

## PARECER

**SUMÁRIO:** I. CONSULTA. II. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. III. A SUPERVENIÊNCIA DA LEI DO ATO MÉDICO E SEUS EFEITOS PRÁTICOS. IV. DA DESLEITURA DOS DECRETOS Nº 20.931/32 E 24.492/34. V. O PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS AOS OPTOMETRISTAS. VI. A TEORIA DOS DEGRAUS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE. VII. A POSSIBILIDADE DE MANEJO DA TÉCNICA DE CONTROLE DA NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. VIII. CONCLUSÕES.

PROF. DR. LENIO LUIZ STRECK

## I

### [CONSULTA]

1. Trata-se de consulta, formulada pelo CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E OPTOMETRIA – CBOO, por meio de seu ilustre advogado, Dr. FÁBIO LUIZ DA CUNHA, envolvendo direito constitucional, direito sanitário, hermenêutica jurídica e, ainda, teoria do direito, o que revela sua envergadura e complexidade.
2. A controvérsia constitucional diz respeito ao objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 131, de relatoria do ministro GILMAR MENDES, que foi proposta pelo consulente e, desde 2008, tramita no Supremo Tribunal Federal.
3. Resumidamente, a ADPF nº 131 discute a (in)constitucionalidade da vedação legal imposta aos optometristas de exercerem regularmente sua profissão no território nacional, desde o início da década de 30, por meio dos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34.
4. Na inicial, o proponente alega que direito pré-constitucional – no caso, dispositivos dos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 – viola os seguintes preceitos fundamentais: valor social do trabalho e livre iniciativa (art. 1º, IV), liberdade profissional (art. 5º, XIII), princípio da isonomia (art. 1º, IV, c/c art. 5º, *caput*), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), princípios da segurança jurídica e devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV), princípios da proporcionalidade e razoabilidade (arts. 1º, III; 3º, I; 5º, *caput*, II, XXXV, LIV, §§1º e 2º; 60, §4º, IV), princípios da livre concorrência, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego (art. 170, IV, VII e VIII), direito à educação (art. 205), a liberdade de ensino à iniciativa privada (art. 209), os fins educativos da formação para o trabalho e promoção humanística, científica e tecnológica do país (art. 214, IV e V) e,

finalmente, o direito à saúde (arts. 6º e 196). Ao final, requer seja declarada a não-recepção dos seguintes atos normativos, ambos com força de lei:

**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 officiará nesse sentido. O produto do leilão judicial 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 registo das prescrições médicas.

**Decreto nº 24.492/34:**

Art. 13. E' 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 gráu, 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 gráu só poderá fornecer lentes de gráu mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

5. O processo tramitou regularmente. A Presidência da República prestou as informações requeridas pelo relator. A Advocacia-Geral da União manifestou-se no sentido da recepção dos dispositivos infraconstitucionais. A Procuradoria-Geral da República, da mesma forma, lançou parecer opinando pela constitucionalidade dos atos normativos impugnados. O Conselho Federal de Medicina – CFM e o

Conselho Brasileiro de Oftalmologistas – CBO habilitaram-se como *amicus curiae*, requerendo a improcedência dos pedidos. Aguarda pauta de julgamento.

6. Ocorre que, durante a tramitação da ADPF, sobreveio a promulgação da Lei nº 12.842/13 – também conhecida como *Lei do Ato Médico* –, colocando uma questão prejudicial ao exame da matéria, ainda que adstrita ao plano da legalidade.

7. A Lei do Ato Médico, cujo artigo 4º elenca os atos privativos de médico, teve dois dispositivos vetados pela Presidente da República na ocasião do processo legislativo: o inciso I, relativo à “formulação do diagnóstico nosológico e respectiva prescrição terapêutica”; e o inciso IX, referente à “prescrição de órteses e próteses oftalmológicas”.

8. Essa particularidade, como se verá ao longo do estudo ora proposto, assume especial relevância para compreensão da presente controvérsia, uma vez que, de um lado, ressuscita o debate acerca da revogação tácita da legislação anterior e, de outro, produz uma alteração no âmbito de concretização da norma.

9. A fim de delimitar o objeto do parecer, o consulente formula os seguintes quesitos:

**1º Quesito:** A promulgação da Lei nº 12.842/13, também conhecida como *Lei do Ato Médico*, que dispõe sobre o exercício da Medicina, revogou tacitamente os Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34? Caso positivo, quais os efeitos da superveniência da Lei do Ato Médico à ADPF nº 131?

**2º Quesito:** Como é possível interpretar as restrições legais impostas aos optometristas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, considerando sua evolução histórica e, conseqüentemente, seus diferentes fundamentos de validade ao longo do tempo?

**3º Quesito:** As restrições impostas ao exercício profissional dos optometristas pelos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 violam preceitos constitucionais? Caso positivo, indique os referidos preceitos.

**4º Quesito:** A técnica da ponderação, tal qual idealizada por ROBERT ALEXY, pode ser utilizada para a análise do caso sob exame para demonstrar a violação da máxima da proporcionalidade? Caso positivo, como ela deve ser aplicada concretamente?

**5º Quesito:** É possível o manejo das técnicas da interpretação conforme a Constituição ou da nulidade parcial sem redução de texto, a fim de declarar que os atos normativos impugnados na ADPF nº 131 são válidos, porém não incidem na atividade profissional exercida pelos optometristas devidamente habilitados?

**10.** Ao responder os referidos quesitos, este parecer busca desempenhar o papel normativo designado à doutrina no paradigma do Estado Constitucional de Direito. Não se trata, com efeito, de mero exercício de erudição filosófico-jurídica. Sua função é cumprir a difícil tarefa de contribuir – efetivamente – para a construção de uma decisão mais adequada, equânime e, sobretudo, democrática.

## II

### [CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES]

**11.** Como o próprio nome indica, a *optometria* (do gr. *opto* = visão e *metria* = medição<sup>1</sup>) é a ciência que se ocupa da medição da acuidade visual, abrangendo conhecimentos de fisiologia, medicina, matemática e física, uma vez que estuda o sentido da visão em sua avaliação funcional, tendo como objetivo a prevenção e

---

<sup>1</sup> O termo *optometrista* foi utilizado pela primeira vez, em 1886, por EDMUND LANDOLT, em alusão à utilização do optômetro, aparelho que possibilita o teste quantitativo e qualitativo da visão desde sua criação, em 1737, pelo inglês WILLIAM PORTERFIELD.

correção de seus defeitos e a detecção de toda e qualquer disfunção ocular, sobretudo dos vícios de refração<sup>2</sup>.

12. Segundo definição do *World Council of Optometry* – WCO (Conselho Mundial de Optometria), optometrista é o profissional da saúde, independente e habilitado, que presta atendimentos primários no campo da saúde visual, atuando na prevenção de problemas oculares, na detecção e correção de disfunções e na reabilitação do sistema visual<sup>3</sup>.

13. Na mesma linha, o próprio *International Council of Ophthalmology* – ICO (Conselho Internacional de Oftalmologia) conceitua o optometrista como o profissional da saúde (não qualificado como médico), treinado para a detecção, medição e correção de erros refrativos, habilitado a detectar a visão subnormal e a presença de problemas oculares, encaminhando o paciente a um oftalmologista que conduzirá exames mais aprofundados e oferecerá tratamento<sup>4</sup>.

14. Entre suas principais funções, resumidamente, segundo o próprio ICO, o optometrista (a) presta serviços de exame e refração; (b) detecta doenças oculares como catarata e glaucoma, encaminhando o paciente a especialista; (c) fornece cuidado ocular primário; (d) treina o pessoal do cuidado ocular em refração e cuidado da visão subnormal; (e) desenvolve pesquisa sobre correção da visão e fornecimento de serviços de refração.

---

<sup>2</sup> A especificidade de cada uma das três categorias profissionais envolvidas na saúde ocular é ilustrada por meio de uma conhecida animação produzida pelo doutor SANJAY SHARMA, oftalmologista canadense, formado pela Universidade de Harvard, professor de Oftalmologia e Epidemiologia na Universidade do Queens. A animação – que se intitula *Three O's of Eyes (Os três O's dos olhos)* – apresenta, de maneira bastante didática, a formação e atuação do *Óptico*, do *Optometrista* e do *Oftalmologista*. O vídeo está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=reKtOv-4Edg>.

<sup>3</sup> Cf. *World Council of Optometry* (WCO). Disponível em: <http://worldcouncilofoptometry.info/about-us/who-is-an-optometrist>. Ver, também, *Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria* (CBOO). Disponível em: <http://cboo.org.br/publico/quem-sao-os-optometristas/>.

<sup>4</sup> Cf. *International Council of Ophthalmology* (ICO). Disponível em: <http://www.icoph.org/downloads/visionforthefuturenigeria.pdf>.

15. Nos Estados Unidos, entre as primeiras escolas a oferecerem cursos de optometria, destacam-se o Illinois College of Optometry, desde 1872, e New England College of Optometry, desde 1894, à época chamado Klein School of Optics<sup>5</sup>. Em 1898, surgiu a *American Association of Opticians*, cujo nome foi alterado para *American Optical Association*, em 1910, e para *American Optometric Association*, em 1919, assim permanecendo até os dias de hoje<sup>6</sup>. Nesse mesmo ano, criou-se a *Association of Regulatory Boards of Optometry*, à época chamada *International Board of Boards*, que exerceu um papel fundamental no licenciamento e na regulamentação da profissão. Desde 1922, também existe a *American Academy of Optometry*, com sede na Florida. As primeiras universidades a oferecem o curso de optometria foram Columbia University, em 1910; Ohio State University, em 1914; e a University of California Berkeley, em 1923. A regulamentação legal da profissão iniciou, em 1901, no estado de Minnesota e, num intervalo de vinte anos, todos os estados, incluindo o distrito de Columbia, aprovaram legislações similares. Com isso, desde a década de 20, a optometria é reconhecida nos Estados Unidos, consolidando-se como um campo especializado da saúde visual. Os estudos e a prática da optometria desenvolveram-se de tal modo, especialmente a partir da década de 50, que os optometristas também obtiveram licença para diagnosticar e tratar muitas doenças, além de realizar determinados tipos de cirurgia a laser. Atualmente, estima-se que mais de 40 mil optometristas exerçam regulamente a profissão naquele país<sup>7</sup>.

16. No Brasil, a história da optometria assume um percurso bastante diverso, podendo ser associada ao período em que se passou a fabricar óculos no território nacional. Conforme JOSÉ MORAES DOS SANTOS NETO, os primeiros optometristas – à época chamados de “óticos práticos” ou “oculistas mecânicos” – vieram dos

---

<sup>5</sup> Ver GREGG James R. *The Story of Optometry*. New York: Ronald Press, 1965.

<sup>6</sup> Na verdade, antes disso, em 1895, houve a criação da *British Optical Association*, que instituiu os primeiros exames de qualificação, tornando a Inglaterra o primeiro país a regular o exercício da optometria.

<sup>7</sup> Cf. *Bureau of Labor Statistics*. United States Department of Labor. Disponível em: <https://www.bls.gov/oes/current/oes291041.htm>.

Estados Unidos e da Alemanha, ainda no século XIX, em razão da falta de mão de obra qualificada. Sua clientela era formada pelas elites, membros do alto clero e da corte imperial<sup>8</sup>. O ofício, de caráter eminentemente prático, consistia tanto na realização do “exame de vista” como também na produção artesanal de lentes, confecção de armações e, ao final, montagem dos óculos.

17. Se durante o século XIX os médicos não se preocuparam com a optometria<sup>9</sup>, nem mesmo após o surgimento da oftalmologia, essa situação se modificou, radicalmente, no início do século XX. Isso porque os oftalmologistas incorporaram a refração dos olhos e a prescrição de lentes à sua prática clínica. Com isso, oftalmologistas e optometristas tornaram-se concorrentes, conforme evidencia a discussão que resultou na série de três reportagens, intitulada *Um debate que se inicia em torno da profissão de optometria*, publicadas pelo Folha da Manhã, em 1931<sup>10</sup>.

18. Durante o Governo Provisório, em 11 de janeiro de 1932, o presidente Getúlio Vargas editou o Decreto nº 20.931, regulamentando o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira. Muito embora tal legislação tenha reconhecido a optometria como profissão, os cuidados com a saúde visual tornaram-se exclusivos dos médicos:

Art. 3º. Os optometristas, práticos de farmácia, massagistas e duchistas estão também sujeitos à fiscalização, só podendo exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação a juízo da autoridade sanitária.

[...]

---

<sup>8</sup> SANTOS NETO, José Moraes dos. *História da óptica no Brasil*. São Paulo: Grupo Tecnol, 2005.

<sup>9</sup> Ver, nesse sentido, COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro (1822-1930)*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

<sup>10</sup> Cf. MARINHO, João Marcos Barbosa. A minha ciência é melhor que a sua: oftalmologistas e optometristas em São Paulo na Primeira República. Estudo de uma Controvérsia. *Anais Eletrônicos do 15º Seminário Nacional de História da Ciência e da Tecnologia*. Florianópolis, 16 a 18 de novembro de 2016. Disponível em: [http://www.15snhct.sbhct.org.br/resources/anais/12/1473976062\\_Arquivo\\_JoaoMarcosBarbosaMarinho.pdf](http://www.15snhct.sbhct.org.br/resources/anais/12/1473976062_Arquivo_JoaoMarcosBarbosaMarinho.pdf). Conforme assinala o historiador, “a luta dos médicos contra outras práticas de cura passa pela busca da manutenção do seu prestígio social e econômico. Perceberam que o projeto de saúde pública era inevitável, mas que, na qualidade de agentes fundamentais para sua implementação, teriam poder para barganhar a aprovação de leis que garantissem a medicina como única forma legal de buscar a cura”.



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.

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.

19. No que se refere ao comércio de lentes de grau, sobreveio o Decreto nº 24.492, de 28 de junho de 1934, que estabelece as competências do “ótico prático”, proibindo-o expressamente de indicar ou aconselhar o uso de lentes sob pena de responsabilização pelo crime de exercício ilegal da medicina, além de outras sanções:

Art. 9º Ao ótico prático do estabelecimento compete:

- a) a manipulação ou fabrico das lentes de grau;
- b) o aviamento perfeito das fórmulas óticas fornecidas por médico oculista;
- c) substituir por lentes de grau idêntico aquelas que lhe forem apresentadas danificadas;
- d) datar e assinar diariamente o livro de registro do receituário de ótica.

Art. 10 O ótico prático assinará, na Diretoria Nacional de Saúde e Assistência Médico-Social, no Distrito Federal, ou repartição competente nos Estados, juntamente com o requerente, de acordo com o art. 5º, um termo de responsabilidade, como técnico do estabelecimento, e, com o proprietário, ficará solidariamente responsável por qualquer infração deste decreto na parte que lhe for afeta.

Art. 11 O ótico registrado não poderá ser responsável por mais de um estabelecimento de venda de lentes de grau.

[...]

Art. 13. E' 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.

**20.** O Decreto-Lei nº 8.345, de 10 de dezembro de 1945, em seu artigo 1º, condicionou o exercício da profissão de ótico prático e outros à habilitação e inscrição no Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e nos respectivos serviços sanitários, nos Estados.

**21.** Em 1958, por meio da Portaria nº 86, o Departamento Nacional de Saúde, órgão do Ministério da Saúde, estabeleceu normas para o exercício da profissão de “Ótico – Prático e ótico – prático em lentes de contacto”, também denominado “contatólogo”:

#### **1 – Ótico-prático e Ótico-prático em lentes de contato.**

Art. 1º. O exercício da profissão acima enumerada em todo território nacional, só é permitido a quem estiver devidamente inscrito no Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia ou Serviço Nacional de Fiscalização da Odontologia para o Distrito Federal e, nos respectivos Serviços Sanitários competentes, para os Estados e territórios.

Art. 2º. Para ser inscrito e habilitar-se ao exercício das profissões nos termos do artigo anterior é necessário que o candidato apresente os seguintes documentos: a) diploma ou certificado de curso de prático ou equivalente, a critério do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, expedido por escola-oficial ou reconhecida de medicina e farmácia, pêlos cursos do D.N.S ou, ainda, por escolas particulares de idoneidade reconhecida pelo Departamento Nacional de Saúde; b) prova de ter sido aprovado em exame de capacidade realizado perante o Serviço Nacional de

Fiscalização da Odontologia, na falta dos documentos referidos no item "a".

[...]

Art. 12 Entende-se por ótico - prático e ótico - prático em lentes de contato, quem for habilitado nos exames procedidos na forma da presente portaria para assumir a responsabilidade pelo funcionamento dos estabelecimentos de ótica.

Art.13 São obrigações do ótico - prático e do ótico - prático em lentes de contato: a) Assumir a responsabilidade de todas as atividades de ótica do estabelecimento comercial de ótico - prático ou de ótico - prático em lentes de contato. b) Assinar e datar as receitas registradas no livro apropriado; c) Tratar de todos os assuntos referentes ao estabelecimento do qual é responsável, com a autoridade sanitária fiscalizadora.

22. No entanto, somente em 2000, com o desenvolvimento da educação de nível superior no Brasil, é que surge o primeiro curso de graduação em optometria, oferecido pela Universidade do Contestado, em Santa Catarina<sup>11</sup>. Isso significa que, mais de cem anos após a criação de cursos e a regulamentação da profissão nos Estados Unidos, a optometria dá um passo fundamental para que seja efetivamente levada a sério no Brasil: a *exigência de formação qualificada em nível superior*.

23. Nos anos subsequentes, igualmente autorizados e reconhecidos pelo Ministério da Educação, foram criados outros cursos superiores – tanto na modalidade bacharelado como na modalidade tecnólogo – nos estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Ceará e Pernambuco.

24. **Atualmente, em funcionamento, existem dois cursos superiores de graduação em optometria na modalidade bacharelado**, além de outros quatro tecnológicos. O mais tradicional é oferecido pela *Universidade do Contestado* (UnC), em Santa Catarina, há 17 anos. Sua grade curricular, com duração de cinco

---

<sup>11</sup> Ver, para tanto, ESCOBAR, Jose Luis Muñoz. *Trajectoria e contribuição do curso de optometria da UnC na evidencição da saúde visual e ocular brasileira*. Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado, 2012. 143f. Disponível em: [https://www.unc.br/mestrado/editais/Dissertacao\\_Jose\\_Luis\\_Final\\_1.pdf](https://www.unc.br/mestrado/editais/Dissertacao_Jose_Luis_Final_1.pdf).

anos, exige a integralização de 3.165 horas-aula. Já a *Faculdade de Saúde de Paulista* (FASUP), no Pernambuco, também oferece curso de graduação, com igual duração de cinco anos, exigindo a integralização de 3.720 h/a.

25. Em 9 de outubro de 2002, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 397, aprovou a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), contendo, oficialmente, a profissão *técnico em óptica*, alterada para *técnicos em óptica e optometria* na versão de 2004:

#### **TÉCNICOS EM ÓPTICA E OPTOMETRIA (CBO 3223)**

**Descrição Sumária:** Realizam exames optométricos; confeccionam 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.

**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 demanda 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.

**Condições Gerais de Exercício:** 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.

26. A *Classificação Brasileira de Ocupações* também descreve as atividades desempenhadas pelos profissionais habilitados a exercer a optometria<sup>12</sup>:

TÉCNICOS EM ÓPTICA E OPTOMETRIA (CBO 3223)	
GACS	ATIVIDADES
<b>A)</b> 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.
<b>B)</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).
<b>C)</b> 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) Bloquear 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.
<b>D)</b> 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, equipamentos de aferição óptica); D.7) Conferir montagem dos óculos e auxílios ópticos; D.8) Confeccionar óculos de segurança.
<b>E)</b> 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.
<b>F)</b> 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.

<sup>12</sup> Importante anotar que, em 2010, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.169.991/RO, de relatoria da ministra ELIANA CALMON, reconheceu a parcial “inconstitucionalidade” da Portaria nº 397 do Ministério do Trabalho e do Emprego por extrapolar o previsto nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34. No entanto, a falta de técnica do acórdão – especialmente de sua ementa – salta aos olhos, uma vez que eventual conflito se limitaria à esfera da legalidade, jamais da constitucionalidade. Além disso, cumpre referir que a mencionada Portaria não possui qualquer eficácia normativa, tendo em vista que somente aprova classificação das ocupações. Portanto, sua (in)validade não produz nenhum efeito prático.

<b>G)</b> 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.
<b>H)</b> 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.
<b>Y)</b> 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.
<b>Z)</b> 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).

27. Todavia, sobretudo ao longo das últimas décadas, acirrou a pressão do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, que não só promovem campanhas publicitárias<sup>13</sup> contra a formação e o exercício profissional da optometria, como mantêm departamentos jurídicos especializados<sup>14</sup>, que recebem denúncias e representações com a finalidade de instruírem a propositura de ações judiciais, com o nítido propósito de conservar, dessa forma, o histórico monopólio pelo cuidado primário da saúde visual conferido aos médicos.

28. Observa-se, nesse contexto, que a experiência brasileira – marcada pela resistência corporativista promovida pela “classe” dos médicos<sup>15</sup>, especialmente pelos

<sup>13</sup> Veja-se, a título ilustrativo, algumas das manchetes a respeito das campanhas promovidas pelo Conselho Federal de Medicina (<http://www.cfm.org.br>) e pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologistas (<http://www.cbo.com.br>): (1) “Médicos mostram malefícios do projeto de regulamentação da profissão de optometrista”; (2) “Médicos não reconhecem profissão de optometrista”; (3) “Entidades médicas são contrárias à regulamentação da profissão de optometrista”; (4) “Conselho Brasileiro de Oftalmologia divulga esclarecimentos sobre a situação dos optometristas”.

<sup>14</sup> Ver, nesse sentido, o teor do Informativo Jurídico nº 46/2017 do CBO, que noticia o número de representações realizadas desde 2016, destacando as denúncias e ações promovidas contra optometristas: [http://www.cbo.net.br/novo/publicacoes/informativo\\_juridico\\_46\\_2017.pdf](http://www.cbo.net.br/novo/publicacoes/informativo_juridico_46_2017.pdf).

<sup>15</sup> Cf. DINIZ, Marli. *Os donos do saber*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 68-71, que aborda as profissões do ponto de vista de sua constituição, suas formas organizativas e suas estratégias de monopolização de mercado, destacando o corporativismo dos médicos sob o alibi do “controle de qualidade”.



oftalmologistas – caminha na contramão da tendência mundial no que diz respeito ao reconhecimento e proteção legal da optometria por parte do Estado.

29. No campo da sociologia, mais especificamente da *sociologia das profissões*, o termo *profissionalização* significa o processo pelo qual determinada ocupação adquire o *status* de profissão. Segundo HAROLD WILENSKY, há todo um caminho a ser percorrido até que certo grupo alcance seu reconhecimento enquanto categoria profissional.

30. Em seu conhecido trabalho, intitulado *The Professionalization of Everyone?*<sup>16</sup>, o emérito professor da Universidade da Califórnia critica a generalização da ideia de que todas as ocupações vêm se profissionalizando. Para tanto, ele analisa as etapas pelas quais dezoito ocupações passaram até assumirem a condição de verdadeiras profissões.

31. Pois bem. Uma das ocupações examinadas por WILENSKY foi precisamente a optometria, enquadrada no grande grupo das profissões em formação:

TABLE 1  
THE PROCESS OF PROFESSIONALIZATION\*

	Became Full-Time Occupation	First Training School	First University School	First Local Professional Association	First National Professional Association	First State License Law	Formal Code of Ethics	No. of Errors	No. of Ties	Per Cent Error, by Groups†
<b>Established:</b>										
Accounting (CPA).....	19th cent.	1881‡	1881‡	1882	1887	1896	1917	0	1	
Architecture.....	18th cent.	1865	1868	1815	1857	1897	1909	2	0	
Civil engineering.....	18th cent.	1819	1847	1848	1852	1908	ca. 1910	0	0	
Dentistry.....	18th cent.	1840§	1867	1844	1840§	1868	1866	3	1	
Law.....	17th cent.	1784	1817	1802	1878	1732	1908	2	0	
Medicine.....	ca. 1700	1765	1779	1735	1847	Before 1780	1912	2	0	21
<b>Others in process, some marginal:</b>										
Librarianship.....	1732	1887	1897	1885	1876	Before 1917	1938	2	0	
Nursing.....	17th cent.	1861	1909	1885	1896	1903	1950	1	0	
Optometry.....	.....	1892	1910	1896	1897	1901	ca. 1935	1	0	
Pharmacy.....	1646	1821§	1868	1821§	1852	1874	ca. 1850	2	1	
School teaching.....	17th cent.	1823	1879	1794	1857	1781	1929	3	0	
Social work.....	1898(?)	1898	1904	1918	1874	1940	1948	1	0	
Veterinary medicine.....	1803	1852	1879	1854	1863	1886	1866	3	0	27
<b>New:</b>										
City management.....	1912	1921	1948	After 1914	1914	None	1924	2	0	
City planning.....	19th cent.	1909‡	1909‡	1947	1917	1963	1948	2	1	
Hospital administration.....	19th cent.	1926‡	1926‡	.....	1933	1957	1939	2	1	29
<b>Doubtful:</b>										
Advertising.....	1841	1900(?)#	1909(?)#	1894	1917	None	1924	1	0	
Funeral direction.....	19th cent.	ca. 1870	1914	1864	1882	1894	1884	3	0	29
							Total errors..	32		25

\* Dates concern only events in the United States. Among the sources: *Occupational Licensing in the States* (Chicago: The Council of State Governments, 1932); *Encyclopedia of Associations* (3d ed.; Detroit: Gale Research Co., 1961); L. E. Blauch (ed.), *Education for the Professions* (Washington, D.C.: Government Printing Office, 1955); *Encyclopedia of the Social Sciences* and other encyclopedias; J. W. Kane, *Famous First Facts* (New York: H. W. Wilson Co., 1950); professional association journals, newsletters, and yearbooks; and specialized histories, official or not. In cases of disagreement, precedence was given to a competent history—e.g., R. W. Habenstein and W. M. Lamers, *The History of American Funeral Direction* (Milwaukee, Wis.: Belfin Printers, 1955)—or to a date supplied by a professional association cross-checked by one other independent source. I am grateful to Anne Mooney, Ted Cooper, and the headquarters of the dominant professional associations for assistance.

† The total number of dates out of order in group divided by total possible entries in group. The errors for the whole table are 25 per cent of possible entries.

‡ Dates in italics in the same row designate the same event.

§ Two dates in the same row marked with a section mark (§) designate associated events.

|| Only three or four physicians are known to have resided in the Colonies prior to 1700. From 1607 to 1730 Colonial medical practice was relatively primitive (R. H. Shryock, *Medicine and Society in America: 1660-1860* [Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1962], pp. 7, 18).

#“(?)” designates best inference from available information.

<sup>16</sup> Cf. WILENSKY, Harold L. *The Professionalization of Everyone?* *American Journal of Sociology*, v. 70, n. 2, p. 137-158, 1964.

**32.** WILENSKY explica que o processo de profissionalização abrange cinco estágios: (1) o trabalho que era exercido de maneira amadora converte-se em atividade que exige tempo integral, tornando-se fonte de rendimentos e de subsistência; (2) a formação, qualificação e aperfeiçoamento passam a ser oferecidos por instituições de ensino, preferencialmente universidades, que desenvolverão bases teóricas e pesquisas científicas; (3) a organização de associação profissional, congregando os membros que exercem dada ocupação e que buscam seu reconhecimento como profissão – esse estágio é, frequentemente, marcado por conflitos e disputas com outras ocupações/profissões afins; (4) a regulamentação da profissão, com delimitação das competências, tarefas e práticas, além da proteção legal do Estado; (5) a edição de um código de ética, que regule o exercício da profissão, por meio de normas deontológicas, e estabeleça critérios capazes de orientar a relação entre os profissionais e seus clientes, controlar a qualidade dos serviços e punir as condutas indisciplinadas.

**33.** Ainda que tal processo de profissionalização limite-se a descrever uma sucessão linear de eventos, sem avaliar o papel efetivo de cada um deles, o importante é verificar que, no caso sob exame, a optometria passou por todas essas etapas em diversos países do mundo.

**34.** Atualmente, **mais de 130 países** – a título ilustrativo, destacam-se Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda, Canadá, Austrália, Índia, Israel, Alemanha, Itália, Holanda, Noruega, Suécia, Suíça, Hungria, Espanha, Portugal, Rússia, Japão, China, Malásia, Paquistão, México, Cuba, Colômbia, Equador, Nigéria, Gana, África do Sul, Moçambique, Arábia Saudita, entre outros – **reconhecem os optometristas como profissionais que integram seus sistemas nacionais de saúde**<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Registre-se, por oportuno, que a optometria é uma profissão licenciada e exercida em 90% dos países mais desenvolvidos, segundo relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Entre os países emergentes, conforme listagem elaborada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) em 2011, somente o Brasil não reconhece a optometria.



35. Além do conhecido princípio *in dubio pro salute*<sup>18</sup>, a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Agência Internacional para Prevenção da Cegueira (IAPB) adotam a optometria como ferramenta essencial na luta contra a cegueira evitável no mundo, por meio de uma iniciativa global, chamada *Vision 2020: The Right to Sight*, que vem contribuindo com uma ampla gama de atividades voltadas ao cuidado com a visão<sup>19</sup>.

36. Na mesma linha, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua *Classificação Internacional Uniforme de Ocupações* (CIUO-58), considera a optometria como profissão (código 0-58) desde sua primeira edição, em 1958<sup>20</sup>. A Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), desde 1984, reconhece a importância do papel desempenhado pelos optometristas na área da saúde visual, prestando atendimento primário voltado à prevenção de doenças.

37. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), por sua vez, mantém a Cátedra em Saúde Visual e Desenvolvimento, vinculada à Facultad de Óptica y Optometría de Terrassa (FOOT), da Universitat Politècnica de Catalunya, dedicada à investigação, formação e cooperação no campo da saúde pública, especialmente na saúde ocular. Na mesma linha, cumpre referir o *Voluntariado da Optometria ao Serviço da Humanidade* (VOSH), organização não-governamental que promove, desde 1971, programa de atendimento primário à saúde visual, em todo o mundo, a pessoas que não podem pagar ou obter esses cuidados.

---

<sup>18</sup> A respeito da prevalência das normas e padrões de organizações internacionais das quais o Brasil é membro sobre as normas de direito interno, ver VENTURA, Deisy; BALBINOT, Rachele. A aplicação judicial das normas da Organização Mundial da Saúde no Brasil: “in dubio pro salute”. *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n.3, p. 162-172, nov. 2014/fev. 2015.

<sup>19</sup> Cf. HOLDEN, Brien A.; RESNIKOFF, Serge. The Role of Optometry in VISION 2020. *Community Eye Health Journal*, v. 15, n. 43, p. 33-36, 2002. Disponível em: <https://www.cehjournal.org/article/the-role-of-optometry-in-vision-2020>.

<sup>20</sup> Nas versões posteriores da *Classificação Internacional Uniforme de Ocupações* da OIT, a profissão optometrista corresponde aos códigos 0-75.20 (CIOU-68), 3224 (CIOU-88) e 2267 (CIOU-08).

38. Ainda na esfera internacional dos organismos reguladores e que representam os optometristas, merece destaque o *World Council of Optometry* (WCO) – organização global que reúne centenas de entidades associadas, representando mais de 200 mil optometristas em todo o mundo –, além do *European Council of Optometry and Optics* (CEO) e da *Asociación Latinoamericana de Optometría y Óptica* (ALDOO).

39. Talvez o maior paradoxo de todos, no que diz respeito ao reconhecimento da optometria pela comunidade científica internacional, advenha da posição consolidada pelo *International Council of Ophthalmology* (ICO), em cujo “Plano Estratégico para a Preservação e Recuperação da Visão”<sup>21</sup> aponta o optometrista como membro do grupo interdisciplinar de cuidados com a saúde visual, descrevendo inclusive suas competências, destacadamente as de realizar exames, entre eles a refração, e encaminhar os casos patológicos a um médico.

40. Como se vê, o Brasil é um dos últimos países no mundo onde ainda se restringe – ilegitimamente – o exercício do direito à liberdade profissional dos optometristas, o que, via reflexa, também causa inúmeros prejuízos à prestação do direito fundamental à saúde.

41. O presente caso revela o modo como, historicamente, o Direito vem a reboque do tempo. Sob certa perspectiva, o tempo é inimigo do Direito. O tempo do Direito é muito mais lento do que o tempo da ciência, por exemplo. A velocidade com que se desenvolve o progresso científico é incomparável àquela que, de um modo geral, caracteriza a produção normativa, especialmente na esfera legislativa. Não é incomum, contudo, o Direito se vingar do tempo, aprisionando-o dos mais diversos modos.

---

<sup>21</sup> Cf. *International Ophthalmology Strategic Plan to Preserve and Restore Vision* [Based on the blue print of the International Council for Ophthalmology’s]. Ophthalmological Society of Nigeria, July 2005. Disponível em: <http://www.icoph.org/downloads/visionforthefuturenigeria.pdf>.

42. Desse modo, parece claro que a controvérsia constitucional objeto da ADPF nº 131, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, envolve o problema hermenêutico relativo à interpretação de normas jurídicas anacrônicas – no caso, os dispositivos da década de 30 do século passado, que proíbem o pleno exercício da atividade dos optometristas – diante dos avanços ocorridos, sobretudo ao longo das últimas décadas, no campo da saúde visual.

### III

#### [A SUPERVENIÊNCIA DA LEI DO ATO MÉDICO E SEUS EFEITOS]

43. A ADPF nº 131 foi proposta pelo CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E OPTOMETRIA – CBOO, em 19 de fevereiro de 2008, sob o argumento de que os dispositivos contidos nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 violam diversos preceitos constitucionais e, portanto, não teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988.

44. Ocorre que, depois de muita polêmica, em 10 de julho de 2013, houve a promulgação da Lei nº 12.842 – também conhecida por *Lei do Ato Médico* –, em cujo artigo 1º dispõe que “o exercício da Medicina é regido pelas disposições desta Lei”.

45. A superveniência da Lei do Ato Médico incide, diretamente, no caso sob exame, uma vez que reforça – de maneira substancial – a argumentação do CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E OPTOMETRIA – CBOO, no sentido da revogação dos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, agora também no plano da legalidade.

46. Isso porque, em seu artigo 4º, a Lei do Ato Médico trouxe um catálogo contendo as “atividades privativa do médico”, *in verbis*:

Art. 4º. São atividades privativas do médico:

**I - (VETADO);**

II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;

III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias;

IV - intubação traqueal;

V - coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal;

VI - execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral;

VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anátomo-patológicos;

VIII - (VETADO);

**IX - (VETADO);**

X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;

XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde;

XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;

XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;

XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

47. Na verdade, os incisos I e IX estabeleciam, no projeto de lei originário, respectivamente a “formulação do diagnóstico nosológico e respectiva prescrição terapêutica” e a “prescrição de órteses e próteses oftalmológicas”. E esse é um dado absolutamente relevante para a adequada compreensão da situação fático-jurídica.

48. Na Mensagem nº 287, de 10 de julho de 2013, a Presidente da República assim justifica os referidos vetos por contrariedade ao interesse público, em conformidade com manifestação do Ministério da Saúde:

O texto inviabiliza a manutenção de ações preconizadas em protocolos e diretrizes clínicas estabelecidas no Sistema Único de Saúde e em rotinas e protocolos consagrados nos estabelecimentos privados de saúde. Da forma como foi redigido, **o inciso I impediria a continuidade de inúmeros programas do Sistema Único de Saúde que funcionam a partir da atuação integrada dos profissionais de saúde, contando, inclusive, com a realização do diagnóstico nosológico por profissionais de outras áreas que não a médica.** É o caso dos programas de prevenção e controle à malária, tuberculose, hanseníase e doenças sexualmente transmissíveis, dentre outros. Assim, a sanção do texto poderia comprometer as políticas públicas da área de saúde, além de introduzir elevado risco de judicialização da matéria.

[...]

**Os dispositivos [incisos VIII e IX] 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.**

49. Como se isso não bastasse, ao elencar as exceções à *regra da privatividade*, a Lei do Ato Médico estabeleceu expressamente:

Art. 4º. São atividades privativas do médico:

[...]

§ 5º. **Excetuam-se** do rol de atividades privativas do médico:

[...]

**IX - procedimentos realizados através de orifícios naturais em estruturas anatômicas visando à recuperação físico-funcional e não comprometendo a estrutura celular e tecidual.**

50. Eis, aqui, insofismável *reserva legal* à principal atribuição desempenhada pelos profissionais devidamente habilitados para o exercício da optometria. Com isso, o legislador terminou protegendo – pela via oblíqua, porém de forma precisa e até então inédita – o núcleo essencial da atividade optométrica.

51. Em suma: a superveniência da Lei do Ato Médico resultou em uma *tripla revogação* das normas proibitivas que constituem o objeto da ADPF nº 131:

- (i) a positivação de um catálogo das atividades privativas do médico revogou – ainda que tacitamente – toda legislação anterior que regulava o exercício da medicina, em especial o Decreto nº 20.931/32;
- (ii) o referido catálogo continha, originalmente, dois incisos – um sobre a “formulação de diagnóstico e a respectiva prescrição terapêutica”; outro a respeito da “prescrição de próteses oftalmológicas” – que foram vetados pela Presidente, o que reforçou a tese da revogação;
- (iii) a regra de exceção à privatividade, ao contemplar o núcleo essencial da atividade optométrica, terminou conferindo expressa proteção legal ao exercício da profissão.

#### IV

#### [DA DESLEITURA DAS NORMAS IMPUGNADAS]

52. *A burocracia* (3) é um microconto, de EDUARDO GALEANO, que desnuda, de maneira singular, as idiosincrasias do sistema e o problema do anacronismo na aplicação das normas:

Sixto Martínez cumpriu serviço militar num quartel de Sevilha. No meio da parada havia um banquinho. Junto do banquinho, um soldado montava guarda. Ninguém sabia por que motivo era necessário guardar o banquinho. A guarda fazia-se porque se fazia,

noite e dia, todas as noites, todos os dias, e de geração em geração os oficiais transmitiam a ordem e os soldados a obedeciam. Nunca ninguém duvidou, nunca ninguém perguntou. Se assim se fazia, e sempre se havia feito, por algum motivo seria.

E assim continuou a ser, até que alguém, não sei qual general ou coronel, quis saber a ordem original. Tiveram que revolver a fundo os arquivos. E depois de muito procurar, ficou a saber-se – Trinta e três anos, dois meses e quatro dias atrás, um oficial tinha mandado montar guarda junto ao banquinho, que estava recém-pintado, para que não acontecesse alguém sentar-se sobre a tinta fresca<sup>22</sup>.

53. O exercício hermenêutico – que no campo do Direito envolve a compreensão do sentido e do alcance dos textos jurídicos – exige a passagem do abstrato ao concreto, do universal ao particular, até que se chegue ao singular. Esse processo implica que a *releitura* da norma se faça acompanhar de sua *desleitura*.

54. O prefixo *re-*, presente no vocábulo *releitura*, tem dupla acepção e pode remeter tanto ao “movimento para trás”, quando imprime a ideia de retrocesso, recuo ou repetição – como ocorre, por exemplo, no termo reafirmar, cujo sentido é de “afirmar de novo e de maneira mais categórica”, ou seja, de “confirmar” –, quanto ao “movimento em sentido contrário”, exprimindo a ideia de reação, revisão, renovação. É a essa segunda acepção que se vincula a noção de *desleitura* – formulada por HAROLD BLOOM<sup>23</sup> e caudatária do desconstrucionismo de JACQUES DERRIDA<sup>24</sup> –, que se caracteriza pela postura crítica que o leitor adota diante do texto, propondo uma interpretação revisionista, de modo a fazer surgir, como aponta ERNILDO STEIN<sup>25</sup>, “um novo *ver*, um novo modo de estimar e avaliar, para imprimir

---

<sup>22</sup> GALEANO, Eduardo. *Livro dos abraços*. 9. ed. Porto Alegre: LP&M, 2002, p. 62

<sup>23</sup> BLOOM, Harold. *A angústia da influência*. Rio de Janeiro: Imago, 1991; e, ainda, BLOOM, Harold. *Um mapa da desleitura*. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

<sup>24</sup> DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

<sup>25</sup> STEIN, Ernildo. Metafísica e fenomenologia: (sugestões de uma desleitura). In: BOMBASSARO, L. C.; DALBOSCO, C. A; HERMANN, N. (Orgs.). *Percursos hermenêuticos e políticos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2014, p. 355 e 364.

então [à matéria do texto] um direcionamento corretivo”, e possibilitando-lhe “superar os que o antecederam por uma compreensão nova dos textos”.

55. Nas palavras de STEIN,

A desleitura não é apenas um ato de escolha e decisão, mas faz parte de uma criatividade que tem pela frente o texto que pretende interpretar, ou superar através de outro texto, à procura de uma relação original que ele pretende estabelecer com a vantagem na sua condição de ser tardio, posterior, e, desse modo, tendo a iniciativa para um direcionamento ou uma segunda visão ou uma reestimativa e reavaliação. É por essa razão que a relação de leitura termina sendo uma desleitura, ou mesmo se quisermos uma desescrita<sup>26</sup>.

56. Como se vê, nos paradigmas da intersubjetividade e da intertextualidade, não existem textos, mas relações entre textos. *Um texto sempre fala de outros textos*, para lembrar a lição de UMBERTO ECO<sup>27</sup>. Assim, toda leitura envolve um ato crítico, de desapropriação dos sentidos que um texto/leitor exerce sobre outros. *É preciso desinterpretar para interpretar*. Eis a tarefa hermenêutica do caso sob exame.

57. É nesse âmbito, portanto, que exsurge a necessidade de analisar o contexto social, político e jurídico que deu origem à edição dos decretos, a fim de examinar as relações intersubjetivas nele implicadas, e, confrontando-o com o contexto atual, avaliar se atende às novas configurações que as relações intersubjetivas adquiriram.

58. Cinco são as restrições estabelecidas nos decretos impugnados pelo CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E OPTOMETRIA:

- (i) proibição dos optometristas instalarem consultórios (art. 38, Dec. 20.931/32);

---

<sup>26</sup> *Id. ibidem*, p. 353-354.

<sup>27</sup> ECO, Umberto. *Pós-escrito a “O nome da rosa”*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 20.



- (ii) proibição das óticas confeccionarem e venderem lentes de grau sem prescrição médica (art. 39, Dec. 20.931/32);
- (iii) obrigação de as óticas possuírem livro destinado ao registro das prescrições médicas (art. 41, Dec. 20.931/32);
- (iv) proibição dos óticos práticos e demais empregados do estabelecimento escolher, permitir escolher, indicarem ou aconselharem o uso de lentes de grau (art. 13, Dec. 24.492/34);
- (v) proibição das óticas fornecerem lentes de grau sem apresentação da fórmula ótica de médico, com diploma registrado (art. 14, Dec. 24.492/34).

59. Durante praticamente *setenta anos*, desde a edição dos decretos até a formação dos primeiros bacharéis em optometria, a interpretação das normas ora impugnadas baseou-se em facticidade que, possivelmente, conferia fundamentação à restrição das atividades do optometrista.

60. Aqui, é importante esclarecer algumas distinções fundamentais para a compreensão de todo o caso. Muito embora, originalmente, as atividades desempenhadas por óticos práticos e optometristas fossem equivalentes – tanto é assim que, no século XIX, eram chamados “oculistas mecânicos” –, a legislação da década de 30 diferencia, ainda que de maneira superficial, as ocupações/profissões do ótico, responsável pelo manuseio, fabricação e aviamento de lentes, e do optometrista, responsável pela avaliação do paciente e indicação do meio óptico adequado à correção visual. Com o tempo, ambos passaram a exigir curso técnico de nível médio oferecido por instituições de formação profissional voltadas à capacitação. Nesse sentido, por exemplo, a *Classificação das Ocupações Brasileira* utiliza a expressão “técnicos” em óptica e em optometria. No entanto, a partir dos anos 2000, com o oferecimento de cursos de graduação em optometria, a atividade dos optometristas atinge, finalmente, um novo patamar, ao exigir formação superior específica.

61. Tal evolução da profissão permite concluir que **o optometrista do século XXI não se compara, de maneira alguma, àqueles dos séculos XIX e XX**. Essa é a pedra de toque que exige a desconstrução da interpretação tradicional – a desleitura ou desinterpretação –, a fim de que se possa compreender, de maneira autêntica, a particularidade do caso sob exame.

62. Vejamos, por exemplo, a confusão em que incorreu um jurista do porte de CELSO RIBEIRO BASTOS:

Analisada a situação e atribuições próprias de cada uma das profissões, respectivamente, do **óptico prático** e do **oftalmologista**, resta identificar qual seria a área de atuação do denominado **optometrista**. Consoante o que se verifica em países que, como os Estados Unidos, assimilaram esta atividade no século XIX, tem-se que ao optometrista caberia a prescrição de óculos e de lentes de contato. **Esta profissão, assim compreendida, não encontra regulamentação técnica específica e destacada, no Brasil**, inserindo-se, outrossim, **na seara privativa da atividade da oftalmologia**.

Nota-se, em todos os dispositivos que regulam a matéria, a manifestação de preocupações quanto à saúde pública. **A atuação exclusiva de médicos oftalmologistas, afastando a atividade dos ópticos práticos e dos optometristas, justifica-se na medida em que o tratamento e mesmo o diagnóstico das patologias relacionadas ao globo ocular deve ser, necessariamente, da alçada de profissional com conhecimentos que propiciem a correta detecção da doença e as possíveis implicações que dela advenham**. Daí a exigência de que tais atividades sejam promovidas exatamente por médicos.

**Seria ignorar todo o avanço da humanidade, o pretender-se que também o óptico prático ou o optometrista pudesse avançar em alguns segmentos pertencentes ao ofício médico**. Além do perigo iminente à saúde pública, **caso viesse o Estado a propiciar esta situação, tem-se, ainda, a certeza de que os danos de cunho individual poderiam ser extremamente graves**. O mesmo se diga quanto à atividade desempenhada pelo denominado contactólogo. Não pode este, por idênticos motivos, prescrever ou adaptar lentes de contato.

**Mostra-se ingênua a idéia de que prescrever a lente de grau – seja ou não uma lente de contato – é algo alheio à saúde da pessoa, restringindo-se o problema à qualidade de visão do paciente.** Acontece que o ter um problema visual não implica apenas na prescrição de um grau para lentes, envolvendo, outrossim, o determinar com precisão as causas, para eventualmente também combatê-las, o que está totalmente fora das perspectivas de qualquer profissional que não seja médico<sup>28</sup>.

**63.** Em suas conclusões, o referido estudo também traz uma série de problemas, em parte semânticos, como se passa a demonstrar:

(i) A afirmação *Aquilo que se tem denominado de atividade do optometrista não se encontra disciplinada, no Brasil, ficando compreendida dentro da própria medicina*<sup>29</sup> é incorreta. Isso porque, com já se viu, o Decreto nº 20.931/32, em seu artigo 3º, reconhece expressamente a profissão do optometrista, exigindo a comprovação de sua habilitação à autoridade sanitária competente.

(ii) A afirmação *Em nosso sistema jurídico, a optometria não se destacou como ciência ou carreira própria. Encontra-se inserida dentro da medicina*<sup>30</sup> é, igualmente, imprópria. Na verdade, o artigo foi publicado no primeiro trimestre de 2001, após o início da polêmica que envolveu a autorização para os primeiros cursos superiores em optometria. Ocorre que, ao longo dos últimos dezessete anos, como já se viu, houve o gradual processo de profissionalização da optometria no Brasil, tal qual verificado em mais de uma centena de outros países.

(iii) A afirmação *Ainda que se insista no oferecimento de toda uma formação universitária, a realidade é que o optometrista jamais estará habilitado para os misteres médicos, como são as atividades de receitar e diagnosticar, sob qualquer forma, as doenças relativas ao globo*

---

<sup>28</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Da criação e regulamentação de profissões e cursos superiores: o caso dos oftalmologistas, optometristas e ópticos práticos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, n. 34 p. 245-257, jan.-mar. 2001.

<sup>29</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 256.

<sup>30</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 256.

*ocular*<sup>31</sup> revela toda a parcialidade do autor. Aqui, observa-se inteiramente a incompreensão do problema. Ao contrário da premissa adotada no artigo, os optometristas nunca pretenderam exercer a medicina e tampouco substituir a figura do médico, mas apenas desempenhar as atividades para as quais tiveram formação superior e foram habilitados<sup>32</sup>.

64. Atualmente, há quase 5 mil optometristas graduados no Brasil – todos bacharéis em curso superior reconhecidos pelo Ministério da Educação –, cujo exercício da atividade profissional permanece limitado em razão de uma **interpretação inautêntica** – porque anacrônica – de normas elaboradas na primeira metade do século passado.

65. Como se sabe, no direito brasileiro, a discussão acerca da liberdade profissional remonta à Constituição de 1891, cujo artigo 72, § 24, assegurava o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial, sem facultar ao legislador a imposição de qualquer limitação. Entretanto, ao longo de toda a República Velha, prevaleceu a “tese credencialista”, segundo a qual certas profissões exigiam diploma acadêmico como meio de aferir capacitação profissional, embora o Rio Grande do Sul, defendesse a liberdade profissional irrestrita. Com o triunfo da Revolução de 30, as Constituições subsequentes consagraram a faculdade de o legislador restringir o direito à liberdade profissional, tal qual previsto, atualmente, no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> *Id., ibid.*, p. 257.

<sup>32</sup> Veja-se como, paradoxalmente, o próprio Celso Ribeiro Bastos interpretava o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988: “A atual redação deste artigo deixa claro que o papel da lei na criação de requisitos para o exercício da profissão há de ater-se exclusivamente às qualificações profissionais. Trata-se portanto de um problema de capacitação técnica, científica ou moral” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2, p. 87).

<sup>33</sup> LUNARDELLI, José Marcos. *A regulação das profissões e o controle judicial*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 254-255.

66. O guardião da Constituição, ao interpretar o direito fundamental à liberdade profissional, vem reiteradamente entendendo que **a regra é a prevalência do princípio *pro libertate*** no que diz respeito ao exercício de trabalho ofício e profissão. Eventual limitação, que deve ocorrer por meio de lei, deve ficar adstrita à qualificação, ou seja, às condições de capacidade, referindo-se a conhecimentos científicos, técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos<sup>34</sup>.

67. Segundo JOSÉ MARCOS LUNARDELLI, em tese de doutorado intitulada *A Regulação das profissões e o controle judicial*, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

**a regulação profissional existente no ordenamento jurídico brasileiro está estruturada basicamente no critério da exigência de uma credencial educacional.** Ou seja, a construção jurídica de uma profissão ocorre por meio da vinculação do exercício de uma atividade econômica especializada (ocupação) a um saber certificado por uma instituição de ensino superior<sup>35</sup>.

68. E prossegue LUNARDELLI:

Em matéria de competição interprofissional, **o Supremo Tribunal Federal reafirmou a legitimidade da constituição de novas profissões com base em capacidade técnica atestada por credencial educacional.** Estabeleceu também o STF que o legislador não desfruta de arbítrio na atribuição da jurisdição exclusiva a nova profissão em detrimento de outras já estabelecidas, visto que a alocação de tarefas privativas a determinada profissão deve estar calcada necessariamente na existência de um saber profissional específico que seja um efetivo acréscimo ao conhecimento geral existente. **Não cabe também restrição ao exercício profissional com a finalidade de proteger contra a competição profissional, tendo em vista uma presumível saturação do mercado. Tal restrin-**

---

<sup>34</sup> Na verdade, esse entendimento encontra eco, desde 1990, no Ag.Rg. em Ag. Inst. 134.449/SP, no qual a Suprema Corte entendeu que o direito fundamental à liberdade profissional impossibilita qualquer restrição decorrente de condicionamentos diversos dos “requisitos de capacidade”.

<sup>35</sup> LUNARDELLI, *op. cit.*, p. 252.

**gência não se subsume ao conceito de condições de capacidade e, por isso, afronta o princípio a liberdade de profissão<sup>36</sup>.**

69. Recorde-se, por oportuno, que o Conselho Federal de Medicina se insurgiu, desde o início, contra a abertura dos referidos cursos, levando um dos casos ao Supremo Tribunal Federal, que prestigiou a autonomia didático-científica das Universidades:

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Autonomia didático-científico das Universidades. Art. 207 da Constituição Federal. Curso superior de tecnologia em Optometria. Atividades que seriam privativas do exercício da medicina e da oftalmologia. Dilação probatória. De acordo com o art. 53 da Lei nº 9.394/96, as Universidades têm a prerrogativa de criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior. Por outro lado, a manifestação do Conselho Nacional de Saúde somente era exigível para a criação de cursos de graduação em medicina, em odontologia e em psicologia (art. 27 do Decreto nº 3.860/2001). No caso, a alegada “invasão nas atribuições da profissão médica” depende de comprovação dilatória, inadmissível na via estreita do mandado de segurança. Mantém-se a decisão denegatória do Superior Tribunal de Justiça, tal como proferida<sup>37</sup>.

70. Ao julgar o referido recurso, o eminente ministro SEPÚLVEDA PERTENCE assim se manifestou:

**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

---

<sup>36</sup> *Id., ibid.*, p. 256.

<sup>37</sup> RMS nº 26.199-8/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, STF, j. em 27/03/2007. No mesmo sentido, porém no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destacam-se os seguintes precedentes: MS nº 9.769/DF e MS nº 11.002/DF, ambos de relatoria do ministro TEORI ZAVASCKI.

essas profissões e atrás delas muitas outras de pacífico reconhecimento internacional, como por exemplo, o da neurociência.

71. Impecável o raciocínio do ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: *o anacronismo é um dos principais adversários hermenêuticos no processo de interpretação das normas jurídicas*. Ora, é impossível alguém questionar a regulamentação do espaço aéreo com base no código civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou *BGB*), que é de 1900, época na qual não se falava em aviões.

72. Faço outro exemplo: o Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931, também editado por Getúlio Vargas, em seu artigo 90, autorizava as universidades a expedirem diplomas de doutorado quando, após a conclusão dos cursos normais, técnicos ou científicos, os candidatos defendessem uma tese de sua autoria. Ocorre que, desde o mesmo ano, a Universidade de Minas Gerais (era chamada assim à época) já oferecia seu curso de doutorado em Direito, criado pelo Decreto nº 19.952/31, nas áreas de direito público, direito privado e direito penal. Nas décadas sucessivas, outros foram implantados em diversas regiões do Brasil. Em 1951, surgem o CNPq e a CAPES, essa com missão de estruturar um sistema de pós-graduação. Tanto é assim que, em 1965, após a regulamentação dos cursos de pós-graduação, a Capes classifica os 38 cursos de mestrado e doutorado em funcionamento no país e, em 1981, elabora o Plano Nacional de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Durante todo esse período, o Decreto nº 19.851/31 e seu artigo 90 permaneceram vigentes, apesar de anacrônicos. A única diferença é que, nesse caso – ao contrário do sob exame –, houve sua revogação expressa, ainda que tardia, em 1991, por meio do Decreto nº 99.999.

73. Como se vê, diante de todo esse quadro, a situação vivenciada nos dias de hoje pelos optometristas não difere daquela pela qual passaram os fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais no início da décadas de 70 e 80, quando o Conselho

Federal de Medicina e a Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação exerceram tamanha pressão política que o Procurador-Geral da República ofereceu a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.056-2/DF, referente aos artigos 3 e 4º do Decreto-lei nº 938/69 e do artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 6.316/75, que regulamentavam as referidas profissões.

74. Tal representação foi julgada improcedente, à unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em 4 de maio de 1983. Em seu voto, o eminente relator, ministro DÉCIO MIRANDA, afirmou:

Ultrapassada a clássica divisão tricotômica – Direito, Medicina e Engenharia – que por tantos anos perdurou, a complexidade crescente da vida social, de par com a distensão das faixas da população a que se tornou acessível a Universidade, acarretam a especificação, ora por cissiparidade, ora por meio de criação original, de novas profissões de nível superior.

Reconhecido um novo ramo de ensino universitário, ou é um segmento que se destaca da área profissional antes reconhecida e regulamentada, ou corresponde a necessidade nova do mercado de trabalho, surgida do próprio desenvolvimento das ciências e das artes.

A cada novo segmento do ensino universitário, surgem apelos ao legislador para fixar as regras do exercício da profissão correspondentes.

Autorizada a capacitação, torna-se possível a correlata reserva de espaço profissional<sup>38</sup>.

75. Ainda na mesma linha, merece destaque o voto do ministro NÉRI DA SILVEIRA:

Trata-se, aqui, sem dúvida, de manifestação de conflito a delimitação de campos de atividades profissionais, na área da saúde. **Profissionais de nível universitário, como os médicos, os fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais estão sujeitos, à sua vez, a currículos universitários adequados à formação**

---

<sup>38</sup> Rp nº 1.056-2, Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, Tribunal Pleno, STF, j. em 04/05/1993.



profissional específica e distinta dos médicos, assim como da dos enfermeiros, dos odontólogos, dos psicólogos, dos nutricionistas, dos farmacêuticos e de outros profissionais das denominados ciências da saúde. Neste estágio do desenvolvimento científico e técnico, ninguém mais poderá pensar que a medicina seja a única ciência da saúde. Outras ciências já lograram domínio específico, a partir de sua metodologia própria. O conhecimento científico afirma-se, com autonomia, na medida em que se obtém segundo métodos próprios e distintos dos de outras áreas do saber.

[...]

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, que 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, vêm 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.

76. Desse modo, após os conflitos interprofissionais entre médicos, de um lado, e odontólogos, farmacêuticos, enfermeiros, psicólogos, nutricionistas, fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais de outro, é chegada a hora da emancipação profissional dos optometristas.

77. Resumidamente: a questão a saber, sem precisar recorrer às clássicas noções de *mens legis* e *mens legislatoris*, é se os optometristas aos quais se referem os Decretos nº 21.931/32 e 24.492/34 são os mesmos de hoje? E a resposta, como todos sabem, é **negativa**. Tal qual os **ortopedistas** – que, à época, não tinham

formação em medicina<sup>39</sup> –, os optometristas eram práticos, sem qualquer conhecimento técnico e científico. Ora, ninguém tem dúvida, atualmente, de que os ortopedistas-do-decreto (sim, eles também permanecem constando no artigo 38) não são os ortopedistas-médicos! Assim, se o propósito das normas proibitivas contidas nos Decretos era obstar o exercício de atividades que poderiam colocar em risco a saúde pública, esse quadro alterou-se significativamente a partir da abertura dos cursos superiores em optometria, voltados à habilitação de profissionais especializados.

## V

### [NORMAS EM PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO]

78. No campo da jurisdição constitucional, à controvérsia acerca da invalidade dos dispositivos contidos nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 subjaz uma problemática já enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal: as *normas em processo de inconstitucionalização*.

79. Em 1998, ao julgar improcedente a ADI nº 1.232/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93<sup>40</sup> (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que estabelecia, para o pagamento do benefício assistência, a exigência de uma renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo.

---

<sup>39</sup> O “ortopedista” à que se refere o Decreto nº 20.931/32 é o ortopedista-prático, ou ortopedista-técnico, uma vez que, à época, os cursos de medicina ainda não havia incorporado o estudo da ortopedia. Destaque-se que a fundação da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia (SBOT) ocorreu somente em 19 de setembro de 1935.

<sup>40</sup> “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. [...] § 3º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo” (LOAS).

80. Todavia, em 2013, a Suprema Corte julgou improcedente a Reclamação nº 4.374/PE<sup>41</sup>, proposta pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), com o objetivo de suspender o pagamento de benefício concedido a trabalhador rural de Pernambuco em razão da inobservância do requisito legal da insuficiência da renda família *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo.

80. Nesse importante e conhecido precedente – no qual a Corte entendeu que a evolução interpretativa conduziu à inconstitucionalidade superveniente, em 2013, de uma norma declarada constitucional, em 1998 –, o eminente relator, ministro GILMAR MENDES, afirma em seu voto:

Na ADI 1.232, como visto, o Tribunal decidiu que o critério definido pelo § 3º do art. 2º da LOAS não padecia, por si só, de qualquer inconstitucionalidade. Haveria omissão legislativa quanto a outros critérios, mas aquele único critério já definido pela lei não continha qualquer tipo de violação à norma constitucional do art. 203, V, da Constituição.

**A decisão do Tribunal foi proferida no ano de 1998, poucos anos após a edição da LOAS (de 1993), num contexto econômico e social específico.** Na década de 1990, a renda familiar per capita no valor de ¼ do salário mínimo foi adotada como um critério objetivo de caráter econômico-social, resultado de uma equação econômico-financeira levada a efeito pelo legislador tendo em vista o estágio de desenvolvimento econômico do país no início da década de 1990.

**É fácil perceber que a economia brasileira mudou completamente nos últimos 20 anos. Desde a promulgação da Constituição foram realizadas significativas reformas constitucionais e administrativas, com repercussão no âmbito econômico, financeiro e administrativo.** A inflação galopante foi controlada, o que tem permitido uma significativa melhoria da distribuição de renda. Os gastos públicos estão hoje disciplinados por Lei de Responsabilidade Fiscal, que prenuncia certo equilíbrio e transparência nas contas públicas federais, estaduais e municipais. Esse processo de reforma prosseguiu com a aprovação de uma reforma mais ampla

---

<sup>41</sup> RCL nº 4.374/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, STF, julgado em 18/04/2013.

do sistema de previdência social (Emenda 41, de 2003) e uma parcial reforma do sistema tributário nacional (Emenda 42, de 2003).

**Nesse contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para  $\frac{1}{2}$  do salário mínimo o valor padrão da renda familiar per capita.** Por exemplo, citem-se os seguintes.

O Programa Nacional de Acesso à Alimentação – Cartão Alimentação foi criado por meio da Medida Provisória n.º 108, de 27 de fevereiro de 2003, convertida posteriormente na Lei n.º 10.689, de 13 de junho de 2003. A regulamentação se deu por meio do Decreto n.º 4.675, de 16 de abril de 2003. O Programa Bolsa Família – PBF foi criado por meio da Medida Provisória n.º 132, de 20 de outubro de 2003, convertida na Lei n.º 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Sua regulamentação ocorreu em 17 de setembro de 2004, por meio do Decreto n.º 5.209.

Com a criação do Bolsa Família, outros programas e ações de transferência de renda do Governo Federal foram unificados: Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Educação – Bolsa Escola (Lei 10.219/2001); Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA (Lei 10.689 de 2003); Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Saúde – Bolsa Alimentação (MP 2.206-1/2001) Programa Auxílio-Gás (Decreto n.º 4.102/2002); Cadastramento Único do Governo Federal (Decreto 3.811/2001).

**Portanto, os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de  $\frac{1}{2}$  salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios.** Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que **o próprio legislador vem reinterpretação o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990.** Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o **§ 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.** Portanto, além do já constatado estado de omissão inconstitucional, estado este que é originário em relação à edição

da LOAS em 1993 (uma inconstitucionalidade originária, portanto), **hoje se pode verificar também a inconstitucionalidade (super-veniente)** do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. **Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).**

**82.** No caso da ADPF nº 131, ainda que as restrições contidas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 fossem consideradas válidas após o advento da Constituição de 1988 – não se ignora, aqui, o teor da ADI nº 533, de relatoria do ministro CARLOS VELLOSO, extinta sem julgamento de mérito<sup>42</sup> –, é imperioso reconhecer que houve a gradual profissionalização da atividade do optometrista, especialmente a partir dos anos 2000, conforme já demonstrado, e que isso promoveu uma alteração normativa.

**83.** Inicialmente, ocorreu a abertura dos primeiros cursos de ensino superior, tanto na modalidade bacharelado quanto tecnólogo, autorizados e reconhecidos pelo Ministério da Educação. Em seguida, o Ministério do Trabalho e Emprego inseriu a atividade de optometrista na *Classificação Brasileira de Ocupações*.

**84.** Da mesma forma, a *Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses, Próteses e Materiais Especiais do Sistema Único de Saúde* considera o optometrista como profissional do “Atendimento/Acompanhamento em Reabilitação Visual”, conforme a Portaria nº 752, de 22 de agosto de 2014, do Ministério da Saúde.

**85.** Na mesma linha, o Conselho Nacional de Saúde, por meio da Recomendação CNS nº 004, de 14 de julho de 2016, manifestou-se contrário à

---

<sup>42</sup> ADI nº 533, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, STF, j. em 07/08/1991. Ao deferir a liminar na ADI, a Corte declarou a inconstitucionalidade – por vício formal, sem qualquer análise meritória sobre o exercício de qualquer profissão – do Decreto nº 99.678/90, que revogara expressamente os Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34. Os referidos Decretos foram ripristinados por meio do Decreto de 12 de julho de 1991.

aprovação do PLS nº 350/2014 – recentemente arquivado no Senado Federal –, rejeitando as alterações que pretendiam modificar a Lei do Ato Médico para ressuscitar a privatividade de diagnosticar e indicar lentes de grau.

**86.** Registre-se, por oportuno, que a atividade da optometria também consta na *Classificação Nacional de Atividades Econômicas* do IBGE, adotada oficialmente pelo Sistema Estatístico Nacional do Brasil e pelos órgãos federais, estaduais e municipais gestores de registros administrativos e demais instituições de todo o país.

**87.** Outro exemplo – ainda mais significativo do reconhecimento estatal à profissão – é o Termo de Cooperação Técnica nº 027/2016, celebrado em 17 de agosto de 2016, entre Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Conselho Nacional de Justiça, Governo do Estado do Espírito Santo, Universidade Federal do Espírito Santo, Universidade de Vila Velha e Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria, que proporcionou às detentas atendimento primário em saúde visual – prestado por optometristas –, assim como a doação de mais de 200 (duzentos) óculos em unidades prisionais daquela unidade federativa.

**88.** Isso para não falar das inúmeras decisões judiciais proferidas em diversos tribunais da federação<sup>43</sup> – e também da jurisprudência majoritária no Superior Tribunal de Justiça<sup>44</sup> –, assegurando aos optometristas com formação em nível

---

<sup>43</sup> A título exemplificativo, destacam-se os seguintes julgados: Apelação em MS nº 2006.030031-7/0001.00, Rel. Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS, TJSC; Apelação nº 0027137-28.2015.8.08.0035, Rel. Des. JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS, TJES; ED em Apelação nº 0388038-51.2013.8.21.7000, Rel. Des. ALMIR PORTO DA ROCHA FILHO, TJRS; Apelação nº 2014.084676-0, Rel. Des. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, TJSC; Agravo de Instrumento nº 0134933-42-2015.8.24.0000, Rel. Des. LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI, TJSC; Apelação nº 0007319-63.2005.4.01.3400, Rel. Des. ANGELA CATÃO, TJF 1ª Região.

<sup>44</sup> Ver, nesse sentido, REsp nº 975.322/RS, Rel. Min. LUIZ FUX; REsp nº 852.881/RS, Rel. Min. LUIZ FUX; Ag. em REsp nº 35.895/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN; REsp nº 1.295.013/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN; REsp nº 1.601.283/BA, Rel. Min. OG FERNANDES; REsp nº 1.308.813/MG, Rel. Min. OG FERNANDES; REsp nº 1.401.529/SC, Rel. Min. OG FERNANDES; REsp nº 1.194.552/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN; REsp nº 1.373.840/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA; REsp nº 1.262.349/SP, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES.

superior o direito à expedição de alvará sanitário para o regular exercício da profissão<sup>45</sup>.

89. Observa-se, nesse contexto, que a **vedação de comportamentos contraditórios** (*nemo potest venire contra factum proprium*) aliada à **sucessão de um conjunto de mudanças fáticas**, chanceladas por órgãos do Estado – com destaque para o oferecimento de formação superior universitária –, alteraram, substancialmente, o **âmbito normativo**, para homenagear FRIEDRICH MULLER<sup>46</sup>.

90. De outro lado, sob a perspectiva da hermenêutica, também “não existe a Constituição, do Brasil, de 1988, pois o que realmente existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada”, nas palavras de EROS GRAU<sup>47</sup>.

91. Desse modo, ainda que, porventura, entenda-se que as limitações ao exercício da profissão de optometrista tenham sido recepcionadas pela Constituição de 1988 e permanecido válidas durante alguns anos, as normas previstas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 caminharam para sua inconstitucionalidade superveniente, tal qual o precedente do “caso LOAS”, sendo manifesta a violação aos preceitos indicados na inicial da ADPF nº 131, sobretudo o da liberdade profissional e aqueles a ele correlatos.

92. Esse “processo de inconstitucionalização” foi concluído muito antes do advento da Lei do Ato Médico, em 2013 – e isso me parece ser fundamental para o conhecimento e julgamento do caso sob exame –, tendo precedido e ocorrido de maneira independente à revogação tácita verificada no plano da legalidade.

---

<sup>45</sup> Sobre os avanços da optometria na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ver CARVALHO, Cassiana. Optometria, Poder Judiciário e Constituição: o desafio da concretização de direitos fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 4, n. 1, p. 25-39, 2009.

<sup>46</sup> MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 5. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.

<sup>47</sup> GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2ª Edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

## VI

### [A TEORIA DOS DEGRAUS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE]

93. A questão objeto da ADPF n° 131 remete, inevitavelmente, à chamada *teoria dos degraus* (*Stufentheorie*), aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1958, no conhecido *caso das farmácias*<sup>48</sup> (*Apothekenurteil*), que também envolve o exame da proporcionalidade, posteriormente teorizado por ROBERT ALEXY<sup>49</sup>.

94. Nesse importante precedente, relatado por SCHWADE,<sup>50</sup> que envolvia o direito fundamental de um 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

---

<sup>48</sup> BVerfGE 7, 377 – 11/06/1958.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

<sup>50</sup> SCHWADE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005, p. 593-616.



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 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”<sup>51</sup>. 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

---

<sup>51</sup> *Id., ibid.*, p. 611.

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 farmacêutico 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”<sup>52</sup>.

**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<sup>53</sup>.

**101.** Analisando a Constituição portuguesa, de 1976, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA são ainda mais rigorosos ao examinar as possibilidades de limitação do direito fundamental à liberdade profissional:

Os limites relativos aos pressupostos subjectivos (qualificação pessoal, capacidade, habilitações) são admissíveis, desde que, como é óbvio, sejam teleologicamente vinculados (interesse público) e não violem o princípio da proibição do excesso (necessidade, exigibilidade e proporcionalidade). Não podem estabelecer-se requisitos académicos (graus ou formações) que não sejam essenciais ao exercício da profissão.

No acesso à profissão, se as restrições de índole subjetiva (capacidades e habilitações académicas, idade mínima) podem ser justificadas no caso de muitas profissões, se necessárias e proporcionais,

---

<sup>52</sup> *Id., ibid.*, p. 615.

<sup>53</sup> Ver, nesse sentido, AMORIM, João Pacheco. A liberdade de profissão. In: AAVV. *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 595-782.

já as restrições de índole objectiva (*numerus clausus*, contingentação são, em princípio, injustificáveis. De resto, o ‘malthusianismo’ profissional pode ser estabelecido enviesadamente de várias formas indirectas, como a contingentação do acesso às formações académicas necessárias ou a instituição de exames desproporcionadamente eliminatórios de entrada nas profissões<sup>54</sup>.

**102.** Retomando o caso sob exame, à luz da *teoria dos degraus*, os Decretos nº 20.931/32 e 24 24.492/34, em razão das cinco restrições que limitam o exercício da profissão dos optometristas, estariam enquadrados no âmbito do terceiro degrau. Isso porque a referida legislação estabelece restrições objetivas que transcendem a pessoa e o domínio dos optometristas.

**103.** Ocorre que – e, aqui, reside todo o problema – inexistente qualquer comprovação ou provável comprovação de que o exercício das atividades dos optometristas devidamente habilitados para o exercício da profissão seja capaz de colocar em risco a saúde pública, alçada à condição de bem coletivo da maior relevância.

**104.** Ao contrário, a optometria é considerada uma aliada essencial nos cuidados à prestação da saúde visual. Tanto é assim que a profissão do optometrista já está consolidada em mais de 130 países do mundo, conforme mencionado anteriormente, além de ser reconhecida por importantes organizações internacionais.

**105.** Diferentemente da objeção dos médicos e oftalmologistas, a formação superior dos optometristas é mais qualificada para o atendimento primário da saúde visual – com ênfase para o exame de refração, detecção de disfunções oculares e prevenção de doenças graves – do que aquela obtida por outros profissionais da área da saúde.

---

<sup>54</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 657.

**106.** Nesse sentido, vale destacar que, na grade curricular do curso de graduação em optometria da Universidade do Contestado<sup>55</sup>, constam disciplinas cujos conteúdos abrangem as áreas da física, matemática, ciências biológicas, medicina e políticas públicas:

- (A)** Optometria I (60 h/a); Optometria II (60 h/a); Optometria III (60 h/a); Optometria IV (60 h/a); Optometria V (60 h/a); Óptica oftálmica I (30 h/a); Óptica oftálmica II (60 h/a); Optometria pediátrica I (30 h/a); Optometria Pediátrica II (30 h/a); Óptica fisiológica I (60 h/a); Óptica fisiológica II (30 h/a); Optometria Clínica I (60 h/a); Optometria Clínica II (30 h/a);
- (B)** Fundamentos de Matemática e Física (60 h/a); Óptica Física e Geométrica (60 h/a); Lentes de contato I (60 h/a); Lentes de contato II (60 h/a); Lentes de contato III (60 h/a); Ortóptica I (60 h/a); Ortóptica II (60 h/a); Ortóptica II e Terapia visual (60 h/a); Exames Especiais (30 h/a); Saúde Visual Ocupacional (30 h/a);
- (C)** Semiologia Ocular e Diagnóstico Diferencial (30 h/a); Patologia ocular (60 h/a); Farmacologia ocular (30 h/a); Desenvolvimento ocular (60 h/a); Morfofisiologia ocular I (60 h/a); Morfofisiologia ocular II (60 h/a); Patologia ocular II (60 h/a); Baixa Visão (30 h/a);
- (D)** Anatomia I (60 h/a); Anatomia II (60 h/a); Fisiologia Geral (60 h/a); Patologia geral (60 h/a); Microbiologia geral (60 h/a); Neurociência (30 h/a); Epidemiologia (60 h/a); Bioestatística (60 h/a); Saúde Pública (30 h/a).
- (E)** Estágio curricular supervisionado I, II e III (540 h/a); Caso Clínico I e II (60 h/a); Trabalho de Conclusão de Curso I, II e III (90 h/a).

**107.** Esse catálogo de disciplina evidencia o grau de especificidade da formação superior dos optometristas. As disciplinas contidas nas letras “A” e “B” – não integram, por exemplo, as grades curriculares dos cursos de graduação em medicina da maioria das universidades do Brasil (p. ex., USP, UFSC, UFRGS, UNB, UFMG, entre outras), que sequer possuem, muitas vezes, a disciplina obrigatória de oftalmologia. Da mesma forma, sabidamente, as residências em oftalmologia não

---

<sup>55</sup> Matriz Curricular do Curso de Optometria (2016) da Universidade do Contestado. Disponível em: [https://www.unc.br/ensino/grades\\_grad/Matriz%20Curricular%20Optometria%202016.pdf](https://www.unc.br/ensino/grades_grad/Matriz%20Curricular%20Optometria%202016.pdf).

oferecem formação especializada acerca de temas relacionados, por exemplo, à óptica, contatologia e optometria<sup>56</sup>.

**108.** Nesse contexto, mostra-se absolutamente infundado o argumento de que a formação deficitária conduz a um exercício profissional que coloca em risco a saúde pública. Na verdade, os benefícios que a atuação dos optometristas podem angariar no campo da saúde visual são imprescindíveis, sobretudo em países como o Brasil, marcados pela inefetividade dos direitos sociais.

**109.** Sobre esse aspecto, aliás, merece destaque outro importante precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>57</sup>, que julgou, em 2000, a reclamação constitucional de uma ótica da cidade de Hamburgo, sob alegação de afronta ao direito fundamental à liberdade de escolha da profissão, assegurado no artigo 12, 1, da Lei Fundamental<sup>58</sup>.

**110.** No referido caso, em 1994, a Central de Combate à Concorrência Desleal, movida pela Ordem dos Oftalmologistas, ajuizou ação inibitória contra a empresa AD Optikum A. Göckel GmbH, sob o fundamento de violação à Lei de Proteção contra Concorrência Desleal combinada com a Lei dos Técnicos em Saúde, em razão da oferta, realização e publicidade de medições de pressão intraocular (tonometria), testes de campo visual através de medições computadorizadas (perimetria), testes de visão escotópica e de sensibilidade à luz, que seriam atividades reservadas a médicos oftalmologistas.

---

<sup>56</sup> Nesse sentido, vale a recordar a manifestação do Presidente da Sociedade Brasileira de Lentes de Contato, Córnea e Refratometria (SOBLEC), Dr. Hamilton Moreira, a respeito da precariedade da própria formação dos oftalmologistas: “percebemos que não éramos muito eficientes em ensinar refração e ótica aos nossos residentes e oftalmologistas. Em muitos dos nossos programas de residência, não havia sequer uma pessoa dedicada ao ensino desta área [...] Então o que esperamos é que logo cada um dos programas de residência no Brasil tenha um bom curso de refração que ensine como fazer a refração dos pacientes e prescrever óculos e lentes de maneira correta” (*Ocular Surgery News. Latin American Edition*, v. 5, n. 4, jul-ago. 2003, p. 13).

<sup>57</sup> BVerfG, 07.08.2000 - 1 BvR 254/99. Disponível em: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2000/08/rk20000807\\_1bvr025499.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2000/08/rk20000807_1bvr025499.html).

<sup>58</sup> Artigo 12 [Liberdade de escolha da profissão]: “(1) Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei” (Lei Fundamental).

**111.** A sentença foi julgada procedente pelo tribunal regional de Bad Kreuznach, que determinou a interrupção das atividades que ensejaram o processo. No segundo grau, o Tribunal do Estado, em Koblenz, reformou em parte a decisão, proibindo a ótica de oferecer, prestar e fazer publicidade dos serviços de tonometria e perimetria sem destacar que somente o exame de um oftalmologista poderia excluir com segurança o diagnóstico de uma doença. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, restabeleceu a sentença de primeira instância.

**112.** Ao apreciar o recurso, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que a proibição fere a liberdade profissional dos ópticos. Isso porque os conhecimentos médicos não podem ser qualificados como melhores do que aqueles dos ópticos – observe-se que o caso sequer se refere aos optometristas – para a execução e avaliação das medições do objeto da disputa. O argumento de que a proibição fundamenta-se no hipotético risco à saúde pública não subsiste. Também se mostra falho o argumento que não atribui importância à *orientação de que a detecção de doenças só pode ser seguramente descartada por um oftalmologista*.

**113.** Ao contrário, o Tribunal considerou plausível que a possibilidade de descoberta de uma doença oftalmológica existente ou eminente através da realização de tonometria e perimetria pelo óptico – nisso reside o benefício – seja maior do que o risco de um cliente, efetivamente acometido de uma patologia não diagnosticada em um exame realizado pelo óptico, desistir de uma consulta agendada com o oftalmologista. Se há risco, em última análise, ele pode ser suficientemente evitado por meio de orientação técnica.

**114.** Para o Tribunal, é pouco provável que a proibição de medições por ópticos seja considerada uma contribuição para a melhoria da saúde pública. Acrescentou, ainda, que o fato dos ópticos prestarem serviços de tonometria e perimetria certamente representou um aumento muito mais significativo na *quantidade*

*de pessoas que procuraram um oftalmologista após a mediação realizada por um ótico do que a eventual redução na quantidade de pessoas sem queixas que se consulta periodicamente com oftalmologista para exames de prevenção.*

**115.** Em suma, o Tribunal concluiu que a proibição geral de realização de tonometria e perimetria por óticos, assim como a proibição da publicidade correspondente, violam o direito fundamental à liberdade profissional. Mais: nenhuma das proibições seria necessária – e tampouco uma solução promissora – para proteger a saúde da população. Na verdade, a proteção à saúde seria muito melhor garantida, de um lado, pela realização dos exames prestados pelos óticos e, de outro, pela simples orientação e devido encaminhamento ao médico, nos termos das normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Óptica.

**116.** Observa-se, nesse contexto, que a jurisprudência alemã já enfrentou e superou o problema relativo à inconstitucionalidade de restrições legais ao direito fundamental dos óticos – e o mesmo seguramente se aplicaria aos optometristas – exercerem livremente a profissão para a qual foram regularmente habilitados mediante curso superior específico.

**117.** No campo da doutrina, igualmente, a máxima da proporcionalidade – tal qual formulada, originalmente, por ALEXY – pode ser aplicada ao caso sob exame, em razão da colisão entre princípios jurídicos, tendo em vista o prestígio que a técnica da ponderação obteve nos tribunais brasileiros, sobretudo no Supremo Tribunal Federal<sup>59</sup>.

**118.** Em sua célebre teoria, ALEXY introduz a proporcionalidade como um sistema que coordena aplicação dos direitos fundamentais, mais especificamente dos princípios jurídicos, estruturando-a a partir de três submáximas: *adequação* (relação

---

<sup>59</sup> Sobre o potencial discricionário da ponderação e o risco dela produzir arbitrariedades, ver MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

entre meios e fins), *necessidade* (mandamento do meio menos gravoso) e *proporcionalidade em sentido estrito* (sopesamento propriamente dito). Tudo com a finalidade de contribuir para o aumento do grau de racionalidade das decisões judiciais.

119. A *primeira lei do sopesamento*, formulada originalmente em 1986, define que, quanto maior for o grau de intervenção em um princípio, maior deverá ser o nível de satisfação do outro<sup>60</sup>. Já, no pós-fácio de 2002, ALEXY desenvolve a *segunda lei do sopesamento* – quanto maior for o grau de intervenção em um princípio, maior deverá ser o grau de certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia – e a *fórmula de peso*, articulando os graus de intervenção e de satisfação, o peso abstrato dos princípios e as condições epistêmicas envolvidas<sup>61</sup>. Em 2014, desdobrando a *confiabilidade epistêmica e normativa* das premissas em que baseia a intervenção, ele refina sua fórmula de peso<sup>62</sup>:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_{ei} \cdot R_{ni}}{I_j \cdot W_j \cdot R_{ej} \cdot R_{nj}}$$

120. Na referida fórmula, *i* e *j* correspondem, respectivamente, ao princípio interferido e ao princípio satisfeito; *W* corresponde ao peso abstrato (*abstract Weight*); *I* corresponde à intensidade da interferência (*intensity of Interference*); *R<sub>e</sub>* corresponde à confiabilidade das premissas empíricas (*Reliability of Empirical assumptions*); *R<sub>n</sub>* corresponde à confiabilidade das premissas normativas (*Reliability of Normative assumptions*).

121. Todavia, antes de aplicar a fórmula de peso à ADPF nº 131, é preciso definir os princípios nela colidentes e submeter suas circunstâncias fáticas às

---

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, Pós-fácio.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert (Org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.



submáximas da *adequação* e da *necessidade*, a fim de verificar se a colisão entre princípios não se resolve sem precisar recorrer à ponderação.

**122.** Vejamos: o que está em jogo, de um lado, é o direito fundamental à liberdade profissional (art. 5, XIII, CR) – consistente no exercício legal da optometria –, que, no caso, é princípio interferido; e, de outro, o bem coletivo da proteção à saúde pública (art. 196, CR) – consistente nas restrições/proibições contidas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 –, que, no caso, é o princípio satisfeito.

**123.** Dito isso, passa-se ao exame da proporcionalidade.

**124.** Na submáxima da *adequação*, é avaliado se os meios adotados são **aptos** à realização dos fins perseguidos pelo princípio satisfeito. No caso, as cinco restrições impostas aos optometristas pelos Decretos foram adequadas até o momento em que os optometristas deixaram de ser meros práticos, tal qual ocorre com os ortopedistas. Desde quando a habilitação profissional depende de formação superior, em 2000, as normas restritivas passaram a ser inadequadas. Isso porque, desde então, os optometristas tornaram-se profissionais habilitados para os cuidados primários da saúde visual. Ora, se o optometrista tornou-se um promovedor da saúde pública, então as restrições do pleno exercício de sua profissão não podem ser consideradas aptas para a preservação desse mesmo bem coletivo. Nesse sentido, há de se considerar os benefícios resultantes da prestação de atendimento primário qualificado em saúde visual, proporcionada pelos optometristas em todo o mundo. Em suma: se o livre exercício profissional dos optometristas é capaz de contribuir para a promoção da saúde pública, então sua restrição sob a fundamentação da proteção legal revela-se contraditória e, portanto, inadequada.

**125.** Ainda que os meios analisados sejam inadequados para atingir os fins perseguidos – o que, por si só, dispensaria o restante do procedimento –, *ad argumentandum tantum*, passa-se ao exame da *submáxima da necessidade*, que consiste em

verificar se há meios menos gravosos para otimizar o princípio satisfeito. No caso, as restrições impostas nos Decretos configuram a mais dura medida interventiva, uma vez que, aplicada aos dias de hoje, impede os optometristas de exercerem atividades para as quais foram formados e habilitados. As proibições são, no contexto atual, desnecessárias. Isso porque, se a preocupação é com a proteção da saúde pública, a exigência de conhecimentos técnicos e científicos, a regulamentação e fiscalização da profissão, a positivação de código de ética e campanhas para o esclarecimento da população, serviriam para um controle mais eficaz e também menos gravoso ao exercício do direito fundamental à liberdade profissional.

126. Observa-se, assim, que **as restrições contidas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 revelam-se desproporcionais**, uma vez que **inadequadas e desnecessárias**. De todo modo, caso ainda assim se considere que as medidas indicadas como menos gravosas também afetam, em alguma medida, o princípio interferido, passa-se à terceira etapa – referente à aplicação da lei do sopesamento –, que consiste na otimização dos princípios colidentes. Reitere-se que a terceira etapa somente será aplicada aqui, como reforço, caso o Supremo Tribunal Federal entenda que as medidas contidas nos Decretos foram adequadas, inclusive depois de os optometristas fazerem curso superior, e necessárias para preservar a saúde pública ou quejandos. Destaque-se, ainda, que a aplicação da fórmula de peso, aposta na sequência, representa fielmente a metodologia alexyana para alcançar a *norma de direito fundamental atribuída*, que equivale à regra final resultante da ponderação. Não se trata, portanto, de uma demonstração de erudição, mas, sim, da tentativa de empregar a teoria de ALEXY – que, atualmente, é um dos juristas mais citados na doutrina e na jurisprudência brasileiras – ao caso sob exame e, assim, contribuir para sua solução da controvérsia constitucional.

127. Na fórmula idealizada por ALEXY, o grau de interferência e satisfação pode variar de 1 a 4 – sendo 1 para *leve*; 2 para *médio*; 4 para *grave* –; já o grau de

confiabilidade das premissas normativas e epistêmicas pode ser classificado em *não evidentemente falso* (0,25), *plausível* (0,5) e *confiável/certo* (1).

**128.** No caso, o grau de intervenção no princípio da liberdade de profissional ( $I_i$ ) é *grave* (4), uma vez que as normas impugnadas proíbem, definitivamente, o exercício de atividades inerentes às atribuições do optometrista. Por outro lado, o grau de satisfação do princípio da proteção à saúde pública ( $I_j$ ) é *leve* (1), porque as normas impugnadas não asseguram, por si só, a efetivação desse bem coletivo.

**129.** O peso em abstrato a ser atribuído a cada um dos princípios ( $W_i$  e  $W_j$ ), por sua vez, deve ser idêntico – no caso, *leve* (1) –, anulando-se mutuamente, visto que os direitos fundamentais possuem todos o mesmo valor, em abstrato, segundo a própria teoria de ALEXY.

**130.** Já o grau de confiabilidade empírica de interferência ( $R_{ei}$ ) é *certo/confiável* (1), tendo em vista que atinge profissionais plenamente capacitados; enquanto o grau de confiabilidade empírica da satisfação ( $R_{ej}$ ) é apenas *plausível* (0,5), pois, no máximo, evitaria o exercício de determinadas atividades por parte de sujeitos não-habilitados.

**131.** O grau de confiabilidade normativa tanto do princípio da liberdade de profissão ( $R_{ni}$ ) quanto do princípio referente à proteção à saúde pública ( $R_{nj}$ ) é *confiável/certo* (1), uma vez que ambos se encontram previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso XIII, e no artigo 196, ambos da Constituição.

**132.** Dessa sorte, a aplicação da fórmula do peso permite concluir por uma relação de precedência condicionada, no caso concreto, do princípio da liberdade profissional sobre o princípio da proteção à saúde pública, tendo em vista o seguinte resultado:

$$W_{ij} = \frac{4 \cdot 1 \cdot 1 \cdot 1}{1 \cdot 1 \cdot 0,5 \cdot 1} = \frac{4}{0,5} = 8$$

133. Finalmente, o resultado obtido a partir da aplicação da técnica da ponderação conduz à formulação de uma *norma de direito fundamental atribuída (zugeordnete Grundrechtsnorm)*: **as normas contidas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, que restringem o pleno exercício da atividade dos optometristas devidamente habilitados, são desproporcionais e, portanto, violam o direito constitucional à liberdade profissional.**

## VII

### [O MANEJO DA NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO]

134. Com o advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, por meio do parágrafo único de seu artigo 28, institucionalizaram-se definitivamente no direito brasileiro os mecanismos da *interpretação conforme a Constituição* e da *nulidade parcial sem redução de texto*, importados do direito alemão, com larga aplicação nos tribunais constitucionais da Itália, Espanha e Portugal<sup>63</sup>.

135. Trata-se, com efeito, de duas importantes técnicas de controle de constitucionalidade operadas no âmbito das chamadas *sentenças interpretativas*<sup>64</sup> (aditivas, apelativas, manipulativas, modificativas, redutivas, construtivas, por exemplo), que vêm sendo aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal.

136. Conforme assinalam as doutrinas nacional e estrangeira, o denominador comum entre os referidos institutos é que ambos servem, ao fim e ao cabo, para salvar o texto jurídico, envolvendo um processo hermenêutico que se dá no plano das possibilidades interpretativas.

---

<sup>63</sup> Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 746-775.

<sup>64</sup> Ver, para tanto, GUASTINI, Riccardo. La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano. *Ragion Pratica*, v. 6, n. 11, p. 185-206, 1998.

137. Todavia, é relevante deixar claro que, apesar das similitudes, há uma tênue fronteira entre as duas técnicas de jurisdição constitucional: na ***interpretação conforme a Constituição*** (*verfassungskonforme Auslegung*), o Tribunal declara a constitucionalidade da norma, apontando o sentido a ser conferido para assegurar tal *status* à norma, enquanto na ***nulidade parcial sem redução de texto*** (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) ocorre a exclusão de determinada hipótese de aplicação do programa normativo, sem que o texto sofra qualquer redução quantitativa<sup>65</sup>.

138. A título ilustrativo, a *interpretação conforme a Constituição* implica uma **adição** de sentido, podendo ser demonstrada com base na seguinte fórmula: **a norma X é constitucional somente se interpretada/aplicada no sentido X'**; ao passo que a *nulidade parcial sem redução de texto* consiste numa **rejeição** de sentido, podendo ser traduzida por meio do preceito: **a norma Y é inconstitucional se interpretada/aplicada no sentido Y'**.

139. Como se vê, ao manejar com a *interpretação conforme a Constituição* e a *nulidade parcial sem redução de texto*, o Tribunal opera hermeneuticamente, à medida que sua pronúncia não diz respeito ao texto da lei, propriamente, mas à norma resultante de sua interpretação, apontando, assim, a resposta adequada à Constituição.

140. Nesse contexto, a técnica da *nulidade parcial sem redução de texto* – também chamada *inconstitucionalidade parcial qualitativa* – revela-se subsidiariamente uma alternativa à solução da controvérsia constitucional posta na ADPF nº 131, uma vez que permite a invalidação de dada interpretação, conservando íntegros os textos jurídicos impugnados.

---

<sup>65</sup> Nesse sentido, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 319; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 958-959; e, igualmente, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 293-295.

141. Explico.

142. Na hipótese, ainda que remota, de o Supremo Tribunal Federal entender (a) que as normas impugnadas foram recepcionadas pela ordem constitucional, (b) que as normas impugnadas não passaram pelo processo de inconstitucionalidade apontado; (c) que as normas impugnadas não foram revogadas, de nenhuma forma, pela Lei do Ato Médico e (d) que as normas impugnadas não violam a proporcionalidade, então ainda lhe restará a possibilidade de excluir a figura do *optometrista-devidamente-habilitado* do âmbito de incidência das normas restritivas contidas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34.

143. No caso sob exame, a aplicação da *nulidade parcial sem redução de texto* poderia ser formulada do seguinte modo: **os artigos 38, 39 e 41 do Decretos nº 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34 são inconstitucionais se aplicados aos optometristas devidamente habilitados, por restringirem o exercício do direito fundamental à liberdade profissional.**

144. Tal interpretação manteria intactos os dispositivos infraconstitucionais impugnados na ADPF nº 131, conservando as cinco restrições aos optometristas-que-não-possuem-formação-superior, sob o argumento da falta de conhecimento necessário para garantir a saúde dos pacientes.

145. Conforme já demonstrado, a “qualificação profissional” – asseguradas por instituição de ensino credenciada – constitui a pedra de toque à limitação legítima da liberdade profissional, segundo o inciso XIII do artigo 5º da Constituição, de tal maneira que o Estado não pode obstaculizar os optometristas de exercerem, plenamente, as atividades para quais foram habilitados. Isso porque, com a qualificação obtida por meio de formação superior, os optometristas tornaram-se profissionais altamente capacitados para os cuidados primários da saúde visual.

## VIII [CONCLUSÕES]

Em atenção à consulta formulada pelo CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E OPTOMETRIA – CBOO, por meio de seu ilustre advogado, Dr. FÁBIO LUIZ DA CUNHA, após o estudo da matéria submetida a exame e todas as circunstâncias que envolvem a ADPF nº 131, conclui-se:

**Resposta ao 1º Quesito:** A ADPF nº 131 foi proposta em 19 de fevereiro de 2008, sob o argumento de que os dispositivos contidos nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 violam diversos preceitos constitucionais e, portanto, não teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988. Todavia, em 10 de julho de 2013, houve a promulgação da Lei nº 12.842 – também conhecida por *Lei do Ato Médico* –, para regular o exercício da Medicina. Resumidamente, a superveniência da Lei do Ato Médico resultou em uma **tripla revogação** das normas restritivas que constituem o objeto da ADPF nº 131: **(i)** a positivação de um catálogo das atividades privativas do médico (art. 4º) revogou – ainda que tacitamente – toda legislação anterior que regulava o exercício da medicina, em especial o Decreto nº 20.931/32; **(ii)** o referido catálogo continha, originalmente, dois incisos – um sobre a “formulação de diagnóstico e a respectiva prescrição terapêutica” (inc. I); outro a respeito da “prescrição de próteses oftalmológicas” (inc. IX) – que foram vetados pela Presidente, o que reforçou a tese da revogação; **(iii)** a regra de exceção à privatividade (§5º), ao contemplar o núcleo essencial da atividade optométrica (inc. IX), terminou conferindo expressa proteção legal ao exercício da profissão. Observa-se, com isso, que a superveniência da Lei do Ato Médico incide, diretamente, no caso sob exame, uma vez que reforça – de maneira substancial – a argumentação do

CONSELHO BRASILEIRO DE ÓPTICA E OPTOMETRIA – CBOO, no sentido da revogação dos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, agora também no plano da legalidade.

**Resposta ao 2º Quesito:** As normas impugnadas na ADPF nº 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, 1967 e 1988). A mesma sorte, contudo, não se verifica no plano da **validade**. O processo interpretativo dessas normas, em razão de seu **anacronismo**, demanda uma **desleitura**. É preciso desinterpretá-las para que então se possa interpretá-las. Isso porque as cinco restrições contidas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 perderam o sentido ao longo do tempo, especialmente a partir do momento em que os optometristas deixaram de ser meros práticos e tornaram-se profissionais com formação superior e, portanto, devidamente habilitados. A **profissionalização da optometria** é um fenômeno verificado em mais de 130 países do mundo. Isso permite concluir que o **optometrista do século XXI não se compara, de maneira alguma, àqueles dos séculos XIX e XX**. Essa é a pedra de toque que exige a desconstrução da interpretação tradicional – a desleitura ou desinterpretação –, a fim de que se possa compreender, de maneira autêntica, a particularidade do caso sob exame. Ademais, ao interpretar o direito fundamental à liberdade profissional, o Supremo Tribunal Federal vem reiterando o entendimento de que a regra é a prevalência do princípio *pro libertate*, devendo eventual limitação ficar adstrita à qualificação necessária, ou seja, às condições de capacidade – conhecimentos científicos, habilidades técnicas ou requisitos especiais – para o exercício de determinadas atividades. **O fato é, em síntese, que os optometristas aos quais se referiam os Decretos nº 21.931/32 e 24.492/34 não são os mesmos de hoje**. Não são mesmo! Tal qual os **ortopedistas** – que, à época, não tinham formação em medicina –, os optometristas eram



**práticos, sem qualquer conhecimento técnico e científico.** No entanto, com o desenvolvimento da ciência e a expansão da educação, esse cenário se modificou em todo o mundo. E também no Brasil, apesar de todo corporativismo médico que luta para manter seus privilégios e monopólios. Desde o ano 2000, a formação de um bacharel em optometrista exige a conclusão de um curso com cinco anos de duração, cuja carga horária é superior a 3.000 h/a, que abrange conteúdos de áreas como física, matemática, ciências biológicas, medicina e políticas públicas. Assim, se o propósito das normas restritivas contidas nos Decretos nº 21.931/32 e 24.492/34 era obstar o exercício de atividades que poderiam colocar em risco a saúde pública, esse quadro alterou-se significativamente à medida que os optometristas tornaram-se profissionais altamente capacitados para os cuidados primários da saúde visual, como reconhecem, expressamente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o próprio Conselho Internacional de Oftalmologia (ICO).

**Resposta ao 3º Quesito:** As normas impugnadas na ADPF nº 131 violam preceitos fundamentais, em especial o da liberdade profissional e aqueles a ele correlatos, tendo em vista que passaram por **processo de inconstitucionalização**, tal qual ocorrido na Reclamaçãoº 4.374/PE, em que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional benefício previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), cuja constitucionalidade havia declarada na ADI nº 1.232/DF, julgada em 1998. Assim, ainda que se entenda que as limitações ao exercício da profissão de optometrista tenham sido recepcionadas pela Constituição de 1988 e permanecido válidas durante alguns anos, tudo indica que as normas restritivas previstas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 caminharam para sua **inconstitucionalidade superveniente**, sobretudo após a autorização, em 2000, para abertura e funcionamento de cursos superiores de optometria, tanto na modalidade bacharelado quanto tecnológico, pelo Ministério da Educação, que possibilitou a formação qualificada de

milhares de profissionais. Registre-se, por oportuno, que esse processo de inconstitucionalização foi concluído muito antes do advento da Lei do Ato Médico, em 2013 – e isso me parece ser fundamental para o conhecimento e julgamento do caso sob exame –, tendo precedido a revogação tácita verificada no plano da legalidade.

*Resposta ao 4º Quesito:* A controvérsia constitucional remete, inevitavelmente, à chamada *teoria dos degraus* (*Stufentheorie*), aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1958, no conhecido *caso das farmácias* (*Apothekenurteil*), segundo a qual o legislador poderá, legitimamente, restringir o direito fundamental à liberdade profissional apenas quando comprovados – de maneira concreta, e não abstrata ou hipotética – o risco de dano a bens jurídicos coletivos muito relevantes. E, como se viu, esse não é o caso das atividades desempenhadas pelos optometristas devidamente habilitados. Da mesma forma, a controvérsia pode ser analisada à luz da *máxima da proporcionalidade*. E, aqui, impossível não recorrer à teoria dos direitos fundamentais, formulada por ALEXY, em razão da posição de destaque que esse jurista assumiu na doutrina e jurisprudência brasileiras. O caso sob análise envolve a colisão de princípios: de um lado, a *liberdade profissional* (art. 5º, XIII, CR) e, de outro, o *bem coletivo da proteção à saúde pública* (art. 196, CR). A aplicação da prestigiada teoria alexyana ao caso sob análise levou à seguinte conclusão: as restrições contidas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, que limitam a liberdade profissional dos optometristas, são meios **inadequados** para se atingir o fim de proteger a saúde pública. Isso porque, se o optometrista tornou-se um promovedor da saúde pública, então as restrições do pleno exercício de sua profissão não podem ser consideradas aptas para a preservação desse mesmo bem coletivo. Mais: ainda que os meios fossem considerados adequados, eles revelam-se **desnecessários**, tendo em vista a existência de outros menos gravosos. Por exemplo: a exigência de conhecimentos técnicos e científicos, a regulamentação e


fiscalização da profissão, a positivação de código de ética e campanhas para o esclarecimento da população serviriam para um controle mais eficaz na prestação do direito à saúde sem interferir no exercício do direito fundamental à liberdade profissional. *Ad argumentandum tantum*, por fim, a *norma de direito fundamental atribuída* (*zugeordnete Grundrechtsnorm*), resultante da aplicação da técnica da ponderação no caso sob exame – mediante a lei do sopesamento, levando em conta todos os seus elementos, graus e critérios – pode ser formulada do seguinte modo: ***as normas contidas nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, que restringem o pleno exercício da atividade dos optometristas devidamente habilitados, são desproporcionais e, portanto, violam o direito constitucional à liberdade profissional.***

***Resposta ao 5º Quesito:*** A interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto são duas importantes técnicas de controle de constitucionalidade previstas na legislação brasileira. A ***nulidade parcial sem redução de texto*** possibilita que, no nível interpretativo, exclua-se determinada hipótese de aplicação da norma sem que seu texto sofra qualquer redução quantitativa. Trata-se de uma sentença que rejeita dado sentido, podendo ser traduzida por meio do preceito: ***a norma Y é inconstitucional se interpretada/aplicada no sentido Y'***. Por isso, caso o Supremo Tribunal Federal entenda (a) que as normas impugnadas foram recepcionadas pela ordem constitucional, (b) que as normas impugnadas não passaram por processo de inconstitucionalidade; (c) que as normas impugnadas não foram revogadas pela Lei do Ato Médico e (d) que as normas impugnadas não violam a proporcionalidade, então ainda lhe restará a possibilidade de excluir a figura do ***optometrista-devidamente-habilitado*** do âmbito de incidência das restrições que constituem o objeto da ADPF nº 131. Para tanto, a aplicação da *nulidade parcial sem redução de texto* ao caso sob exame poderia ser formulada do seguinte modo: **os artigos 38, 39 e 41**

do Decretos nº 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34 são inconstitucionais se aplicados aos optometristas devidamente habilitados, por restringirem o exercício do direito fundamental à liberdade profissional.

É o parecer.

Porto Alegre, 1º de setembro de 2017.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lenio Luiz Streck', written over the printed name.

**LENIO LUIZ STRECK**

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/Portugal)  
Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA  
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst)  
Advogado – OAB/RS 14.439