

VOTO

Conjunto ED e ED-Segundos

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): Cumpre destacar, uma vez mais, que tanto os embargos de declaração apresentados pela **Procuradoria-Geral da República** como os embargos ajuizados pelo **Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria - CBOO** encontram no presente voto endereçamento e decisão.

I – Da ausência de nulidade do julgamento de mérito

Consoante destaquei no relatório, a **Procuradoria-Geral da República** sustenta a nulidade do julgamento de mérito sob o argumento de ofensa ao parágrafo único do Art. 7º da Lei 9.882/1999, bem como ao Art. 52 do Regimento Interno deste Tribunal.

Vejamos as disposições normativas suscitadas:

Lei 9.882/1999

“Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.”

Regimento Interno do STF

“Art. 52. O Procurador-Geral terá vista dos autos:

I – nas representações e outras arguições de inconstitucionalidade;
[...]

Parágrafo único. Salvo na ação penal originária ou nos inquéritos, poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral quando houver urgência, ou quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência.”

Penso não prosperarem as alegações de nulidade fundadas no fato de não ter a **PGR** sido intimada para apresentação de nova manifestação após esclarecimento superveniente suscitado à **Presidência da República** e ao **Congresso Nacional**.

Com todas as vênias, os comandos legais acima transcritos se observaram com o despacho datado de 07/05/2008, a cargo de Sua Excelência, **Ministro Cezar Peluso**, então relator desta Arguição, *v erbis*:

“ **DESPACHO:** Nos termos do § 2º do art. 5º da Lei Federal nº 9.882, de dezembro de 1999, solicitem-se informações à Presidência da República, no prazo de 10 (dez) dias. **Após, vista, sucessivamente, por 5 (cinco) dias**, ao Advogado-Geral da União e ao **Procurador-Geral da República**.

Publique-se.

Brasília, 7 de maio de 2008.” (eDOC. 09)

Parece-me claro ter operado preclusão consumativa quando da efetiva apresentação da Manifestação da **PGR**, datada de 16.12.2009, a figurar na documentação digital dos autos sob o eDOC. 20 (de 03/02/2010). Essas, portanto, as vistas a que alude o Art. 7º da Lei 9.882/1999, tido por ofendido.

A respeito da preclusão processual, mencione-se o magistério de **Humberto Dalla Bernardinha de Pinho**:

“Preclusão vem do latim *praecludere*, que significa fechar, tapar, encerrar. É a perda de uma faculdade ou direito processual, podendo ser consumativa, lógica ou temporal.

Na preclusão consumativa (art. 507), a perda da faculdade processual decorre do fato de a parte já ter anteriormente praticado o ato. Isso ocorre, a título de ilustração, quando a parte vencida interpõe recurso de apelação no 5º dia do prazo e, posteriormente, ainda dentro do prazo de 15 dias (§ 5º do art. 1.003), ingressa com outro recurso de apelação, com o propósito de substituir a 1ª peça recursal.

Ora, o 1º recurso interposto consuma a prática do ato processual e, quanto aos argumentos, ainda que suplementares, apontados na 2ª peça recursal, esses não mais poderão ser analisados em razão da preclusão consumativa (salvo questões de ordem pública, que podem ser arguidas por simples petição, sem o condão de desconstituir a 1ª peça/apelação). Ou seja, a prática do ato processual se exauriu no 5º dia, não podendo as partes inovar na realização deste.”

(PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020.)

De se notar que as normas supostamente ofendidas, em verdade, encontraram estrito respeito nestes autos com a intimação, vistas e efetiva apresentação de manifestação pela **Procuradoria-Geral da República**.

O despacho de intimação de agosto de 2013, de minha lavra, para que a **Presidência da República** e o **Congresso Nacional** oferecessem informações sobre a vigência dos Decretos 20.931/1932 e 24.492/1934 à luz da superveniência da Lei 12.842/2013 não tiveram o propósito de suscitar o oferecimento de novas informações por aquelas autoridades. Tampouco obtiveram tal resultado.

A solicitação visou a esclarecimento - a seu tempo, pontual - quanto à vigência de normas jurídicas. Se argumentos dali decorrentes viriam a ganhar especial relevância a este Relator e a outros Ministros e Ministras quando do julgamento virtual, sete anos após, trata-se de fato que fugia ao escrutínio deste relator e, imagino, de todos os demais membros da Corte.

Destaco, em acréscimo, que a prática deste Tribunal, a mim parece, é a de permitir que os atores processuais tragam aos autos informações supervenientes e de relevo, que podem ou não merecer futura acolhida pelos relatores e reladoras. Faço tal afirmação tendo em mente, exemplificativamente, por todos, a ADPF 830 (os exemplos são plúrimos), de relatoria do eminente **Ministro Ricardo Lewandowski**. No curso da referida arguição, o então proponente veio aos autos, independentemente de intimação específica para tanto, informar acerca de alteração fática que reputava importante, contraditando informações da **Presidência da República**, recém-apresentadas naqueles autos (eDOC. 41 - ADPF 830).

Mencione-se ainda a praxe quanto aos *amici curiae*, que costumam tecer suas razões na própria peça processual em que pleiteiam seu ingresso na condição de amigo da Corte. Assim, os argumentos que reputam relevantes são oferecidos ao Tribunal antes mesmo de figurarem dentre os atores processuais e independentemente de intimação específica. Exemplifico a assertiva nestes próprios autos, reportando-me à densa peça processual apresentada pelo (apenas posteriormente admitido) *amicus curiae* **Conselho Federal de Medicina** (eDOC. 07).

Assim, acaso a **Procuradoria-Geral da República**, em seu mister constitucional e legal de acompanhamento de processo objetivo em curso perante o Supremo Tribunal Federal, identifique que alteração legislativa relevante (na espécie, o advento da Lei 12.842/2013) possui implicações ao deslinde da causa, a tal ponto de justificar até mesmo a alteração de entendimento por ela anteriormente manifestado nos autos, a mim parece que a novel manifestação é, antes de tudo, imperiosa, prescindindo de intimação específica do Relator.

Decerto não será o Relator o ator processual capaz de, *sponte sua*, vislumbrar ou inferir quais alterações no mundo fenomênico ou no campo normativo conduziriam a uma alteração do entendimento previamente exarado pela douta **PGR**, a ponto de antever a necessidade ou não de novas vistas.

Não é só. Julgando imprescindível nova oitiva, regimentalmente, caberia à **PGR** arguir a ausência da abertura de vistas até o início da sessão de julgamento, *verbis*:

“Art. 50. Sempre que couber ao Procurador-Geral manifestar-se, o Relator mandará abrir-lhe vista antes de pedir dia para julgamento ou passar os autos ao Revisor.

[...]

§ 3º Caso **omitida a vista, considerar-se-á sanada a falta se não for arguida até a abertura da sessão de julgamento**, exceto na ação penal originária ou inquérito de que possa resultar responsabilidade penal.”

Por essa razão, a despeito de as manifestações da **Procuradoria-Geral da República**, em regra, muito contribuírem para o enriquecimento das decisões desta Corte, concluo que a não abertura de vistas adicionais, somada à não impugnação desta circunstância pelo próprio interessado ao tempo e modo próprios, impedem o reconhecimento da nulidade ora alegada.

Além das razões acima, há um fundamento adicional para que a nulidade não seja pronunciada.

O Código de Processo Civil de 2015 estatui em seu artigo 282 que o julgador não decretará a nulidade “ *quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade* ”.

É bem verdade que, na situação dos autos, a **Procuradoria-Geral da República** não está, a rigor, a figurar na condição de parte. Nada obstante, defende a **PGR** a nulidade do julgamento de mérito em razão de sua não oitiva para apresentação de nova manifestação a, qual, se tivesse ocorrido, resultaria na superação, ainda que parcial, de sua manifestação de 03/02/2010.

De se notar que a nulidade, portanto, aproveitaria à **PGR**, que veria seus argumentos serem considerados e, possivelmente, teriam impactado o resultado final do presente julgamento.

Neste sentido, percebo que, em pleito subsidiário de seus Embargos, a **PGR** pugna pela “ *modulação dos efeitos da decisão, 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*”.

Pois bem. No pleito subsidiário, penso assistir razão à **Procuradoria-Geral da República**, pelas razões que aduzirei adiante. Por ora, mostra-se suficiente ressaltar ser inapropriado o reconhecimento da nulidade, haja vista que, em meu voto, a decisão dos presentes embargos terá desfecho parcialmente convergente com a proposta do órgão ministerial relativamente à modulação de efeitos da questão meritória de fundo.

Observar-se-á, portanto, a consequência jurídico-processual preconizada pelo Art. 282 do CPC/2015, sem que se declare, também por essa razão, a nulidade do julgamento de Plenário.

Por sua vez, quanto às nulidades suscitadas pelo **Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria - CBOO** em seus Embargos, penso não merecer prosperar o alegado vício decorrente da não apreciação de pedido de destaque para reinício de julgamento em Plenário presencial (não virtual). O mesmo se dá com a alegada nulidade do julgamento em razão da participação de Ministro que oficiara nos autos anteriormente como Advogado-Geral da União.

Relativamente ao pedido de destaque para julgamento em plenário presencial, convém mencionar que esta Corte já se manifestou não ser ele de acatamento obrigatório por parte do relator, configurando verdadeira exceção que o julgamento originalmente previsto em sessão virtual venha a ocorrer de forma presencial, senão vejamos:

“Somente por exceção – que não ocorre neste caso – se justifica o atendimento do **pedido de destaque** para que a sessão de julgamento ocorra em ambiente presencial, e não, virtual. A Resolução STF nº 587 /2016, então vigente, **não torna obrigatório o atendimento do referido pleito**. Precedentes.”

(ARE 1179883 AgR-EDv-AgR-ED; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Julgamento: 30/08/2019; Publicação: 16/09/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno)

Esclareça-se que, a despeito de se reportar à Resolução STF 587/2016, o entendimento do precedente transcrito é de todo aplicável à espécie, haja vista a redação da atual Resolução STF 642/2019 replicar os termos da resolução anterior quanto à disciplina do pedido de destaque feito por qualquer das partes, apenas tendo alterado o limite temporal para a formulação do pleito (de 24 para 48 horas de antecedência ao início da sessão).

De se ressaltar, a propósito, que esta Corte igualmente já afastou demanda no sentido de que o pedido de destaque fosse obrigatoriamente analisado dentro de tal período (24 horas na vigência da Resolução STF 587/2016 e 48 horas da atual Resolução STF 642/2019), *verbis* :

“Ementa: Direito Processual. Agravo interno em mandado de segurança. Ato do Ministro Relator do ARE 779.330/STF. Julgamento virtual. Pedido de destaque. **1. Não há previsão legal ou regimental de que o pedido de destaque deva ser apreciado até 24 horas antes do início do julgamento virtual**; nem de que os recursos extraordinários, inadmitidos pelos Tribunais de Justiça, por ausência de demonstração da repercussão geral, não possam ser submetidos ao plenário virtual. 2. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de não admitir, salvo em situações excepcionais, mandado de segurança contra decisões jurisdicionais. A exceção estaria nas hipóteses de inequívoca teratologia do ato jurisdicional, o que não é o caso dos autos. 4. Agravo parcialmente conhecido (CPC, art. 932, III, *in fine*, e 1.021, § 1º) e, nesta parte, desprovido, por manifestamente improcedente. Aplicação de multa de dois salários mínimos, ficando a interposição de qualquer recurso condicionada ao prévio depósito do referido valor (CPC, arts. 81, § 2º, e 1.021, §§ 4º e 5º), de unanimidade da decisão.”

(MS 35560 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em: 17/08/2018, processo eletrônico dje-175, divulg: 24-08-2018, public: 27-08-2018)

Nada obstante, penso que o indeferimento do pedido de destaque, de fato, mereceria uma expressa menção, seja no texto do voto seja em decisão específica posterior, muito embora as razões para a negativa já constassem do meu arrazoado, ainda que de maneira indireta.

Em outras palavras, ao consignar em meu voto que “ *os presentes autos já estão devidamente instruídos, proponho, desde logo, a apreciação do mérito da causa, ficando prejudicada a medida liminar pleiteada*” (eDOC.

78 – fls. 15), tal assertiva guardava a compreensão pela possibilidade e necessidade de um julgamento imediato da causa, considerado o relevo dos direitos ora discutidos e o já elevado lapso temporal de tramitação.

Não deixo de perceber que o pleito pelo destaque apresenta certa incongruência com o pedido cautelar inicialmente formulado, fundamentado em alegações quanto ao *perigo da demora* no deslinde da causa.

Nada obstante, no ponto, acolho os embargos, sem efeitos infringentes, apenas para consignar expressamente o indeferimento do pedido de destaque formulado pelo autor, ora embargante. Como dito, a questão encontrou em sua tramitação uma maturidade e aporte profundo de elementos pelos atores processuais, tornando aconselhável sua apreciação pelo Plenário da Corte, sem postergações adicionais.

Ao fim e a cabo, com o benefício da análise em perspectiva, verifico, no acórdão produzido (eDOC. 78), que a discussão no plano virtual não menoscabou as nuances e possibilidades que envolvem a rica questão dos limites ao exercício profissional dos optometristas.

Avançando na análise dos argumentos suscitados nos embargos de declaração, no que diz respeito à possível nulidade do julgamento em razão de um dos ministros ter proferido voto quando já funcionara como Advogado-Geral da União, entendo não prosperar a insurgência.

No tema, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a discussão em abstrato sobre a constitucionalidade de normas jurídicas primárias encerra um caráter objetivo, não atraindo, por essa razão, os institutos do impedimento e da suspeição, próprios que são dos processos em que há defesa de interesses e posições, ditos subjetivos.

Cito, a este propósito, as conclusões deste Tribunal nos autos da ADI 3.345, de relatoria do **Ministro Celso de Mello**, *verbis* :

“FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - LEGITIMIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA CONTRA ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL - INAPLICABILIDADE, EM REGRA, DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO AO PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE INVOCÇÃO, POR QUALQUER MINISTRO DO STF, DE RAZÕES

DE FORO ÍNTIMO. - O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo de controle concentrado de constitucionalidade, não está impedido de participar de seu julgamento, não obstante suscitada, em referida causa, a discussão, *in abstracto*, em torno da constitucionalidade (ou não) de resoluções ou de atos emanados daquela Alta Corte. Também não incidem, nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. - **Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, ordinariamente, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, não de uma situação concreta, mas da constitucionalidade (ou não), *in abstracto*, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. - Revela-se viável, no entanto, a possibilidade de qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal invocar razões de foro íntimo (CPC, art. 135, parágrafo único) como fundamento legítimo autorizador de seu afastamento e consequente não-participação, inclusive como Relator da causa, no exame e julgamento de processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. (...).**"

(ADI nº 3.345, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 19/8/10)

Veja-se, nesse mesmo sentido, a Questão de Ordem suscitada pelo Min. Dias Toffoli, à época no exercício da Presidência, na ADI 2.238 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 15.9.2020).

Tal posição foi reiterada na ADI 6.362 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 9.12.2020), também em Questão de Ordem suscitada e cuja resolução ensejou a fixação da seguinte tese:

"Não há impedimento nem suspeição nos julgamentos de ações de controle concentrado, exceto se o próprio Ministro firmar, por razões de foro íntimo, a sua não participação."

Assim, não havendo que se falar em impedimento de um dos Ministros que participou do julgamento plenário, reputo incabível o pleito de nulidade veiculado nos embargos de declaração ajuizados pelo **CBOO**.

Superadas, portanto, as preliminares de nulidade do julgamento, passo a enfrentar algumas considerações suscitadas pelos embargantes relacionadas a eventuais omissões e contradições quanto ao mérito da questão posta à apreciação da Corte.

II – Da necessária integração do julgado

Consoante sintetizado no relatório, a **Procuradoria-Geral da República** alega a ocorrência de omissão quanto ao decidido por esta Corte no RMS 26.199/DF. Defende ainda a existência de contradição na decisão de apelo ao legislador por inexistir norma proibitiva para que optometristas prescrevam lentes corretivas. Pleiteia, portanto, a superação das omissões e contradições demonstradas e, subsidiariamente, em não se conferindo efeitos infringentes, requer a modulação dos efeitos da decisão.

Em semelhante sentido, como visto, o **Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria - CBOO** aponta contradição entre a fundamentação do acórdão e o provimento final decorrente da decisão plenária. Defende que, a despeito de o voto condutor reconhecer que ao legislador não é dado restringir liberdades a ponto de atingir o seu próprio *núcleo essencial*, afirma que o resultado do julgamento, na prática, desnatura e suprime o livre exercício da profissão quanto aos optometristas com qualificação técnica (graduados – nível superior).

Sustenta ainda a existência de omissão, consistente em um não apreciação de pedido sucessivo para que fosse conferida interpretação conforme a Constituição aos dispositivos impugnados (artigos 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/32 e dos artigos 13 e 14 do Decreto 24.492/34), com o intuito de limitar a restrição profissional apenas àqueles optometristas que não possuem formação superior.

A seguir, o **CBOO** formula pedidos de acolhimento dos embargos declaratórios, com caráter infringentes, para, após sanados os vícios apontados, seja dada interpretação conforme as normas impugnadas, a fim de que a restrição ao exercício da profissão de optometrista recaia exclusivamente sobre os práticos (sem formação técnica superior).

Alternativamente, que seja aplicada ao caso a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, a fim de que sejam declaradas nulas as vedações constantes das normas impugnada quanto aos optometristas qualificados para o exercício profissional. Ainda, caso mantido o acórdão embargado, que sejam modulados os efeitos da decisão.

De início, quanto à alegada omissão referente à inexistência de diálogo entre o acórdão embargado e o RMS 26.199, de relatoria do **Ministro Sepúlveda Pertence**, julgo-a inexistente.

O precedente foi expressamente referido em meu relatório do voto condutor e, de forma semelhante, foi considerado quando da demonstração da obsolescência e atual insuficiência de suas estipulações para albergar situações contemporâneas, a dialogar com o contexto de formação técnica superior desses profissionais.

Veja-se, a propósito, a seguinte passagem:

“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: [...]”

Não bastasse isso, voto divergente proferido pelo **Ministro Roberto Barroso**, que igualmente integra o *decisum* colegiado, assim se manifestou de modo expresso:

“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 : [...]”

Dessa forma, afasto a alegação de omissão quanto à mencionada ausência de diálogo entre o que deliberado nestes autos e o manifestado por este Tribunal nos autos do RMS 26.199. Como se verifica, os seus fundamentos foram devidamente escrutinados na decisão plenária destes autos.

A **Procuradoria-Geral da República** e, igualmente, **Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria – CBOO** argumentam pela existência de contradição no acórdão embargado. A incongruência residiria no descompasso entre as constatações quanto ao processo legislativo que culminou na edição da Lei 12.842/2013 e a solução propugnada de “apelo ao legislador” para que aprecie o tema em âmbito legislativo.

Convém reproduzir textualmente, no ponto, a insurgência manifestada nos embargos de declaração da **PGR** :

“No caso em apreço, verifica-se a presença de contradição: ao tempo em que o julgado embargado apresentou um “ *apelo ao legislador para apreciar o tema* ”, sabe-se que a Lei 12.842/13 originariamente vedava que optometristas prescrevessem lentes corretivas para óculos (modalidade de órtese). Com o veto presidencial, parte integrante do processo legiferante, o Chefe do Executivo repeliu a “ *prescrição de órteses e próteses oftalmológicas* ” como “ *atividade privativa dos médicos* ”. E declinou suas razões de veto da maneira a seguir:

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.

O Parlamento, por sua vez, **não** superou o veto. Embora a Constituição Federal permita à maioria absoluta dos senadores e deputados a rejeição do veto presidencial (art. 66, § 4º, da CF/88), tal deliberadamente não ocorreu. O processo legislativo perfectibilizou-se com a **ausência da norma proibitiva**, o que permite a inferência da licitude da atividade de optometria.

E se assim o é, não há como concluir que uma atividade lícita não possa ser desempenhada em um consultório, como estabelece o artigo 38 do Decreto 20.931/32. Ou mesmo a exigência de prescrição médica para a confecção e comercialização de lentes corretivas, na medida em que **não** se trata, consoante a legislação em vigor, de ato privativo dos médicos (arts. 39 e 41 do Decreto 20.931/32). Disso resulta a contradição estabelecida entre a decisão do legislador e o capítulo do acórdão que se vale da técnica do apelo a esse mesmo legislador.” (eDOC. 79).

Em sentido semelhante, assim se insurge em embargos o **CBOO** :

“40 Todavia, ao longo do voto, a todo momento, são feitas ressalvas expressas aos optometristas com qualificação técnica (graduados – nível superior), no exato sentido de afastar a tese de potencial lesividade do exercício de suas atividades deste tipo de profissional, justamente porque eles estão devidamente capacitados e habilitados para tanto.

41 É possível vislumbrar essa perspectiva fundamentação da decisão a partir das seguintes transcrições:

[*omissis*]

42 Apesar de tudo isso, **contrariamente à ratio decidendi e a todas as ressalvas lançadas pelo eminente Relator**, ao final do voto, surpreendentemente, exsurge a seguinte conclusão:

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 caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional” (p. 35).

43 Eis, aqui, uma **contradição de grande envergadura** . Como se pode perceber, há flagrante ausência de correlação entre a **fundamentação** (marcada por um conjunto de ressalvas que excetua os optometristas com **formação superior**) e o **resultado da decisão** (que trata indistintamente profissionais **com** e **sem** qualificação). Trata-se, portanto, de conclusão interna ao voto do Min. Relator apta a justificar o cabimento e o provimento dos embargos.” (eDOC. 81)

Penso assistir razão aos embargantes quanto à contradição indicada. Com efeito, amadurecendo a análise da matéria sob esse prisma, a mim parece correta a compreensão de que a limitação do julgamento a um apelo ao legislador, ao menos quanto aos optometristas técnicos (com formação superior), representaria uma insuficiente tutela de direitos tão caros à dignidade humana como aqueles insertos na condição laboral dos indivíduos.

Nas lições de **Mauricio Godinho Delgado** , o exercício da atividade laboral está intimamente ligado à inserção social e à conquista de dignidade:

“O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula **a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas**, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam.

Ora, **a conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural —, o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho .”**

(DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª edição. São Paulo: LTr, 2017).

A bem da verdade, e nisto reconheço a contradição parcial da proposição lançada ao final, o exercício profissional dos optometristas, de

fato, já experimentou recentemente o crivo do processo legislativo. Penso ser igualmente verdadeira a constatação que esse crivo se deu de forma *negativa, parcial e insuficiente*.

Negativa porque, embora não tenha sido expressamente concedido aos optometristas o direito à “ *prescrição de órteses e próteses oftalmológicas* ”, igualmente não foi deferida aos médicos o monopólio de tais prescrições. *Parcial e insuficiente* porque a disciplina de uma profissão decerto não pode se resumir à possibilidade de prescrição, tampouco deve merecer apenas uma pontual e indireta menção em razões de veto a dispositivo de lei (Lei 12.842/2013).

Assim, verifico que o clamor ao legislador por uma disciplina pormenorizada da profissão remanesce.

Essa constatação quanto à manutenção da necessidade por uma legislação minudente, a mim parece, não impede uma alteração no fator temporal quanto ao processo legislativo instado pela decisão plenária.

Em outras palavras, com fiz constar do meu voto, o veto presidencial ao inciso IX do Art. 4º da Lei 12.842, de 2013, não superado pelo Congresso Nacional, somou-se a outras circunstâncias igualmente destacadas no voto (portarias e pareceres do MEC, manifestações do Ministério do Trabalho – CBO 3223, etc.), a denunciar que o panorama fático dos atuais optometristas de nível superior está em descompasso com a disciplina dos decretos da década de 1930, tendo, de certa forma, suplantado suas disposições.

Neste sentido, como salientou a **PGR**, não há vedação ao exercício profissional destes profissionais, a despeito de inexistir uma desejável regulamentação exauriente.

Assim, aos profissionais de nível técnico deve ser franqueado o exercício profissional nos estritos e limitados termos que se pode inferir das manifestações estatais a eles direcionadas: veto presidencial possibilitando prescrições de órteses e próteses oftalmológicas, e desempenho das atividades enunciadas pela Classificação Brasileira de Ocupações e nas justas expectativas de exercício profissional oriundas da obtenção de um diploma de nível superior.

Em todo caso, reputo apropriada a distinção já realizada em meu voto condutor quanto ao exercício profissional de técnicos em optometria – com formação de nível médio – e de graduados em tecnologia ou bacharelado em optometria – com formação superior. Convém rememorar:

“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).” (eDOC. 78)

Condicionar o livre exercício de profissão ao prazo incerto do advento de disciplina normativa exauriente, é, na prática, condenar os atuais graduados em curso superior a não exercerem sua profissão nos limites que o Estado já albergou – ao menos naquilo que estrita e estreitamente enunciado nas razões de veto à dispositivo da Lei 12.842/2013 (Lei do Ato Médico) e deferido como justa expectativa profissional por meio de portarias e pareceres do Ministério da Educação e manifestações do Ministério do Trabalho (CBO 3223).

Em acréscimo, há que se ter em mente que a desejável formação superior de optometristas se insere em escolha de vida, em sua acepção profissional, a demandar estabilidade e expectativas de longo prazo.

Quero com isso ressaltar que uma possível consequência prática de um simples *apelo ao legislador* será a de que tais cursos universitários sejam desacreditados e deixem de ser procurados por estudantes interessados nesta área do saber.

A mim parece razoável inferir que poucos estudantes empregariam tempo, intelecto e recursos financeiros em profissão cujos contornos normativos atuais oferecem possibilidades deveras limitadas e cuja nova conformação legislativa poderá tardar demasiadamente.

Comungo, portanto, da preocupação enunciada pela **Procuradoria-Geral da República** em seus embargos, *verbis* :

“Por exemplo, após o julgamento da ADPF 131, consultórios autônomos de optometristas encerrarão suas atividades. Como consequência, os 8 (oito) cursos de Optometria oferecidos pelas Instituições de Ensino Superior, reconhecidos e autorizados pelo Ministério da Educação (MEC), se tornarão menos atrativos e correm o risco de serem extintos. A medida não apenas desencoraja o ingresso vindouro nos cursos de graduação, como também dificulta a inserção no mercado de trabalho por parte de mais de 5.000 (cinco mil) graduados em Optometria.” (eDOC.79)

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.

III – Da necessidade de modulação dos efeitos da decisão

Com as vênias de estilo a eventuais posições dissonantes, penso que o atual panorama normativo diferenciado quanto aos profissionais com formação técnica de nível superior e as incertezas temporais quanto à conclusão do curso legislativo a uma disciplina normativa a detalhar a profissão, recomendam, a meu sentir um recorte e, ao mesmo tempo, um avanço nas conclusões do julgado quanto a esses profissionais.

Importante ressaltar que, em diversas passagens do meu voto condutor, ao qual aderiu prestigiosa maioria, fiz notar a peculiar situação daqueles profissionais de nível superior, ponto fundamental de distinção quanto aos ditames e objetivos veiculados nos defasados decretos questionados nesta ADPF.

É preciso registrar que os votos vencidos já indicavam uma possibilidade de maior avanço na defesa da liberdade de atuação desses profissionais. Vejamos, a propósito, algumas passagens:

“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.

[...]

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.

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” (Voto Vogal, **Ministro Edson Fachin**, ADPF 131)

“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:

[*omissis*]

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, 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).” (Voto Vogal, **Ministro Roberto Barroso**, ADPF 131)

Dessa forma, a mim parece possível e recomendável integrar o acórdão embargado, a fim de se promover a modulação dos efeitos subjetivos, **quanto aos optometristas de nível superior**, da anterior decisão de recepção dos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, de modo a firmar e enunciar expressamente que **as vedações veiculadas naquelas normas não se aplicam aos profissionais que ostentem a formação técnica de nível superior**.

Remanesce, todavia, o que decidido quanto àqueles que não detenham tal qualificação, bem como o apelo a que o legislador minudencie os limites e possibilidade da profissão de optometristas.

Dispositivo

Por todo o exposto, **conheço dos embargos** para afastar as nulidades suscitadas em preliminar e, no mérito, **dar parcial provimento** para:

1. sanar omissão quanto à manifestação expressa de indeferimento de pedido de destaque para julgamento presencial da presente ADPF;

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;

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.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 15/10/2021 09:00