

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

ADPF 131. MODULAÇÃO DE EFEITOS. LIMITES À ATUAÇÃO DE OPTOMETRISTAS COM FORMAÇÃO SUPERIOR. D 20931/32 38, 39, 41 e D 24492/34 13 e 14: nos termos da ADPF 131, apesar de os D 20931/32 38, 39, 41 e D 24492/34 13 e 14 terem sido recepcionados pela CF/1988, não incidirão sobre os optometristas com formação superior

PARECER

Sumário: 1. Consulta. – 2. Breve síntese dos fatos. – 3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Modulação de Efeitos. Conteúdo da ADPF 131. D 20931/32 38, 39 e 41 e D 24492/34 13 e 14. Atuação dos optometristas com ensino superior após a ADPF 131. Compatibilidade entre os efeitos da ADPF 131 e os atos privativos a médicos – 4. Conclusão: resposta ao quesito.

Palavras-chave: ADPF 131 – arguição de descumprimento de preceito fundamental – modulação de efeitos - D 20931/32 38, 39 e 41 e D 24492/34 13 e 14 — optometristas – Optometristas com ensino superior

RESUMO EXECUTIVO

1. Consulta.

2. Breve síntese dos fatos.

3. Modulação de efeitos da ADPF 131

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) constitui meio de controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos do direito brasileiro e tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. No mais, atualmente é possível se fazer o controle de constitucionalidade de leis anteriores à Constituição e até de leis municipais por meio de ADPF.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

O acórdão da ADPF fará coisa julgada *erga omnes* acerca do descumprimento do preceito fundamental, passando a vincular seu conteúdo a todos as demais autoridades e órgãos públicos dos entes federativos. Por esse motivo, o julgamento da ADPF deve promover a modulação de seus efeitos, fixando os limites da decisão em relação ao conteúdo e ao momento em que passará a ter eficácia.

A modulação de efeitos, por sua vez, é um mecanismo essencial para preservação da segurança jurídica que deve ocorrer sempre que os efeitos *extunc*, provenientes da decisão modificadora de jurisprudência tenham a aptidão de desestabilizar situações jurídicas as quais se esperava que fossem mantidas. O referido instituto visa a regulamentar os efeitos a serem produzidos pela jurisprudência dos Tribunais Superiores para assegurar a proteção de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da própria força normativa da Constituição.

A ADPF 131 foi ajuizada, nesse contexto, para tutelar preceitos fundamentais – como a livre iniciativa e liberdade de exercício da profissão – mediante a declaração de inconstitucionalidade dos **D 20931/32 38, 39 e 41** e **D 24492/34 13 e 14**, que proíbem aos optometristas, casas de ótica e estabelecimentos de venda de lente de grau de, entre outras atividades, confeccionar lentes de grau sem prescrição médica, realizar instalação de consultórios e fornecer lentes de grau sem apresentação da fórmula de ótica de médico sem diploma registrado. Os Ministros do STF decidiram por (i) declarar a recepção, pela **CF/1988**, dos **D 20931/1932 38, 39 e 41** e **D 24492/1934 13 e 14**, (ii) realizar apelo ao legislador federal para apreciar o tema, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria e (iii) firmar e enunciar expressamente que as vedações veiculadas naquelas normas não se aplicam aos profissionais qualificados por instituição de ensino superior regularmente instituída mediante autorização do Estado e por ele reconhecida.

Considerando o conteúdo do acórdão que concluiu pela modulação dos efeitos da decisão, concluímos que, os optometristas com ensino superior estão autorizados a (i) realizar exames optométricos, (ii) confeccionar lentes, (iii) adaptar lentes de contato, (iv) montar óculos, (v) aplicar próteses oculares, (vi) promover educação em saúde visual, (vii) vender produtos e serviços ópticos e optométricos, (viii) gerenciar estabelecimentos, (ix) se responsabilizar tecnicamente por laboratórios, estabelecimentos ópticos básicos ou plenos e centros de adaptação de lentes de contato (x) emitir laudos e (xi) confeccionar pareceres ópticos-optométricos – nos termos do disposto na Classificação Brasileira de Ocupações

Os optometristas com ensino superior, contudo, devem desempenhar tais atividades considerando os limites dispostos na **L 12842/2013 (Lei do Ato Médico)** e demais diplomas que versem sobre as atividades privativas de médicos, que permanecem em vigor e devem ser priorizadas quando apresentarem aparente conflito com o conteúdo da Classificação Brasileira de Ocupação.

Isso porque não pode a atividade do optometrista se sobrepor ou substituir a atividade privativa do médico, qual seja, o diagnóstico. Portanto, não cabe ao

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

optometrista, mesmo àquele com ensino superior – ainda que a Classificação Brasileira de Ocupações lhe permita realizar exames optométricos, aplicar próteses oculares e emitir laudos sem a prévia prescrição médica – proceder à realização de quaisquer exames oculares invasivos, diagnosticar eventuais doenças oculares, opinar sobre procedimentos cirúrgicos envolvendo a correção de grau ou efetuar qualquer outra intervenção que esbarre nas limitações disciplinadas pela L 12842/13 – sob pena de, inclusive, potencialmente responder pelo crime de exercício ilegal da profissão de médico, nos termos do CP 282.

4. Conclusão: Resposta ao quesito.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

1. CONSULTA.

Conselho Brasileiro de Oftalmologia (“**Consulente**”), por seu ilustre advogado, DOUTOR JOSÉ ALEJANDRO BULLÓN SILVA, honra-nos com a presente consulta e nos indaga especificamente sobre questões processuais relativas à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 131 (“**ADPF 131**”), ajuizada pelo Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (“**CBOO**”).

A consulta versa, notadamente, sobre a extensão e abrangência dos efeitos da decisão prolatada na **ADPF 131** quanto ao exercício da ocupação dos optometristas, casas de óticas e estabelecimento de venda de lentes de grau.

Para tanto, o **Consulente** encaminhou-nos cópia integral do processo, apresentando-nos o seguinte quesito que será respondido ao final deste Parecer:

1. Qual é a abrangência e quais são os efeitos práticos da decisão da ADPF 131, com relação aos optometristas, casas de óticas e estabelecimento de venda de lentes de grau?

De posse da documentação fornecida pelo **Consulente**, passamos à análise do caso, conforme o escopo da consulta formulada.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

2. BREVE SÍNTESE DOS FATOS.

O **CBOO** propôs, em 19 de fevereiro de 2008, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual tramitou no Supremo Tribunal Federal (“STF”). Por meio desta ação judicial, insurgiu-se contra o **D 20931/32 38, 39 e 41 e D 24492/34 13 e 14**, os quais estipulam:

D 20931/1932	
Art. 38	<i>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.</i>
Art. 39	<i>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.</i>
Art. 41	<i>As casas de ótica, ortopedia e os estabelecimentos eletro, rádio e fisioterápicos de qualquer natureza devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária</i>

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

	<i>competente, destinado ao registo das prescrições médicas.</i>
D 24492/1934	
Art. 13	<i>É expressamente proibido ao proprietário, sócio gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.</i>
Art. 14	<i>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.</i>

Em razão das vedações impostas aos optometristas e às casas de ótica e estabelecimentos de venda de lentes de grau, o **CBOO** arguiu ofensas a preceitos fundamentais, a saber:

- I. Liberdade ao exercício do trabalho, ofício, profissão (**CF 1.º IV**);
- II. Livre Iniciativa (**CF 1.º IV**);
- III. Princípio da Isonomia (**CF 1.º IV e 5.º caput**);
- IV. Dignidade da pessoa humana (**CF 1.º III**);
- V. Princípio da segurança jurídica (**CF 5.º LIV**);
- VI. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade (**CF 1.º III; 3.º I; 5.º caput, II, XXXV, e LIV, §§ 1.º e 2.º; 60 § 4.º IV**).

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Nesse contexto, sustentou que (i) a ausência de regulamentação da ocupação de optometristas não constituiria óbice ao seu exercício, posto que é livre o exercício de ofício não regulamentado e/ou não expressamente proibido por lei; (ii) restrições ou mitigações a preceitos fundamentais deveriam originar-se de adequadas ponderações de valores, existindo um nexo lógico que os legitime; (iii) os optometristas graduados gozariam de qualificação técnica suficiente para execução dos atos inerentes ao seu ofício, não se sustentando a alegação de risco à população ou à saúde pública; e (iv) as restrições, à luz do desenvolvimento técnico-científico, não mais seriam compatíveis com a ocupação dos optometristas, os quais se capacitam por meio de cursos reconhecidos e aprovados pelo Estado, por meio do Ministério da Educação e das Secretarias Estaduais de Educação.

Em sequência, o **CBOO** pediu o recebimento e processamento da ação para que fosse deferida, em caráter de urgência, a suspensão da vigência e dos efeitos dos artigos impugnados, bem como de todos os processos administrativos, cíveis ou criminais em face de optometristas graduados por instituição de nível superior, e, no mérito, a total procedência da ação, declarando-se a não recepção dos artigos impugnados e interpretação conforme a Constituição.

O Conselho Federal de Medicina (“**CFM**”) e o **Consulente** formularam pedidos para intervirem no feito na condição de *amicus curiae* (Evento 7 – fls. 876-910). Isto posto, pleitearam a extinção do feito sem julgamento de mérito, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade do **CBOO**, haja vista que não teria colacionado aos autos prova da: (i) autorização expressa de seus associados para garantir sua legitimidade, (ii) existência de uma classe de optometristas, com a definição legal da ocupação, suas atribuições, direitos e obrigações, e (iii) de norma que regulamente os cursos de formação.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Quanto à questão de fundo, reforçaram a vigência dos Decretos impugnados e reiteraram que o diagnóstico seria atribuição exclusiva do médico. Assim, sustentaram que o exercício da oftalmologia não poderia ser objeto de atuação para profissionais sem formação médica, pois, se este fosse o caso, o ônus da responsabilidade médica não recairia sobre os profissionais em questão pelo resultado de seu diagnóstico e avaliação. Nesse sentido, a optometria, tratando-se de atividade médica, deveria ser fiscalizada, regulamentada e normatizada. A prática de atos médicos, pontuaram, por optometristas, comprometeria a garantia das melhores condições possíveis de atendimento integral à saúde da população.

Nesse sentido, o médico oftalmologista exercitaria o olhar estimativo sobre o todo, identificando potenciais moléstias oculares mais graves que poderiam ocorrer. Dessa forma, o **CFM** e o **Consulente** sustentaram a inaptidão dos optometristas para cuidar da saúde visual, ocular e sistêmica da população, já que, em razão de limitações acadêmicas, estes possuiriam conhecimento limitado acerca dos princípios básicos da fisiopatologia ocular. O paciente seria obstado da chance de ter sua doença ocular corretamente diagnosticada, o que poderia deteriorar o seu quadro visual e implicar grave risco à saúde pública. As ametropias, segundo defendem, não poderiam ser tratadas isoladamente.

O Plenário do STF, em acórdão (Evento 78 da ADPF 131, fls. 23), reconheceu a legitimidade do **CBOO** e sustentou que a restrição da liberdade de profissão se pautou pelo potencial lesivo da atividade, *"cujo emprego sem a correta tecnicidade podem [sic] agravar doenças e condições oftalmológicas ou aviltar qualquer diagnóstico preventivo ou repressivo inicial"*. Contudo, à luz do risco de dano à saúde, asseverou-se ser imprescindível a ponderação do texto normativo de proteção à saúde frente à liberdade profissional, em atenção ao princípio *in dubio pro salute*.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Não obstante o desenvolvimento técnico-científico da optometria, o STF reputou que não se poderia deduzir “*nem sua revogação tácita, nem sua incompatibilidade material com o texto constitucional de 1988 pelo menos até a formação tecnológica ou bacharelar reconhecida pelo Estado, uma vez que trata de qualificação técnica em atividade de saúde pública que não podemos desmerecer*” (Evento 78 da ADPF 131, fls. 29). Nesse sentido, se reconhecida a violação à liberdade de profissão, a restrição ao direito fundamental afetaria não apenas os optometristas com formação profissional, como também quaisquer outras pessoas que pretendessem exercer a atividade, incluindo-se os práticos. A liberação indiscriminada da atividade profissional violaria, portanto, a proteção constitucional almejada. Entendeu-se, assim, que os Decretos impugnados foram recepcionados pela Constituição.

Todavia, à luz do reconhecimento dos cursos tecnológicos e de bacharelado em optometria, o STF asseverou que o Estado não poderia se abster de regulamentar a ocupação. Não caberia ao Poder Judiciário reconhecer a qualificação profissional, mas ao Poder Legislativo, por meio de instrumento adequado. Dessa forma, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, julgaram “*improcedente a arguição de preceito fundamental para 1) declarar a recepção dos artigos 38, 39 e 41 do Decreto n. 20931/32 e dos artigos 13 e 14 do Decreto n. 24492/34; e 2) realizar apelo ao legislador para apreciar o tema, tendo em vontade a formação superior reconhecida pelo Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria*”. (Evento 78 da ADPF 131, fls. 2).

O **CBOO** (Evento 81 da ADPF 131) e o Procurador-Geral da República (“**PGR**”) (Evento 79 da ADPF 131) opuseram embargos de declaração em face do referido acórdão. O **CBOO**, em suas razões, aduziu, preliminarmente, a existência de dois vícios de procedimento, os quais acarretariam a nulidade do julgamento, a saber: (i) a ausência de apreciação do pedido de destaque, haja vista que o processo foi a julgamento virtual; (ii) a existência de impedimento do Min. DIAS TOFFOLI, o qual teria oficiado nos autos

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

da **ADPF 131** como Advogado Geral da União em 2008, opinando contra a procedência dos pedidos, e, posteriormente, em 2020, votando no mesmo sentido.

No mérito, alegou a existência de vícios de contradição entre a *ratio decidendi* e o *decisum* e omissão em face da não apreciação de argumento e de pedido formulado expressamente na exordial. A contradição repousaria, por um lado, sobre o reconhecimento de que restrições à liberdade profissional deveriam obedecer ao princípio da proporcionalidade; e, por outro, na noção de que o acórdão embargado atingiria diretamente o núcleo essencial do direito fundamental daqueles profissionais que possuem capacitação e qualificação ao proibir indiscriminadamente a prescrição de lentes por optometristas. A omissão, por sua vez, estaria contida na ausência de apreciação do pedido sucessivo para que fosse conferida interpretação conforme a Constituição aos dispositivos impugnados, limitando as restrições apenas aos profissionais que não possuísem formação superior.

O **CBOO** aduziu ainda que, em razão do exercício do apelo ao legislador, os optometristas graduados teriam seu direito à liberdade profissional obstado até o Poder Legislativo regulamentar o exercício da ocupação, motivo pelo qual seria necessária a readequação técnica da decisão para concessão de interpretação conforme à Constituição.

Desse modo, em atenção aos argumentos defendidos, requereu (i) o recebimento e conhecimento dos aclaratórios; (ii) a concessão de efeitos suspensivo, haja vista que a decisão estaria provocando danos graves tendentes à extinção da ocupação; (iii) que se assegurasse, em qualquer dos casos, que a operabilidade da decisão se inicie apenas quando findo o processo legislativo destinado a produzir norma, fruto do apelo ao legislador apresentado no acórdão embargado; (iv) o acolhimento dos aclaratórios, com caráter infringente, para que houvesse expressa manifestação do STF sobre os vícios

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

de nulidade aduzidos e fosse sanada a contradição e omissão apontadas por meio da interpretação conforme à Constituição; (v) alternativamente, que se aplicasse a técnica de nulidade parcial sem redução de texto; (vi) alternativamente, que fosse procedida a modulação de efeitos subjetivos da decisão de recepção dos **D 20931/32** e **24492/34**.

Em decisão monocrática, o Min. GILMAR MENDES entendeu assistir parcial razão ao **CBOO** quando pleiteou pela concessão de efeito suspensivo, pois a solução adotada pela Corte, ao seu ver, poderia implicar grave risco de lesão a direitos fundamentais relacionados aos optometristas detentores de formação de nível superior. Deferiu, portanto, o pedido liminar, para determinar que fossem excluídos dos efeitos da decisão colegiada “*os profissionais que tenham sido qualificados por instituição de ensino superior regularmente instituída mediante autorização do Estado e por ele reconhecida.*” (Evento 87 da ADPF 131, fls. 6)

O **CFM** prestou informações, rogando para que o Tribunal atentasse para o fato de inexistir a possibilidade de modulação dos efeitos de decisão que julgue improcedente arguição de preceito fundamental.

Ao apreciar os embargos de declaração (Evento 100 da ADPF 131), o Plenário do Tribunal sustentou a inexistência de nulidade do julgamento de mérito, já que, relativamente à ausência de apreciação do pedido de destaque, é firme o entendimento da Corte no sentido de que referido pedido de destaque não seria de acatamento obrigatório, configurando situação de excepcionalidade. Quanto ao argumento de impedimento, declarou-se ser jurisprudência do Tribunal, que a discussão em abstrato sobre a constitucionalidade de normas jurídicas encerra um caráter objetivo, o que afasta os institutos do impedimento e da suspeição.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Ao decidir a respeito da questão de mérito arguida nos embargos, asseverou assistir razão ao **CBOO** quanto à contradição indicada, de modo que a limitação do julgamento a um apelo ao legislador representaria insuficiente tutela de direitos, sobretudo quanto aos optometristas graduados. Nesse sentido, entendeu que o exercício profissional desta categoria já teria passado pelo crivo do processo legislativo e que esse teria sido negativo, parcial e insuficiente. Isso porque, de um lado, apesar de não haver concedido expressamente aos optometristas o direito à prescrição de órteses e próteses oftalmológicas, não reservou aos médicos o monopólio dessas prescrições e, de outro, versou sobre o tema de maneira meramente pontual e indireta.

Nesse contexto, entendeu-se que a atividade desses profissionais estaria em descompasso com a disciplina dos decretos impugnados, os quais datam da década de 1930. Assim, reputou-se que, aos profissionais de nível técnico, deveria ser franqueado *“o exercício profissional nos estritos e limitados termos que se pode inferir das manifestações estatais a eles direcionadas: veto presidencial possibilitando prescrições de órteses e próteses oftalmológicas, e desempenho das atividades enunciadas pela Classificação Brasileira de Ocupações e nas justas expectativas de exercício profissional oriundas da obtenção de um diploma de nível superior”*. (Evento 100 da ADPF 131, fls. 17)

Destacou-se, ainda, que o condicionamento do livre exercício da ocupação ao prazo incerto do advento de disciplina normativa exauriente condenaria os atuais graduados ao não exercício de sua ocupação. Por essa razão, determinou-se ser possível a modulação dos efeitos subjetivos quanto aos optometristas de nível superior, de modo a firmar e enunciar expressamente que as vedações veiculadas nas normas impugnadas não se aplicariam aos profissionais que ostentem a formação técnica de nível superior. Remanesceria, contudo, o decidido quanto àqueles que não detenham qualificação, bem como o apelo ao legislador para minudenciar os limites e possibilidades do exercício da ocupação dos optometristas.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Em atenção ao *decisum*, o **Consulente** opôs embargos de declaração com fito de sanar obscuridades existentes (Evento 112 da ADPF 131). Dessa forma, pontuou, preliminarmente, que, não obstante a existência de jurisprudência do STF afastando a legitimidade recursal dos *amici curiæ*, o Tribunal já teria conhecido e apreciado embargos aclaratórios dessa natureza, de modo que os seus embargos deveriam receber o mesmo tratamento.

No mérito, defendeu a existência de obscuridade sobre a extensão da inaplicabilidade da vedação contida na segunda parte do **art. 39 do D 20931/32**, que, além de vedar a confecção de lentes de grau sem prescrição médica, proíbe a instalação de consultórios médicos em casas de ótica. Não seria razoável que ao optometrista fosse dado se instalar em uma casa de ótica, ao mesmo tempo em que se veda essa possibilidade ao médico. Por isso, pediu-se que se reconhecesse que também não podem funcionar dentro de estabelecimentos de venda de lentes, pelos mesmos fundamentos que justificam essa vedação aos médicos.

Os embargos de declaração, entretanto, não foram conhecidos, pois o Min. GILMAR MENDES, em decisão monocrática, asseverou ser firme o entendimento da Corte de que os *amici curiæ* não gozam de legitimidade recursal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não sendo permitido, portanto, que interponham recursos. Nesse sentido, ressaltou que este entendimento se mantém, a despeito do advento do **CPC/2015** e declarou que, “*nos termos do art. 21, § 1.º, do RISTF, não conheço dos presentes embargos de declaração*” (Evento 118 da ADPF 131, fls. 4).

Estabelecidos os fatos eventos mais importantes da **ADPF 131**, dedicamos o próximo tópico ao exame de sua abrangência, bem como dos efeitos trazidos por ela ao exercício da atividade dos optometristas.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

3. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA ADPF 131.

Antes de adentrarmos à análise sobre a abrangência e os efeitos trazidos pela decisão proferida na ADPF 131, necessário tecer algumas considerações acerca do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e da necessidade de modulação de seus efeitos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista na **CF 102 § 1.º** e regulamentada pela **L 9882/99**, constitui meio de controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos do direito brasileiro e tem como objetivo evitar ou reparar lesão a **preceito fundamental** resultante de ato do Poder Público.

De acordo com o Ministro **GILMAR MENDES e PAULO GONET BRANCO**:

“De certa forma, a instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental completa o quadro das “ações declaratórias”, ao permitir que não apenas o direito federal mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade”¹.

Preceitos fundamentais, a seu turno, são valores jurídicos fundamentais **dominantes** na sociedade, de modo que nem todo preceito constitucional é passível de ser fiscalizado pelo STF por intermédio da arguição

¹ GILMAR Ferreira MENDES e Paulo Gustavo GONET BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*, 13.ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 1526/1527.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

de descumprimento, **mas somente aqueles que têm magnitude máxima na ordem constitucional**².

A título de exemplo, são fundamentais os preceitos constitucionais relativos: (i) à soberania nacional (**CF 1.º I**); (ii) à dignidade da pessoa humana (**CF 1.º III**); (iii) às cláusulas pétreas (**CF 60 § 4.º**); (iv) à **liberdade ao exercício de trabalho, ofício e profissão (CF 1.º IV e 5.º XIII)** e (v) à **livre iniciativa (CF 1.º IV)**.

Ademais, considerando a extrema rigidez do sistema constitucional para a admissibilidade de ADIn, quando esta não for cabível será possível levar ao STF – por meio de ADPF – questão relativa à inconstitucionalidade de lei federal, estadual, distrital ou municipal para que se tenha decisão, com força de coisa julgada, relativamente à matéria controvertida. Nesse contexto, atualmente é possível, conforme **L 9882/1999 (LADPF) 1.º par.ún. I**, se fazer o **controle de constitucionalidade de leis anteriores à Constituição por meio de ADPF**.³

Relativamente à forma, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser feita por via incidental ou por ação (arguição autônoma), de acordo com a **LADPF 1.º caput**. Em ambos os casos, a petição inicial deverá conter, além da indicação do preceito fundamental alegadamente violado, o ato questionado, a prova de violação e o pedido, com suas especificações.⁴

² Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Leis Constitucionais Comentadas e Anotadas*, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019, coment. 2 LADPF 1.º, p. 482.

³ GILMAR Ferreira MENDES e Paulo Gustavo GONET BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*, 13.ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 1526/1527.

⁴ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Leis Constitucionais Comentadas e Anotadas*, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019, coment. 6 LADPF 1.º, e coment. 6 LADPF 3.º, p. 495.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Uma vez julgada a ADPF, o Presidente do STF comunicará imediatamente os resultados da decisão às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática do ato declarado descumpridor⁵. A eficácia do acórdão que, aliás, não pode ser objeto de ação rescisória⁶, fará coisa julgada *erga omnes* quanto à decisão acerca do descumprimento do preceito constitucional fundamental, isto é, quanto ao exame e alcance do preceito, passando a vincular a seu conteúdo decisório todas as demais autoridades e órgãos públicos da União, Estados, DF e Municípios⁷.

É devido a esse cenário que, ao dar provimento à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o julgador necessita promover, nos termos **LADPF 11**,⁸ a **modulação** de seus efeitos, fixando os limites da decisão sobre o descumprimento do preceito fundamental tanto em relação ao conteúdo quanto em relação ao momento em que ela passará a ter eficácia⁹.

A modulação, como sabido, é um mecanismo essencial para **preservação da segurança jurídica** e deve ocorrer sempre que os efeitos *ex tunc*, provenientes da decisão modificadora de jurisprudência, tenham a

⁵ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Leis Constitucionais Comentadas e Anotadas*, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019, coment. 1, LADPF 10, p. 508.

⁶ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Leis Constitucionais Comentadas e Anotadas*, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019, LADPF 12, p. 509.

⁷ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Leis Constitucionais Comentadas e Anotadas*, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019, coment. 4, LADPF 11, p. 508.

⁸ **LADPF: “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”**

⁹ Hélio MARCIO CAMPO. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 64.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

aptidão de desestabilizar situações jurídicas, as quais se esperava que fossem mantidas, podendo desconstruir ou abalar interesses públicos ou privados¹⁰.

Trata-se de instrumento que visa a regulamentar os efeitos a serem produzidos pela jurisprudência dos Tribunais Superiores para assegurar a proteção de direitos fundamentais, da segurança jurídica e, em última medida, da própria força normativa da Constituição.

Com efeito, o *princípio da segurança jurídica* pode indicar a eficácia *para o futuro* como solução para determinada situação concreta, no caso de o jurisdicionado haver praticado atos com fundamento na lei anteriormente considerada ou admitida como constitucional, porque não declarada a inconstitucionalidade durante a vigência da lei, circunstância que fazia atuar a presunção *iuris tantum* de constitucionalidade de que gozam todas as leis em vigor no país. Mais ainda, a segurança jurídica implica, outrossim, o respeito e a proteção à boa-fé objetiva com que se houve o jurisdicionado até então, fundando – se na lei presumivelmente constitucional ou na interpretação dada pelos tribunais – no sentido de que a referida lei valia e era eficaz.¹¹

Do mesmo modo, decorre da *segurança jurídica* a irretroatividade do direito, situação mais abrangente do que a irretroatividade da lei prevista na **CF 5.º XXXVI**, porque aqui a CF *dixit minus quam voluit*; se o direito pudesse retroagir, estariam sendo desrespeitados a *segurança jurídica*, o

¹⁰ Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR destaca a necessidade de se atribuir efeito *ex nunc* às decisões modificadoras de jurisprudência. Nas suas palavras: “*nada obsta que, na hipótese de uma nova jurisprudência vir a alcançar determinadas situações de fato, objeto de casos propostos na confiança do precedente antigo, ofender o dogma da isonomia, o tribunal perceba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito ex tunc), cria uma situação não desejada pela vontade do legislador racional.*” (Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR. *Irretroatividade e jurisprudência judicial*, In: Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, Nelson NERY JUNIOR e Roque Antonio CARRAZZA. *Efeito ‘ex nunc’ e as decisões do STJ*, São Paulo: Manole, 2008, p. 27).

¹¹ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, 20.ª ed., São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2022, coment. 27 CPC 927, p. 1850.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**. Logo, a irretroatividade do direito e das normas jurídicas em sentido lato significa que leis e decisões judiciais não podem retroagir para prejudicar direitos.

Sendo assim, a regra do sistema processual é no sentido de que a jurisprudência dos tribunais seja *estável*, íntegra e *coerente* (**CPC 926**). O Poder Público *tout court* (Executivo, Legislativo e Judiciário) deve agir com probidade e boa-fé objetiva, manifestações do princípio constitucional da legalidade (**CF 37 caput**). A jurisprudência é dinâmica, como são os fatos da vida, de maneira que é natural que sofra alterações. O que o texto normativo determina é a fundamentação *adequada* e *específica* sobre as razões da alteração, e, ainda assim, com a observância da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança. O sistema exige que o tribunal fique vinculado e aplique sua própria súmula e entendimentos consolidados aos casos concretos.¹²

Feitas estas considerações, no caso em apreço, como previamente mencionado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 131 foi ajuizada pelo Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (**CBOO**) em face do **D 20931/32 38 39 e 41 e D 24492/34 13 e 14 – textos normativos editados antes da Constituição Federal de 1988 (CF/1988)** – na parte em que limitam a liberdade profissional dos optometristas, ao argumento de que ofenderiam vários **preceitos fundamentais** da Constituição, tais quais a livre iniciativa, o princípio da isonomia e a dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao objeto da ADPF, tem entendimento consolidado no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício da profissão somente se legitimam quando embasadas

¹² Sobre impossibilidade de aplicar-se, retroativamente, entendimento novo da jurisprudência, v. Nelson NERY JUNIOR. *Treu und Glauben und Öffentliche Gewalten: die Änderung der Rechtsprechung der obersten Gerichte und derem ex nunc Wirkungen*, in *Festschrift für Dieter Leipold zum 70*, editados por Rolf STÜRNER, Hiroyuki MATSUMOTO, Wolfgang LÜKE e Masahisa DEGUCHI, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2009, pp. 1161/1183.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

em qualificações profissionais e, portanto, as restrições legais desproporcionais, como no caso em que a atividade não seja potencialmente lesiva, são inconstitucionais. Vejamos:

“Constitucional. Lei Federal 3857/1960. Institui a Ordem dos Músicos do Brasil conferindo poder de polícia sobre a profissão de músico. Liberdades de profissão e manifestação artística (Arts. 5.º, IX e XIII, da CF). Incompatibilidade. Impossibilidade de intervenção estatal nesse tipo de atividade.

1. O art. 5.º, XIII, parte final, da CF admite a limitação do exercício dos trabalhos, ofícios ou profissões, desde que materialmente compatível com os demais preceitos do texto constitucional, em especial o valor social do trabalho (arts. 1.º, IV; 6.º, caput e inciso XXXII; 170, caput e inciso VIII; 186, III, 191 e 193 da CF) e a liberdade de manifestação artística (art. 5.º, IX, da CF).

2. As limitações ao livre exercício das profissões serão legítimas apenas quando o inadequado exercício de determinada atividade possa vir a causar danos a terceiros e desde que obedçam a critérios de adequação e razoabilidade, o que não ocorre em relação ao exercício da profissão de músico, ausente qualquer interesse público na sua restrição.

(...)

4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada procedente.”¹³

O ministro Relator, em respeito ao referido posicionamento jurisprudencial da Corte, **condicionou o acolhimento** da pretensão a identificações de razões de ordem prático-jurídicas (potencial lesividade do exercício da atividade) que justificassem a diminuição do âmbito de proteção da norma prevista na **CF 5.º XIII** para os optometristas. Contudo, ao analisar a demanda entendeu, **de maneira acertada**, que, no caso concreto, **a restrição em comento não seria desproporcional ou inconstitucional** – ao menos antes da formação dos primeiros tecnólogos ou bacharéis em optometria – pois fora pautada nos potenciais riscos à saúde decorrentes da atuação de profissionais sem qualquer formação profissional, os chamados **práticos**.

¹³ STF, Tribunal Pleno, ADIn 5235-DF, rel. Min. Rosa Weber, j. 14.6.2021, v.u., DJUe 24.6.2021.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

A formação dos optometristas no Brasil se divide, nos termos do acórdão, entre os **práticos (sem qualquer formação), técnicos (curso de nível médio), tecnólogos (curso superior tecnológico) e bacharéis (curso superior de bacharelado)**. Nesse contexto, mesmo diante do reconhecimento internacional da ocupação, bem como da criação de cursos de tecnólogos e de bacharelado em optometria, o mercado ainda detém um número reduzido de profissionais capacitados em comparação àqueles sem formação – o que justifica, como concluiu o Ministro Relator, a **recepção**, pela **CF/1988**, dos dispositivos confrontados, sob pena de legitimar-se a atuação profissional de indivíduos sem qualquer conhecimento técnico sobre optometria.

Ocorre que, diante da diferenciação entre as quatro modalidades de profissionais não médicos atuantes na área, bem como considerando veto presidencial parcial referente ao **Projeto de Lei do Senado 268/02** – que se converteu na **L 12842/2013 (Lei do Ato Médico)** –, o STF concluiu pela necessidade de **tratamento distinto** entre profissionais qualificados (como tecnólogos ou bacharéis) e práticos ou simples técnicos em optometria (com formação apenas em nível médio).

É dizer, o STF entendeu que, em razão de (i) tais indivíduos deterem **conhecimento técnico sobre a matéria**, (ii) haver veto presidencial parcial da **L 12842/2013**, que restringia aos médicos a indicação e a prescrição do uso de órteses e próteses¹⁴ e (iii) existirem portarias, pareceres do MEC e manifestações do Ministério Público que tratam sobre a ocupação **evidenciária**, ainda que de maneira indireta, a intenção do Poder Executivo em não limitar o exercício da atividade de optometria aos médicos, e que o

¹⁴ Estes eram os textos da **L 12842/2013** vetados pelo Presidente da República: “**Art. 4.º São atividades privativas do médico: (...) VIII – indicação do uso de órteses e próteses, exceto as órteses de uso temporário; IX – prescrição de órteses e próteses oftalmológicas; (...)**”.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

panorama fático dos optometristas com formação em nível superior estaria em descompasso com a disciplina dos decretos da década de 1930, justificando o **tratamento diferenciado a ser concedido aos profissionais de optometria com formação em ensino superior.**

Todavia, o STF decidiu que não caberia ao Judiciário, mas ao Poder Legislativo reconhecer a qualificação profissional por meio de instrumento adequado, motivo pelo qual determinou que **a solução ideal seria manter a vigência das normas questionadas e conclamar ao legislador que regulamentasse a profissão.**

Na prática, a referida decisão, ainda que de maneira implícita, teve por consequência proibir a prescrição de lentes óticas pelos optometristas (ou sua venda sem prescrição médica) – independentemente de serem práticos ou não – até que o Congresso Nacional pudesse deliberar sobre a atuação desses profissionais. (Evento 78 da ADPF 131, fls. 1 e 2)

Opostos embargos de declaração pelas partes, o Tribunal deu provimento parcial ao recurso. Em síntese, concluiu por integrar o acórdão para promover a **modulação** dos efeitos subjetivos da anterior decisão, nos seguintes termos:

“2. integrar o acórdão embargado, promovendo a modulação dos efeitos subjetivos da anterior decisão de recepção dos Decretos n. 20931/32 e 24492/34 quanto aos optometristas de nível superior; e 3. firmar e enunciar expressamente que as vedações veiculadas naquelas normas não se aplicam aos profissionais qualificados por instituição de ensino superior regularmente instituída mediante autorização do Estado e por ele reconhecida, nos termos do voto do Relator.” (Evento 101 da ADPF 131, fls. 2)

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

A **modulação de efeitos**, como previamente destacado, deve ocorrer sobre as decisões que declaram a inconstitucionalidade de determinada lei – justamente porque, em regra, as decisões de improcedência não provocam alterações fáticas que justifiquem eventual restrição dos efeitos da decisão. No caso em apreço, entretanto, apesar de o Tribunal haver concluído inicialmente pela **improcedência da ADPF 131**, acolheu, mediante o parcial provimento dos embargos de declaração, parte da pretensão do Conselho Brasileiro de Óptica e de Optometria, permitindo que os optometristas graduados em nível superior de ensino pratiquem atos inerentes ao seu ofício – o que, **de maneira absolutamente atípica**, ocasionou a necessidade de modulação de efeitos da decisão.

A inaplicabilidade das vedações presentes nos **D 20931/32 38, 39 e 41 e D 24492/34 13 e 14** aos optometristas com formação técnica superior não significou, entretanto, a equiparação entre esses profissionais e os médicos oftalmologistas, pois, no bojo do acórdão, o Ministro Relator esclareceu que: *“aos profissionais de nível técnico deve ser franqueado o exercício profissional nos estritos e limitados termos que se pode inferir das manifestações estatais a eles direcionadas: veto presidencial possibilitando prescrições de órteses e próteses oftalmológicas, e desempenho das atividades enunciadas pela Classificação Brasileira de Ocupações e nas justas expectativas de exercício profissional oriundas da obtenção de um diploma de nível superior.” (Evento 101 da ADPF 131, fls. 17)*

Logo, atualmente os optometristas com formação superior estão autorizados a, **tão somente**, (i) realizar exames optométricos, (ii) confeccionar lentes, mediante prescrição médica, (iii) adaptar lentes de contato, mediante prescrição médica, (iv) montar óculos, (v) aplicar próteses oculares, mediante prescrição médica, (vi) promover educação em saúde visual, (vii) vender produtos e serviços ópticos e optométricos, (viii) gerenciar estabelecimentos, (ix) se responsabilizar tecnicamente por laboratórios, estabelecimentos ópticos básicos ou plenos e centros de adaptação de lentes

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

de contato (v) emitir laudos e (x) confeccionar pareceres ópticos-optométricos – conforme disposto na **Classificação Brasileira de Ocupações**.

Não serão aplicadas a eles, portanto, **as vedações presentes nos D 20931/32 e D 24492/34 quando se referirem especificamente à atuação dos optometristas** – que, segundo tais diplomas, estão impedidos de instalar consultórios para atender clientes, bem como de escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau.

Em contrapartida, as vedações relativas às casas de óticas e demais estabelecimentos – que não se confundem com aquelas direcionadas aos optometristas – em nosso entendimento permanecem integralmente válidas. Isso porque, como mencionado, **a modulação de efeitos cabe ao julgador da ADPF que, no caso em tela, nada dispôs sobre as casas de ótica ou estabelecimentos de venda de lente de grau.**

Significa dizer que os **D 20931/32 39 e 41 e D 24492/34 14** não contemplam vedações aos optometristas, mas sim às casas de ótica e estabelecimentos de vendas de lentes de grau. Por conseguinte, a modulação de efeitos da ADPF 131 – que determinou que as proibições veiculadas naqueles dispositivos não se apliquem aos profissionais que possuem formação técnica de nível superior – não afetou, de forma alguma, a incidência desses dispositivos, ainda que ambos sejam de responsabilidade de optometristas com ensino superior.

Diante desse cenário, para melhor ilustrar em qual medida foi afastada a aplicação dos dispositivos *in verbis*, utiliza-se do seguinte quadro:

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

DECRETO 20931/1932	A quem se aplica essa vedação/ disposição?
<p><i>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.</i></p>	<p><i>Essa vedação não se aplica aos optometristas com curso superior.</i></p>
<p><i>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.</i></p>	<p><i>Essa vedação se aplica às óticas e permanecem válidas, não tendo sido alteradas.</i></p>
<p><i>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.</i></p>	<p><i>Essa vedação se aplica às óticas e permanecem válidas, não tendo sido alteradas.</i></p>
DECRETO 24492/1934	A quem se aplica essa vedação/ disposição?
<p><i>Art. 13. É expressamente proibido ao proprietário, sócio gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento,</i></p>	<p><i>Essa vedação não se aplica aos optometristas com curso superior.</i></p>

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

<p><i>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.</i></p>	
<p>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.</p>	<p><i>Essa vedação se aplica às óticas e permanecem válidas, não tendo sido alteradas.</i></p>

Finalmente, insta também destacar que, havendo aparente incompatibilidade entre o quanto decidido na ADPF 131 e as atividades tidas como privativas do médico, as últimas deverão ser priorizadas – **sendo vedado aos optometristas que atuem como se médicos fossem.**

A título de exemplo, nos termos da **L 12842/2013 4.º**, são atos **privativos do médico**, dentre outras atividades, (i) a indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, (ii) a determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico e (iii) a indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré- e pós-operatórios.

Insta salientar que a **L 12842/2013**, denominada **Lei do Ato Médico**, que regula a atividade e o exercício da medicina, em nada foi alterada pela decisão da ADPF, de modo que todas as atividades tidas como privativas do médico, permanecem assim descritas e regulamentadas. Dentre elas se encontra o diagnóstico nosológico (**L 12842/2013 4.º § 1.º**), *supra* mencionado, que é a determinação de doença que acomete o ser humano. De acordo com a própria lei, “doenças” são aquelas referenciadas na “Classificação

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde”, comumente chamada de **CID**¹⁵, que atribui a cada doença um código de incidência e aplicação universal.

Ora, as próteses oculares, ou lentes de grau, servem única e exclusivamente ao tratamento de DOENÇAS oftalmológicas, que devem ser, por óbvio, diagnosticadas APENAS por médicos. E como o tratamento SUCEDE o diagnóstico, não pode a atividade do optometrista se sobrepor ou substituir a atividade médica necessariamente antecedente, qual seja, o diagnóstico. Portanto, **não cabe ao optometrista, mesmo àquele com ensino superior** – ainda que a Classificação Brasileira de Ocupações lhe permita realizar exames optométricos, aplicar próteses oculares e emitir laudos, sem a prévia prescrição médica – proceder à realização de quaisquer exames oculares invasivos, diagnosticar eventuais doenças oculares, opinar sobre procedimentos cirúrgicos envolvendo a correção de grau ou efetuar qualquer outra intervenção que esbarre nas limitações disciplinadas pela L 12842/13 – sob pena de, inclusive, potencialmente responder pelo crime de exercício ilegal da profissão de médico, nos termos do **CP 282**.¹⁶

A ausência de detalhamento sobre a modulação de efeitos referente aos **D 20931/1932 39 e 41 e D 24492/1934 13 e 14**, aliás, desnaturou, **em certa medida, a própria função da modulação de efeitos**, que deveria ser utilizada para garantir a segurança jurídica, os princípios fundamentais e a obediência à própria Constituição – como já esclarecido. De todo modo, como não poderia deixar de ser, o dispositivo do acórdão há de ser interpretado de maneira a sobrepor as disposições presentes na **L 12842/2013** – e demais

¹⁵ A título de curiosidade, os códigos de referência (CID) para as doenças oculares mais frequentes são os seguintes: Hipermetropia (H 52.0), Miopia (H 52.1), Astigmatismo (H 52.2), Presbiopia (H 52.4). Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho/tabelas-cid-10> Acesso em: 22.3.2022.

¹⁶ Guilherme de Souza NUCCI. *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1156.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

diplomas que abarquem atividades privativas à classe médica – em relação ao conteúdo da Classificações Brasileira de Ocupações, tanto para preservar o conteúdo do texto normativo – válido até eventuais futuras alterações – quanto para zelar pelos interesses do próprio legislador – que visava a tutelar, como ressaltado pelo Ministro Relator, matéria envolvendo **saúde pública**.

Tal conclusão, aliás, decorre da própria descrição da Classificação Brasileira de Ocupações que, segundo o portal do Ministério do Trabalho, *“tem o reconhecimento no sentido classificatório da existência de determinada ocupação e não de sua regulamentação. A regulamentação da profissão, diferentemente da CBO, é realizada por lei cuja apreciação é feita pelo Congresso Nacional, por meio de seus Deputados e Senadores e submetida à sanção do Presidente da República. A CBO não tem o poder de Regular Profissões. Seus dados alimentam as bases estatísticas de trabalho e servem de subsídio para a formulação de políticas públicas de emprego”*¹⁷.

Dessa forma, mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha se utilizado da Classificação Brasileira de Ocupações para modular os efeitos da decisão da ADPF e determinar quais as atividades podem ser realizadas pelos optometristas com curso superior até eventual edição de lei regulamentando a profissão, não restam dúvidas de que o **conteúdo da decisão não deve ser priorizado** em detrimento das demais legislações que regulam o exercício da medicina, **posto que a regulamentação da profissão de optometristas sequer foi objeto de decisão da ADPF 131**.

Insta salientar que a interpretação, tanto de textos normativos quanto de decisões judiciais, deve ser feita em conformidade com a Constituição Federal.

¹⁷ Ministério do Trabalho. Disponível em: <https://empregabrasil.mte.gov.br/76/cbo/> - Acesso em 24.3.2022.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

O constitucionalista **J. J. GOMES CANOTILHO** destaca a função corretiva da interpretação conforme à Constituição que impede o surgimento de variantes interpretativas contrárias ao que estabelece o texto constitucional.

“o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição”.¹⁸

Além da função de controle das variantes interpretativas do texto normativo, a interpretação conforme possui a função corretiva. Assim, mediante a interpretação conforme, permite-se que determinado texto seja preservado da decisão de inconstitucionalidade [nulidade] e passe a ser aplicado com interpretação adequada à Constituição. No caso concreto, o texto que se busca preservar é o da **L 12842/2013**, que em nada foi alterada pela decisão da ADPF e regula o exercício da medicina, enumerando as atividades privativas do médico, entre as quais está a realização de **DIAGNÓSTICO DE DOENÇA**.

Em síntese, a interpretação conforme à Constituição é técnica de controle de constitucionalidade, que exclui por inconstitucionalidade determinadas variantes interpretativas do texto normativo, sem promover

¹⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.^a ed., Lisboa: Almedina, 2000, p. 1189.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

qualquer alteração do texto legislativo.¹⁹ Em seguida, o resultado da interpretação costuma ser incorporado, de maneira resumida, à parte dispositiva da decisão.²⁰ Portanto, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete atue de maneira corretiva, elegendo diante de multiplicidade de modalidades interpretativas aquela que é consentânea com a Constituição.²¹

Por todo o exposto, ao contrário do que uma leitura superficial do acórdão faria concluir, a ADPF 131 não legitimou o exercício da optometria de maneira livre, desvirtuando o quanto disposto pela **L12842/2013**. A solução concedida pelo STF visando a sanar temporariamente a completa ausência de regulamentação legal sobre a matéria deve se submeter às disposições legais sobre o exercício da medicina – além de o respectivo acórdão não abarcar, conforme já esclarecido, as casas de óticas ou estabelecimentos de vendas de lentes de grau.

Assim se evidencia, a nosso juízo, a abrangência e os efeitos decorrentes da ADPF 131.

4. CONCLUSÃO: RESPOSTA AO QUESITO.

Passa-se, a seguir, à resposta do quesito formulado:

¹⁹ João ZENHA MARTINS. *Interpretação conforme com a Constituição in Estudos em homenagem a Inocêncio Galvão Telles*, v. V, Coimbra: Almedina, 2003, p. 480 *et seq.*

No mesmo sentido CANOTILHO afirma: “No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição”. José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª ed., Lisboa: Almedina, 2000, p. 924.

²⁰ Cf. GILMAR Ferreira MENDES e IVES GANDRA da Silva Martins. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 457.

²¹ Riccardo GUASTINI. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano in Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ª ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 56.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

1. Qual é a abrangência e quais são os efeitos práticos da decisão na ADPF 131, com relação aos optometristas, casas de óticas e estabelecimento de venda de lentes de grau?

Resposta: A ADPF 131 declarou recepcionados pela **CF/1988** os **artigos 38, 39 e 41** do **Decreto 20931/1932** e os **artigos 13 e 14** do **Decreto 24492/1934**, embora tenha promovido a modulação de efeitos subjetivos da decisão em relação aos profissionais qualificados por formação em instituição de ensino superior.

Sendo assim, os efeitos da decisão compreendem, de um lado, a total proibição aos optometristas **sem ensino superior** para (i) realizar a instalação de consultórios para atender clientes e (ii) escolher, permitir a escolha, indicar ou aconselhar sobre o uso de lentes de grau e, de outro, a permissão para que os optometristas **com ensino superior** desempenhem as funções compreendidas no Título 3223-05 da Classificação Brasileira de Ocupações – que compreendem tais atividades. Importante ressaltar que, seja como for, o desempenho de atividades profissionais por optometristas deve ser conforme a lei, não se admitindo, portanto, o desvirtuamento da Lei do Ato Médico, que prevê, dentre outras coisas, o *diagnóstico de doença* como atividade privativa do médico.

Devem ser consideradas as disposições da **L 12842/2013** e demais leis e textos normativos que disponham sobre as atividades privativas aos médicos para verificar, no caso concreto, os limites da atuação dos optometristas com ensino superior, principalmente considerando as disposições genéricas da Classificação Brasileira de Ocupações, que não foi elaborada com o objetivo de regulamentar profissões.

Por último, no que diz respeito às casas de óticas e estabelecimento de vendas de lentes de grau, ante a ausência de pronunciamento sobre modulação dos efeitos da decisão, conclui-se que as casas de óticas


PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

permanecem impedidas de confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica e devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro das prescrições médicas. Ademais, o estabelecimento somente poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

É a nossa opinião, salvo melhor juízo.

São Paulo, 12 de abril de 2022.

DocuSigned by:


AC713EG3C98447C
NELSON NERY JUNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(PUC-SP)

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP

Doutorado em Direito Processual Civil pela *Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*
(Alemanha)

Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de
Mesquita Filho” (UNESP)

OAB-SP 51.737 // OAB-DF 31.485