



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR GILMAR MENDES

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 131

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

AMICUS CURIAE: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM, na condição de *amicus curiae*, na presente demanda, por seus procuradores infra-assinado, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, em face do acórdão mediante o qual a Suprema Corte conheceu dos Embargos de Declaração com efeitos modulativos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 131, opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, com fundamento no Art. 1.022 do Código de Processo Civil c/c Artigo 337, *caput* do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Conforme tanto o diploma processual cível como o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, ambos estabelecem o prazo de 5 (cinco) dias para oposição dos Embargos de Declaração (Art. 1023, CPC e Art. 337 § 1º, RISTF).

Dito isto, tem-se por tempestivo o presente recurso, em razão do Acórdão Embargado ter sido publicado em 05/11/2021, e, computando-se somente os dias úteis, conforme previsão da normativa processual cível, o prazo findar-se-á em 12/11/2021, sexta-feira. Portanto, é manifestamente tempestivo o apelo.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

II. DA SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

A presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 131, foi distribuída pelo Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria – CBOO no ano de 2008, com o objetivo de não recepção dos Artigos 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto 24.492/34.

Estes dispositivos dispõem sobre impedimentos relativos à ocupação dos optometristas e as casas de ótica, proibindo terminantemente a instalação de consultório para atendimento de clientes, a confecção e comercialização de lentes de grau sem prescrição médica, bem como escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau.

Em síntese o CBOO alega que os decretos supracitados violam a liberdade profissional (art. 1º, IV art. 5ºXIII, CF/88), a livre iniciativa (Art. 1º, IV, CF/88), o princípio da isonomia (Art. 5º, LIV), dentre outras.

Ao julgar o processo em sessão virtual de 19 a 26 de junho de 2020, esta Corte Suprema decidiu pela **IMPROCEDÊNCIA** da ADPF, e declarou então a recepção dos arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos Artigos 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34, validando todo o texto legislativo analisado.

Realizou ainda apelo ao legislador federal para apreciar o tema, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria e tendo em vista que é competência do Congresso nacional, e não do Supremo Tribunal Federal, a criação de direitos relativos ao exercício profissional.

Em sequência, houve oposição de Embargos de Declaração pela Procuradoria-Geral da República e também pelo CBOO, dotado de efeitos modificativos segundo a PGR: *para que a sua operabilidade somente tenha início quando sobrevier legislação do Congresso Nacional que discipline a matéria versada na ADPF 131, na forma do apelo ao legislador apresentado no acórdão embargado.*



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

E segundo o CBOO: *para que as vedações por eles impostas apliquem-se exclusivamente aos práticos, excluindo-se expressamente das vedações os profissionais que tenham sido qualificados por: (i) instituição de ensino regularmente instituída mediante autorização do Estado e por ele reconhecida ou sucessivamente por (ii) instituição de ensino superior (...)*

Ao julgar os Embargos Declaratórios o plenário desta Suprema Corte, assim decidiu, por unanimidade de votos, conhecer dos embargos para, no mérito, dar parcial provimento, nos seguintes termos:

1. Sanar omissão quanto à manifestação expressa de indeferimento de pedido de destaque para julgamento presencial da presente ADFP.
2. Integrar o acórdão embargado, promovendo a modulação dos efeitos subjetivos da anterior decisão de recepção dos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 quanto aos optometristas de nível superior, e
3. Firmar e enunciar expressamente que as vedações veiculadas naquelas normas não se aplicam aos profissionais qualificados por instituição de ensino superior regularmente instituída mediante autorização do Estado e por ele reconhecida, nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes.

É a breve síntese do feito.

III. DAS RAZÕES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

a. PRELIMINARMENTE

i. LEGITIMIDADE – CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR *AMICUS CURIAE*

Após o advento do Código de Processo Civil de 2015, a figura do *amicus curiae* passou a ser previsto expressamente pelo Artigo 138, suas razões e especificações ficaram esclarecidas desde o anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, em que expõe que:

“levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do País”.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Nestas condições, e por não expressar de modo concreto como deverá ser realizada a atuação do *Amicus Curiae*, bem como seu limite na demanda requisitada, o legislador deixou à critério do Relator, conforme §2º do Artigo 138 do CPC/2015, definir os poderes do *amicus curiae* na demanda, autorizando ainda pelo § 1º a oposição de embargos de declaração. **Neste sentido, o STF sempre admitiu embargos de declaração com maior amplitude que os outros tribunais (v. RISTF 337, NOTA 3).**

Na mesma linha, pela inadmissibilidade de interposição recursal irrestrita, Nelson Nery Junior e Rosa Nery entendem que o “*amicus curiae* poderá apresentar razões, manifestações por escrito, documentos, memoriais etc.”, no entanto, careceria de legitimidade recursal, tendo em vista que o instituto “não está contido na relação processual, [...] ele não possui interesse jurídico na causa”².

Todavia, Excelências, a própria doutrina defende a ampliação da legitimidade recursal do instituto³, quando o cabimento do recurso esteja adstrito ao interesse institucional que motiva sua intervenção⁴, exigindo-se limites mínimos e máximos para a atuação do *amicus curiae*, cabendo-se então ao Magistrado a delimitação desses poderes,

Para Eduardo Talamini, deve-se haver o estabelecimento de limites máximos e mínimos, destacando-se entre os mínimos, a sustentação oral, petição nos próprios autos, e principalmente e especialmente **os embargos de declaração**, tendo em vista que, em contrapartida, os limites máximos se consubstanciarão na “impossibilidade de atribuição de legitimidade recursal generalizada ou de outros poderes em grau equivalente aos das partes”⁵.

¹ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, **ressalvadas a oposição de embargos de declaração** e a hipótese do § 3º.

² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 626.

³ CABRAL, Antonio do Passo. *O amicus curiae no Novo Código de Processo Civil*. In: *O Novo Processo Civil brasileiro. Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux*. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). vol. 1. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no IRDR, no RE e REsp repetitivos: suíte em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. In: DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias. (Org.). *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência após o primeiro ano de vigência do novo CPC em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁵ TALAMINI, Eduardo. *O amicus curiae e as novas caras da Justiça*. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional (A&C)* (impresso), n. 79, jan./mar. 2020, p. 163.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Dito isto, pela alta relevância e peculiaridade quanto à matéria, há a necessidade de intervenção no feito pelo Conselho Federal de Medicina, para os fins de aclarar alguns pontos do acórdão dos Embargos de Declaração no Julgamento da ADPF 131, conforme se passará a discutir, devendo-se ser afastado todo e qualquer entendimento quanto a ilegitimidade do *amicus curiae* em opor embargos de declaração em sede de controle concentrado de constitucionalidade, devendo, por exceção, ser aplicado a possibilidade do Artigo. 138 § 1º do CPC.

Destaca-se ainda que em razão ao princípio da eventualidade, mesmo que não conhecido os embargos de declaração, o relator pode, de ofício, corrigir o acórdão, explicitando-o (STF-Pleno, Rp 1.091-1-Ecl-PA, rel Min. Rafael Maeyer, j.1.2.82 determinaram, de ofício, a explicitação do acórdão, nos termos propostos pelo relator, v.u., DJU 10.12.82, p.17.787).

Ademais, conforme entende esta Corte, *os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal.* (STF-2ª Turma, AI 163.047-5-5-PR-AgRg-EDcl, rel. Min Marco Aurélio, j. 18.12.95, receberam os embargos, v.u. DJU 8.3.96, p.6.223).

Nesta linha de raciocínio, o Egrégio STJ já vem se posicionando quanto aos poderes do *amicus curiae* nos processos em que atua, consignando o seguinte em recente jurisprudência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA DE NATUREZA REPETITIVA. [...] EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO AMICUS CURIAE. OMISSÃO PELA AUSÊNCIA DE SUA INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. [...] IV. A Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal - CONDSEF, admitida no feito como *amicus curiae*, "que poderá trazer aportes técnicos para o debate judicial", opõe Embargos de Declaração, alegando omissão, quanto à necessidade de sua intimação para efetivar sustentação oral, com a declaração de nulidade da sessão de julgamento do processo, realizada em 28/11/2018, e dos atos processuais subsequentes. V. **Consoante jurisprudência firmada no STF e no STJ, o amicus curiae atua como "ajudante", "auxiliar" do magistrado na tarefa hermenêutica, cujo único objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, e não defender ou**



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

auxiliar uma das partes. Assim, é preciso diferenciar o interesse institucional, essencial a quem pretenda intervir como amicus curiae, em processo alheio, com o fim de esclarecer as questões relacionadas à matéria controvertida, do interesse jurídico de quem somente almeja a vitória de um determinado posicionamento, defendido por uma das partes. Com efeito, de há muito, o STF entende ser imprescindível "a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público" (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, DJe de 20/06/2008). Isso porque "não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um ato de admissão informal de um colaborador da corte. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, **o amicus curiae, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador**" (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 30/04/2008). Em igual sentido, decidiu o Plenário do STF, que "a presença de amicus curiae no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado" (STF, ED na ADI 3460, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 12/03/2015). Nesta Corte, no mesmo sentido: STJ, AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 28/03/2017; AgInt no REsp 1.587.658/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/12/2017. VI. O CPC de 2015, ao expressamente dispor que cabe ao juiz ou ao relator a competência para avaliar a necessidade e a utilidade da intervenção do amicus curiae no feito (art. 138), bem como de sua manifestação por escrito ou de sustentação oral, no momento processual adequado (art. 138, § 2º), reafirmou que não se trata de um direito subjetivo do amicus curiae, mas de uma faculdade conferida ao magistrado. [...] (STJ - EDcl no REsp: 1617086 PR 2016/0198661-4, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 09/10/2019, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 15/10/2019)

Desta forma, é necessário esclarecer e ressaltar que o intuito do presente aclaratório, apresentado pelo CFM como *amicus curiae* na presente ADPF, visa apresentar subsídios e informações a fim de qualificar o debate e o contraditório, buscando sempre a mais justa e técnica decisão, não havendo o que se falar em interesses subjetivos, corporativos ou classistas, já que se trata o apelo cujo objetivo seja de declarar os precisos contornos acerca do objeto da deliberação colegiada em sede de controle de constitucionalidade, trazendo-se novos fundamentos processuais à apreciação desta Suprema Corte.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Cumpra, ainda, salientar, que o CFM, como *amicus curiae*, trouxe a essa Egrégia Suprema Corte as questões atinentes à ética médica, no caso em tela, para a prescrição de lentes. São funções do médico oftalmologista: examinar os olhos e prescrever, se necessário, os óculos. São funções do óptico: aviar e vender os óculos.

O Código de Ética Médica diz no seu artigo 98:

“É vedado ao médico exercer a profissão com interação de farmácia, laboratório farmacêutico, óptica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação ou comercialização de produtos de prescrição médica de qualquer natureza”.

Atentando contra o fator modulador, que protege o consumidor e, pior, contra a saúde ocular da população, surge um elemento com interesses puramente mercantilistas: o optometrista, que pretende receitar, aviar e vender os óculos. O optometrista não está apto a detectar as diversas doenças sistêmicas com repercussão ocular: diabetes mellitus, hipertensão arterial sistêmica e cardiopatias, tumores oculares (retinoblastoma, melanoma) e extra-oculares, doenças bacterianas e virais (AIDS, citomegalovírus, por exemplo), hemopatias, artropatias, nefropatias, imunopatias, colagenose, tuberculose, toxoplasmose, dentre tantas outras. Nem mesmo as causas oculares de cegueira: descolamento de retina, degeneração macular relacionada à idade, degenerações retinocoroidianas, vasculopatias obstrutivas, neurites e neuropatias ópticas. Sequer as principais causas de cegueira reversíveis com cirurgias: cataratas e distrofias corneanas. Ele furta ao paciente a chance do diagnóstico de sua doença ocular, o qual, desavisado, deverá ter seu quadro visual e ocular deteriorado, na ilusão de que fora submetido ao exame oftalmológico por aquele profissional de branco (optometrista) que ele acredita ser um médico. O exame de refração é indissociável do exame médico oftalmológico. É um momento crucial da proteção médica ao paciente com queixa visual.

Nem sempre a correção ou a neutralização de uma determinada ametropia (com óculos, lentes de contato ou mesmo através de cirurgias) é capaz de restituir a visão do paciente, porque a função visual depende também da saúde de todas as demais estruturas oculares. Por exemplo, um paciente míope portador de uma alteração de sua mácula (seja degenerativa, inflamatória, traumática, genética, infecciosa, etc.) pouco ou nenhum benefício terá com a correção de sua miopia e só é possível melhorar sua acuidade visual com o diagnóstico e tratamento correto de sua patologia macular. E os exemplos são muitos, dezenas de centenas.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Isto posto, pugna-se pelo conhecimento dos Embargos de Declaração com intuito de auxiliar esta Suprema Corte nos esclarecimentos que requerem a atenção no Acórdão que conheceu e julgou parcialmente procedente os Embargos de Declaração na ADPF 131, rogando-se, *data máxima vênia*, e subsidiariamente que, em caso de entendimento diverso, o que não se espera, seja o presente aclaratório recebido como petição intercorrente para os fins de sanar a obscuridade apontada no venerado acórdão, conforme se passará a alinhar.

ii. DO RISCO DE NULIDADE DA DECISÃO EM SEDE DE EMBARGOS

Fortes nas razões para o acolhimento dos presentes embargos, reiterando-se que o objetivo dos aclaratórios é fornecer subsídios relevantes à Nobre Corte para os fins de se buscar a tutela jurisdicional em seu sentido estrito, faz-se mister frisar que se saltam aos olhos que o referido acórdão dos Embargos de Declaração se encontra eivado por nulidade, na medida em que altera decisão do plenário, o que não pode passar despercebido pelos Eméritos Julgadores.

Ora, desde os primórdios do Direito, tanto a lide quanto as decisões proferidas precisam alcançar o fim a que se destina, ou seja, é necessário que a tutela jurisdicional seja prestada de forma clara, objetiva e completa, ausente de obscuridade, omissão ou contradição.

Havendo estes vícios, há então a real necessidade de análise do acórdão, através da oposição dos presentes embargos, justamente para sanar as lacunas decisórias, solucionando as questões obscuras, omitidas e contraditas, alcançando-se assim a almejada pacificação do entendimento e respeito a legislação constitucional.

Logo, a falta da decisão de um dos elementos essenciais na prolação do acórdão põe em risco o ordenamento jurídico pátrio, que deverá por meio eficaz e necessário garantir a segurança jurídica e a paz social.

Todavia, este não é o cenário deduzido do Julgamento dos Embargos Declaratórios opostos tanto pela PGR, quanto pelo CBOO. Em verdade, àquele recurso, ambos buscaram efeito diverso, para modificar o *decisum* primário, e, por esta razão, se o acórdão não está eivado de nenhum desses vícios, os embargos não podem ser recebidos, sob pena de ofender o art. 535, CPC (Precedentes: RSTJ 59/170).



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Percebe-se que os Embargos opostos pelas partes, PGR e CBOO, buscaram a modulação de efeitos que já haviam sido decididos a crivo do julgamento da ADPF 131, tendo inclusive este Douto Ministro Relator ter proferido fundamento e esclarecimento acerca dos impedimentos dos optometristas ao caso. Destaca-se trechos:

(...) 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).

(...) 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.

(...) 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.

(...) É certo também que tal circunstância não pode ser elasticada 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.

Neste sentido, percebe-se que *os embargos de declaração não constituem recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão (Bol. AASP 1536/122)*, e por isso não deve conhecer de pedido novo das partes com efeito eventualmente modificativo da decisão embargada. (STF-RT 720/299).



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Ademais, é importante rememorar que o Julgamento do Plenário do STF, como o nobre saber jurídico de Vossas Excelências certamente corrobora, **é IRRECORRÍVEL**, ou seja, não cabe nenhum outro recurso infringente em matéria constitucional, em consonância com as súmulas 293⁶ e 455⁷ desta Suprema Corte, além da letra expressa da Lei nº 9.882/99 (Lei da ADPF) que dita em seu artigo 12 que **“A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória”**.

Por esta razão os Embargos de Declaração visivelmente buscaram a reapreciação da matéria já decidida – em evidente impossibilidade jurídica, não podendo ser conhecido o recurso que, sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra, sob pena de incorrer em patente nulidade.

Ora, este *amicus curiae* não pode ficar inerte quanto a presente decisão, onde se denota que tal versículo tenha passado despercebido quando do julgamento do apelo, demonstrando-se a pertinência do presente *petitum*.

Assim, sendo os embargos declaratórios apelos de integração e não substituição, alterar a decisão colegiada em sentido estrito acarreta evidente nulidade e afronta à legislação pátria, o que se busca evitar e trazer à apreciação desta Nobre Corte.

iii. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA – EFEITOS MODULATIVOS EM AÇÃO IMPROCEDENTE

Conforme relatado, a Ação em comento, de Descumprimento de Preceito fundamental, foi julgada improcedente, recepcionando então os Artigos e Decretos vigentes à época de 32 e 34 aos dias atuais.

⁶ Súmula 293-STF: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais.

⁷ SÚMULA 455-STF: Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo tribunal pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Contudo, em clara impossibilidade jurídica, houve a oposição de Embargos de Declaração que visa a modulação de efeitos em Ação julgada **IMPROCEDENTE**, ou seja, flexibilizando o sistema da nulidade absoluta e permitindo a modulação de efeitos em declaração de constitucionalidade.

Ora, não pode haver modulação de efeitos de uma decisão que recepcionou decretos e os declarou constitucionais com entendimento inconstitucional aplicado à uma reserva ocupacional da optometria, sob pena de incorrer em quebra de princípios como a segurança jurídica, do interesse social, boa fé e proteção da confiança legítima.

De fato, o inverso já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como possível, ou seja, o reconhecimento parcial da inconstitucionalidade de uma norma. Todavia, estamos presentes de uma anomalia jurídica, **reconhecendo uma espécie de inconstitucionalidade seletiva, o que não é permitido pela Carta Magna**.

Veja-se o que preconiza o Art. 11 da Lei n.º. 9.882/1999:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Não há atualmente a possibilidade jurídica de uma norma ser inconstitucional para uns, e constitucional para outros, não havendo, portanto, a possibilidade de efeitos modulativos em decisão que julgue improcedente a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, onde fora recepcionado os artigos pela própria Constituição Vigente.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

E não poderia ser diferente: uma vez que a norma apreciada não afronta a constituição, não há o que ser modulado; sob pena de incorrer em grave injustiça social e insegurança jurídica, visto que a decisão, *máxima vênia*, encontra-se *contra legem*.

Ademais, os efeitos modulativos servem para restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a que venha ser fixado, e não em modificar todo o entendimento e autorizar que somente uma parcela da norma tenha vigência pra determinado público-alvo. Tal decisão é atemporal, e desprovida de percalço jurídico, não havendo possibilidade expressa no Artigo 27 da Lei 9.868/99, por inexistência da possibilidade de reconhecer a norma como constitucional e decretar a inconstitucionalidade superveniente somente para uma classe em específico.

Isto posto, conclui-se que conforme a *exposição de motivos* do projeto de lei que deu origem à referida Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada, pode estabelecer limites ao efeito de **declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro***, não havendo a possibilidade do estabelecimento de limites ao efeito de declaração a norma reconhecida constitucionalmente com uma suposta eficácia *ad partes*.

iv. PRINCÍPIO DA NÃO INTERFERÊNCIA DOS PODERES

Destarte, como premissa do apelo ordinário quanto ao recente *decisum*, com o fito de chamar atenção desta Excelsa Corte, cabe-nos consignar e reiterar o *principium* máximo da nossa Constituição, a Tripartição dos Poderes. O momento histórico do surgimento das bases teóricas da trilogia das funções do Estado é abordado por Pedro Lenza, veja-se:

“As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.”⁸

⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 16 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 481.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O objetivo fundamental deste princípio é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, insto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas⁹. Ou seja, é a garantia de equilíbrio político minimizando os riscos de abuso de poder.

Feitas as breves considerações, é imperioso destacar neste momento o risco devido ao Poder Judiciário em invadir a competência legislativa e preceituar na forma de autorização o que, e em qual base, poderão os optometristas atuar, sem que haja expressa previsão legal.

A decisão proferida no Acórdão fere claramente o princípio da indelegabilidade de atribuições, o que, com o devido respeito e acatamento, **torna a referida decisão claramente *praeter legem***.

O Princípio supracitado, aduz que um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão, e diretamente, quando houve delegação por parte do poder constituinte originário, como exemplo das leis delegadas.

Isto posto, destaca-se que no próprio Voto do Eminentíssimo Ministro Relator, houve o destaque de que o assunto de regulamentação da ocupação *frequenta a pauta do Congresso Nacional de longa data*, Veja-se:

Em reforço à compreensão de que uma desarrazoada demora na regulamentação da profissão pode representar um malferimento ao núcleo essencial do direito ao livre exercício profissional, convém enunciar, exemplificativamente a tramitação de alguns projetos de lei que buscaram disciplinar do tema.

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

Acesso em: 19 Ago 2021), já citado em meu voto constante do acórdão ora embargado, acrescente-se o Projeto de Lei 369/2011, de autoria do então Deputado Marçal Filho (Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491794>><https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491794>> Acesso em: 19 Ago 2021), bem como o Projeto de Lei 1.791/2019, de autoria do então Deputado Assis Carvalho (Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2195634>> Acesso em: 19 Ago 2021).

Como se observa, o assunto frequenta a pauta do Congresso Nacional de longa data e eventual demora na regulamentação tende a se mostrar incompatível com a situação fático-jurídica diferenciada quanto aos optometristas com formação superior.

⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Significado e atualidade da separação de poderes*. In: Agra, Walber de Moura; Castro, Celso Luiz Braga de; Tavares, André Ramos. *Constitucionalismo. Os desafios no terceiro milênio*. 1ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 143.



Contudo, e pelas razões aqui já descritas, repisa-se que não pode o Poder Judiciário exercer atribuições de outro Ente Federativo, e regulamentar por imposição a ocupação. Ademais, o próprio Senado Federal já se manifestou na ADO 64, proposta pelo CBOO, em resposta ao STF informando que o Legislativo não está omissos em relação a demanda, ao contrário do entendimento Exarado pela Suprema Corte, e sim simplesmente informa que se trata, a seu ver, de ***opção política legítima do parlamento de não regulamentar ou de não ampliar a regulamentação da ocupação de optometrista***. Destaca-se trecho:

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal estabelecer regulação provisória para a matéria, especialmente em questão tão sensível e que envolve os limites para o exercício das profissões de médico e de optometrista, sob pena de atuar como legislador positivo e de afrontar o princípio da divisão funcional do Poder (CF, art. 2º).

Isso vale especialmente para a hipótese destes autos, em que o pedido de liberação da prática profissional dos optometristas implica desconstituir um juízo de valor explícito realizado pelo Congresso Nacional quando rejeitou diversas tentativas de parlamentares de incluir, via emendas, referências aos optometristas no texto da Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, que trata sobre o exercício da Medicina. O ponto será mais bem explicado adiante.

Em suma, a pretensão acabaria por malferir o princípio da separação de Poderes, especialmente em sede de provimento cautelar, como postulado na petição inicial, porquanto a ordem constitucional não atribui ao STF, ainda que sob o pretexto de colmatar lacuna, poderes para inovar o sistema normativo e inaugurar um novo regime jurídico aplicável aos optometristas, em típico exercício de função parlamentar.

Não compete ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103, §2º, e como destacado pelo Ministro Celso de Mello,

[...] substituir, [também] nessa matéria, por seus próprios critérios, aqueles que só podem emanar, legitimamente, por expressa determinação



constitucional, do legislador. Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Não constitui demasia observar, por oportuno, que a reserva de lei – consoante adverte JORGE MIRANDA (“Manual de Direito Constitucional”, tomo V/217-220, item n. 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) – traduz postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos), e cuja incidência também reforça, positivamente, o princípio que impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos fundados em norma legal, de tal modo que, conforme acentua o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, “quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão [...] (Rcl 14.075-AgR/SC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 16.9.2014).

A jurisdição constitucional, como todo e qualquer tipo de jurisdição, deve se adstringir ao princípio da subsidiariedade, abstendo-se de intervir sobretudo quando inexistente a inércia deliberandi, como é o caso, mas sim uma vigorante atuação do titular da função legislativa para debater, pelos canais democráticos do Parlamento, a matéria de



interesse da sociedade, ainda que não tenha sido possível, até o momento, alcançar uma posição consensual sobre qual a melhor disciplina normativa para a questão de fundo.

Como se demonstrará melhor adiante, o Congresso Nacional não está inerte. No âmbito das duas Casas Legislativas, houve a apresentação de diversos projetos de lei, a realização de audiências públicas para colher subsídios dos atores sociais interessados, além de requerimentos para criação de frentes parlamentares para discussão e defesa dos optometristas.

Apesar do debate amplo e aprofundado, até o presente momento, as propostas de modificação do status quo normativo não lograram aglutinar as preferências políticas da maioria dos representantes eleitos.

Por outro lado, deve-se ter presente que as ações de controle de constitucionalidade não constituem o locus constitucionalmente adequado para debates axiológicos eminentemente políticos, tampouco servem de “atalho” para a “pressionar” ou “acelerar” processos políticos sujeitos à regra da maioria, transmudando o controle de constitucionalidade em expediente ordinário e estratégico de interferência nas opções políticas das instâncias democráticas.

Em outras palavras, a via do controle de constitucionalidade não tem por finalidade superar dificuldades políticas encontradas para alterar o status quo normativo na seara legislativa, muito menos se destina a abreviar ou facilitar o caminho para implementar determinadas agendas e visões sobre a regulamentação de atividades profissionais. Por certo, não custa lembrar que a atividade de evolução, de atualização e de aprimoramento do texto vigente é tarefa primordial do Poder Legislativo, que produz decisões congregando as preferências políticas da maioria.

Ante o fato certo de que o Legislativo está mobilizado e dedicado a encontrar as melhores soluções para o adequado equilíbrio entre a



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

proteção à saúde e as intervenções na liberdade de escolha e exercício profissionais de cada categoria específica, afigura-se imprópria, inadequada e incompatível com a ordem constitucional a pretensão de transferir essa decisão para o Poder Judiciário.

(Destaque nosso).

Denota-se, pois, que alterar a decisão do Excelso Colegiado, momentos após o posicionamento concreto do Poder Legislativo sobre o tema, incorre em grave risco à justiça social e ordem jurídica constitucional.

Isto posto, e por haver risco de invasão de competência dos poderes, é que se reitera à Nobre Corte que sejam acolhidos os presentes Embargos de Declaração, para, no mérito, em razão do princípio da independência dos poderes, que seja revisto o Acórdão dos Embargos Declaratórios, que modulou os efeitos da decisão de julgamento na ADPF 131, fulcrado a sanar os pontos outrora levantados e postos sob o crivo dos Eminentes Ministros.

v. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DE LIMINAR

Outro ponto que merece destaque, é a respeitável decisão do Douto Ministro Relator, Gilmar Mendes, dias antes do julgamento dos Embargos de Declaração na ADPF 131. Àquela oportunidade, o Emérito Ministro Relator proferiu decisão concedendo parcialmente liminar para exclusão dos optometristas com nível superior das vedações contidas nos decretos, confirmada após nos termos do Acórdão ora posto em análise.

Entretanto, repisando o já exposto, não podemos no momento falar que há insuficiência normativa, que importe em um *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Primeiramente porque não há comando constitucional que obrigue ou dê prazo ao legislador em regulamentar todas as ocupações existentes no mercado de trabalho.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

E segundo pois se trata de ocupação que está proibida e ciente das proibições desde 1932, ou seja, há a ciência dos impedimentos pelos optometristas há décadas, sendo que a ADPF só foi imposta em 2006, ou seja, **não há em hipótese alguma o *periculum in mora* e tampouco o *fumus boni iuris*.**

Dito isto, conclui-se que a garantia fundamental do livre exercício da profissão está em perigo, isto porque o Congresso Nacional no exercício de sua competência tem sopesado a conveniência e a oportunidade de aprovar a regulamentação da profissão de optometrista, e até o presente momento, não se alcançou maioria favorável, no mérito, à aprovação da proposta; ou seja, é impossível considerar a optometria como profissão, na medida em que não há lei que a regulamente.

Um dos problemas para a regulamentação desta ocupação encontrado no legislativo está justamente na busca insistente dos optometristas em atuar na saúde primária e invadir a competência de outros profissionais, o que coloca à saúde da população em risco, conforme inclusive consignado no voto do Relator Min. Gilmar Mendes em sede do primeiro julgamento da ADPF 131, quando cita o parecer do CFM, pág. 36 – 37, que destaca as **mazelas e os perigos dos atendimentos por profissionais não habilitados**, veja-se:

“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 EhlersDanlos); entre as doenças vasculares, a hipertensão arterial sistêmica, a hipertensão arterial aguda, as doenças obstrutivas das carótidas, o débito cardíaco, a isquemia cerebral transitória, a hipoglicemia, as discrasias sanguíneas



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

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 11, IV, V, VI e VII nervos cranianos; entre as doenças inflamatórias, os processos degenerativos, infecciosos, auto-imunes, vasculares e tumorais, a doença de Graves e a artrite reumatóide; entre as doenças degenerativas, a esclerose múltipla e a doenças da placa mioneuril, 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.”

Por esta e outras razões, ATÉ HOJE, TODAS as propostas foram rejeitadas.

Toda esta discussão está claramente fundamentada nas informações prestadas pelo Senado Federal na ADO 64, não podendo se entender preenchido os requisitos para a concessão de liminar em processo distinto.

Logo, a decisão monocrática de concessão de liminar, *data máxima vênia*, merece atenção especial de V. Exas., em relação aos pontos ora expostos, e em razão da ausência de *fumus boni iuris e periculum in mora*, visto que de fato não há nenhum elemento de grave dano ou reparação, e perigo na demora por se tratar de normas que estão vigentes há décadas, não sendo algo novo ao conhecimento do Judiciário.

IV. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se que seja recebido o presente Recurso de Embargos de Declaração, devendo o mesmo ser conhecido ante o preenchimento dos seus requisitos; ou, subsidiariamente, seja recebido e analisado como manifestação aos termos do acórdão dos Embargos de Declaração na ADPF 131.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

No mérito, que seja o Apelo Provido, para os fins de sanar os vícios e as contradições postas, quanto a impossibilidade de aplicação de efeitos modulativos em decisão que recepcionou a constitucionalidade dos Artigos 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto 24.492/34, bem como pela expressa impossibilidade do Poder Judiciário em legislar acerca da matéria, conforme ampla fundamentação jurídica trazida e bailada à legislação constitucional.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Brasília-DF, 10 de novembro de 2021.

Jose Alejandro Bullon

Advogado do CFM OAB/DF 13.792

João Paulo Simões da Silva Rocha

Advogado do CFM OAB/AM 5.549