

29/06/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 131
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E
OPTOMETRIA - CBOO
ADV.(A/S) : ADALGISA ROCHA CAMPOS
INTDO.(A/S) : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM
ADV.(A/S) : GISELLE CROSARA LETTIERI GRACINDO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA -
CBO
ADV.(A/S) : JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA E OUTRO(A/S)

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PROFISSÃO DE OPTOMETRISTA.

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental baseada na tese de não recepção de dispositivos pré-constitucionais que regulam a profissão de optometrista pela Constituição de 1988.
2. As proibições dirigidas aos optometristas em decretos da década de 1930 têm por base outra realidade, na qual esses profissionais não possuíam qualificação de nível superior, nem gozavam do reconhecimento e da importância que hoje têm em todo o mundo. Prova disso é que o art. 38 do

ADPF 131 / DF

Decreto nº 20.931/1932 proíbe, além dos optometristas, que enfermeiros, massagistas e ortopedistas atendam clientes, o que revela o anacronismo do texto.

3. Não há direito constitucional a reserva de mercado para médicos. O exercício da medicina ocorre nos termos da Constituição e da lei, que não deve instituir reservas de mercado sem justificativa razoável.

4. Pedidos julgados procedentes, para declarar não recepcionados pela Constituição de 1988 os artigos 38, 39 e 41 do Decreto n. 20.931/1932 e os artigos 13 e 14 do Decreto nº 24.492/1934.

1. Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (CBOO), com fundamento nos arts. 102, § 1º, e 103, IX, da Constituição Federal. A parte autora impugna os arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e os arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34.

2. Quanto às preliminares, acompanho o eminente relator, e conheço da presente Arguição de Descumprimento. No mérito, peço vênia para divergir, por entender que os dispositivos impugnados, contidos em decretos da década de 1930, são anacrônicos e não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

3. A presente ação funda-se primordialmente na tese da não recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos Decretos nº 20.931/1932 e nº 20.492/1934, por violação ao disposto no inciso XIII do seu art. 5º, que prega o livre exercício profissional (*“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*),

ADPF 131 / DF

bem como aos princípios da livre iniciativa, o direito à saúde universal e à educação, à liberdade de ensino e às diretrizes e bases, todos previstos na Constituição Federal.

4. As proibições dirigidas aos optometristas em decretos da década de 1930 têm por base outra realidade, na qual esses profissionais não possuíam qualificação de nível superior, nem gozavam do reconhecimento e da importância que hoje têm em todo o mundo. Prova disso é que o art. 38 do Decreto nº 20.931/1932 proíbe, além dos optometristas, que enfermeiros, massagistas e ortopedistas atendam clientes, o que revela o anacronismo do texto, assim reconhecido pelo Min. Sepúlveda Pertence em voto que proferiu nesta Corte, ao julgar o RMS 26.199:

“É claro que não me aventuraria, aqui, a descer a pormenores de saber se há atividades postas no Código Brasileiro de Ocupações que invadam ou não esta área tão bem-defendida do exercício médico.

O que creio, no entanto, é que seria um exercício de anacronismo julgar este caso, com base nestes decretos de 1932 e de 1934. Eu não tenho a menor dúvida. A não ser a questão formal de não se ter manifestado o Conselho Nacional de Saúde, o que se tem é um reconhecimento do Ministério da Educação de um curso em funcionamento, há longos anos, absolutamente regular. E seria, efetivamente, kafkiano que a esta altura, com base num decreto evidentemente defasado em termos de tecnologia da saúde, simplesmente eliminássemos essas profissões e atrás delas muitas outras de pacífico reconhecimento internacional como, por exemplo, o da neurociência.”

4. A profissão de optometrista existe em todo o mundo e desempenha uma função social relevante, de atendimento primário em matéria de saúde visual, especialmente em áreas carentes de atendimento oftalmológico. Tais profissionais são responsáveis pela correção não

ADPF 131 / DF

invasiva e não medicamentosa de ametropias (distúrbios de refração, como a miopia, a hipermetropia, a presbiopia e o astigmatismo), que constituem uma das principais causas de deficiência visual e de cegueira evitável. Trata-se de medidas que repercutem não apenas sobre a saúde, como também sobre a educação, ao impedir, por exemplo, a evasão escolar.

5. Não por outra razão, em todo o mundo os optometristas atuam em conjunto (e não contra) os oftalmologistas, encaminhando-lhes os casos patológicos com necessidade de tratamento médico. Cada qual tem o seu âmbito de atividade. A pretensão médica de atribuir caráter privativo à prescrição de órteses e próteses oftalmológicas não foi acolhida em lei, já que foi vetado o art. 4º, IX, da Lei nº 12.842/2013 (conhecida como “lei do ato médico”). O veto foi assim justificado:

“Os dispositivos impossibilitam a atuação de outros profissionais que usualmente já prescrevem, confeccionam e acompanham o uso de órteses e próteses que, por suas especificidades, não requerem indicação médica. Tais competências já estão inclusive reconhecidas pelo Sistema Único de Saúde e pelas diretrizes curriculares de diversos cursos de graduação na área de saúde. (...) No caso do inciso IX, a Organização Mundial da Saúde e a Organização Pan-Americana de Saúde já reconhecem o papel de profissionais não médicos no atendimento de saúde visual, entendimento este que vem sendo respaldado no País pelo Superior Tribunal de Justiça. A manutenção do texto teria um impacto negativo sobre o atendimento à saúde nessas hipóteses”.

6. Não há direito constitucional a reserva de mercado para médicos. O exercício da medicina ocorre nos termos da Constituição e da lei. A Constituição prevê que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (CF, art. 199), e não privativa de médicos. Mais ainda, prevê que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), lei essa que,

ADPF 131 / DF

naturalmente, deve observar a Constituição, e não instituir reservas de mercado sem justificativa razoável.

7. Frise-se que o STJ já validou a criação de curso superior de optometria (MS 9.469, Rel. Min. Teori Zavascki), inclusive delimitando o âmbito das atividades próprias de optometristas e oftalmologistas (REsp 975.322, Rel. Min. Luiz Fux).

8. Diante do exposto, julgo procedentes os pedidos da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para declarar não recepcionados pela Constituição de 1988 os arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/1932 e os arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/1934.

9. É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 131

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E OPTOMETRIA - CBOO

ADV.(A/S) : ADALGISA ROCHA CAMPOS (16813-B/PA)

INTDO.(A/S) : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM

ADV.(A/S) : GISELLE CROSARA LETTIERI GRACINDO (10396/DF, 38571/GO, 148117/MG, 17676-A/MS, 69776/PR, 2715-A/RJ, 93322A/RS, 212584/SP) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA - CBO

ADV.(A/S) : JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA (0013792/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para: 1) declarar a recepção dos arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34; e 2) realizar apelo ao legislador federal para apreciar o tema, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Celso de Mello. Falaram: pelo interessado Conselho Brasileiro de Oftalmologia - CBO, o Dr. Gabriel Ramalho Lacombe; e, pelo interessado Conselho Federal de Medicina - CFM, o Dr. José Alejandro Bullon Silva. Plenário, Sessão Virtual de 19.6.2020 a 26.6.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário