

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por Procuradores Federais, foi protocolada no prazo legal.

O processo foi liberado para inclusão na pauta dirigida antes da apresentação do parecer da Procuradoria-Geral da República, observado o prazo de um ano definido no artigo 1.035, § 9º, do Código de Processo Civil.

Mostra-se imprópria a assertiva de o tema versado no extraordinário, alusivo aos limites do poder normativo da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, não haver sido alvo de prequestionamento. Do acórdão formalizado e da leitura do voto norteador do julgamento surge a adoção, na origem, de entendimento, segundo o qual a Lei nº 6.285/1976 não autoriza a citada Autarquia a estabelecer restrições ao exercício da atividade de auditoria independente, nem aplicar penalidades. Ocorreram o debate e a decisão prévios. O instituto do prequestionamento não pode ser potencializado a ponto de a forma sobrepor-se ao conteúdo.

Improcede o óbice quanto à apontada violação de norma estritamente legal. A matéria objeto do recurso possui contornos constitucionais, pois muito embora o acórdão impugnado tenha partido de premissa contida em diploma legal, chegou-se a conclusão sobre o alcance do poder regulamentar da CVM. Há margem para aferição da mencionada ofensa ao texto constitucional. Conheço.

Está em jogo, sob a óptica da repercussão geral, examinar a constitucionalidade dos artigos 23 e 27 da Instrução nº 308/1999, da CVM, considerado o princípio da legalidade previsto no inciso II do artigo 5º, e a garantia ao livre exercício da profissão – inciso XIII do mesmo artigo da Constituição Federal.

Os dispositivos da Instrução fixam vedações e penalidades aos auditores independentes e a pessoas naturais e jurídicas. O poder regulamentar da Autarquia encontra-se descrito na Lei nº 6.385/1976, notadamente nos artigos 8º e 9º, no que assentam diretrizes gerais.

Percebam a premissa básica: as regras fixadas na Constituição Federal devem ser, até que modificadas pelo poder competente, observadas. A Lei Maior estabelece a impossibilidade de o Estado criar obrigações ou restringir direitos dos administrados senão em virtude de lei. De acordo

com o ensinamento de José Afonso da Silva, para realização plena do princípio da legalidade, o texto constitucional refere-se, em rigor técnico, à lei formal, isto é, a ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo descrito na Constituição (SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39ª edição, 2015, Malheiros, página 424).

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.874, relatora ministra Rosa Weber, foi proclamado que o princípio da legalidade é lastro do Estado Democrático de Direito. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A atuação das agências faz-se no campo executivo.

A instrução editada distancia-se da Constituição Federal, no que encerra, sem previsão na Lei nº 6.385/1976, obrigações, punições e abstenções de condutas no exercício profissional de auditores e consultores independentes no mercado de distribuição de títulos e valores mobiliários. A Comissão de Valores Mobiliários inovou no arcabouço normativo editando ato abstrato, autônomo e geral. Os preceitos inserem novas proibições, inclusive com determinação de responsabilidade aos administradores das entidades auditadas pela contratação de auditores que não atendam às condições descritas.

Se, de um lado, cabe à Autarquia a fiscalização da prestação dos serviços de auditoria independente, de outro, a competência regulamentar, tal como prevista na Lei nº 6.385/1976, não alcança a substituição ao Congresso Nacional.

Os preceitos contrariam o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Revelam-se inconstitucionais, ainda, por transgredirem o definido no inciso XIII do artigo 5º da Lei Maior, no qual consagrado o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei. Apesar da possibilidade de restrição do exercício profissional pelo legislador ordinário, existe reserva legal qualificada, mesmo assim estando a autorização constitucional limitada a eventual imposição de qualificações profissionais. Nesse sentido, é a jurisprudência – recurso extraordinário nº 511.961, relator ministro Gilmar Mendes, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 13 de novembro de 2009.

No voto proferido no extraordinário de nº 603.583/RS, de minha relatoria, no qual debatida questão alusiva às condições estabelecidas para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, fiz ver:

[...]

A liberdade de exercício de profissão é um direito fundamental de elevada significância no contexto constitucional. A garantia está intimamente ligada à construção da personalidade, pois “onde trabalho e profissão são tarefas da vida e base da vida, liberdade de profissão é uma parte da configuração da vida pessoal, sem a qual desenvolvimento pessoal livre não seria imaginável” (Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 322). Por ser pressuposto à realização plena de um projeto de vida, liberdade de profissão e dignidade da pessoa humana estão inegavelmente relacionados.

[...]

Observem que o direito à liberdade de acesso e exercício de profissão não se esgota na perspectiva individual. A Lei Maior erigiu como fundamento da República o valor social do trabalho – artigo 1º, inciso IV. Daí a importância comunitária da garantia. Sob tal óptica, o trabalho mostra-se necessário para que sejam produzidos os bens essenciais à vida em sociedade, presente a divisão social dos afazeres.

Essa dimensão desvenda outro aspecto a ser realçado: o constituinte originário limitou as restrições à liberdade de ofício às exigências de qualificação profissional. Cabe indagar: por que assim o fez? Ora, precisamente porque o trabalho, além da dimensão subjetiva, também ostenta relevância que transcende os interesses do próprio indivíduo. Em alguns casos, o mister desempenhado pelo profissional resulta em assunção de riscos os quais podem ser individuais ou coletivos. Quando o risco é predominantemente do indivíduo exemplo dos mergulhadores, dos profissionais que lidam com a rede elétrica, dos transportadores de cargas perigosas, etc., para tentar compensar danos à saúde, o sistema jurídico atribui-lhe vantagens pecuniárias (adicional de periculosidade, insalubridade) ou adianta-lhe a inativação. São vantagens que, longe de ferirem o princípio da isonomia, consubstanciam imposições compensatórias às perdas físicas e psicológicas que esses profissionais sofrem.

Quando, por outro lado, o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do artigo 5º da Carta Federal, de ressalva das qualificações legais exigidas pela lei. Ela é a salvaguarda de que as profissões que representam riscos à coletividade serão limitadas, serão exercidas somente por aqueles indivíduos conhecedores da técnica.

Desprovejo o recurso extraordinário. Fixo, para os fins da sistemática de repercussão geral, a seguinte tese: São inconstitucionais os artigos 23 e 27 da Instrução nº 308/1999, da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a imporem restrições ao livre exercício profissional da atividade de auditoria independente.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 11/09/2020 00:00*