

José Francisco Rezek, doutor em direito, professor de direito na Universidade de Brasília, Subprocurador-Geral da República e Assessor da Chefia do Gabinete Civil da Presidência da República.

Limites constitucionais da liberdade de trabalho

1. Parecer produzido nos autos da Representação nº 1056, ainda não julgada pelo Supremo Tribunal Federal. O relator do feito é o Ministro Décio Miranda. Como assistente do Procurador-geral da República, na arguição de inconstitucionalidade dos dispositivos de lei em debate, figura a Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação. Como assistente do legislador responsável pela edição das mesmas normas (no caso, o Congresso Nacional e o Presidente da República), figura o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional.

A norma constitucional operante, no caso, como parâmetro, é aquela que, dentro do rol dos direitos e garantias individuais, vem, desde a *Carta Política do Império do Brasil*, assegurando, sob certas ressalvas, a liberdade de ofício ou opção laboral. Essa regra evoluiu, entre nós, do modo seguinte:

— *Constituição de 1824*, art. 179: "XXIV — Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos; XXV — Ficam abolidas as Corporações de Ofícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres."

— *Constituição de 1891*, art.

Representação por inconstitucionalidade¹.

Dispositivos de lei federal que delimitam a área de trabalho privativa de fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais; e que impõem às empresas do setor o registro em órgão de fiscalização competente. Distinção entre essas especializações profissionais e a medicina fisiátrica ou psiquiátrica, apurável à luz do sistema universitário.

Representação improcedente.

Reservando-se para um pronunciamento final sobre o mérito, o Procurador-geral da República argüiu ante essa alta Corte a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da legislação federal:

Decreto-lei nº 938, de 13 de outubro de 1969:

"Art. 3º — É atividade privativa do fisioterapeuta executar métodos e técnicas fisioterápicas com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física do paciente".

"Art. 4º — É atividade privativa do terapeuta ocupacional executar métodos e técnicas terapêuticas e recreacionais com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade mental do paciente".

Lei nº 6.316, de 17 de dezembro de 1975:

"Art. 12 (...)

Parágrafo único: É obrigatório o registro nos conselhos regionais das empresas cujas finalidades estejam ligadas à fisioterapia ou terapia ocupacional na forma estabelecida em Regulamento.

72: "§ 24: É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial".

— *Constituição de 1934*, art. 113: "13: É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público".

— *Constituição de 1937*, art. 122: (*sic*) "8: A liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei".

— *Constituição de 1946*, art. 141: "§ 14: É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer."

— *Constituição de 1967*, art. 150, e de 1969, art. 153: "§ 23: É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer."

Nos últimos anos, o mais destacado precedente relacionado com o § 23 do rol de garantias foi a Representação nº 930, em que o Supremo Tribunal Federal derrubou por inconstitucionalidade material a Lei nº 4.116/62, que regulamentara a profissão de corretor de imóveis. A maioria adotou o ponto de vista que o Ministro Rodrigues Alckmin assumira já quando desembargador em São Paulo, e que, nessa ocasião, desenvolveu com particular alento. Aqui um ex-certo expressivo de seu voto: "Postos estes princípios — os de que a liberdade de exercício da profissão é constitucionalmente assegurada no Brasil, embora limitável por lei ordinária; mas que a lei ordinária pode exigir somente as condições de capacidade reclamadas pelo interesse superior da coletividade; e que ao judiciário cabe apurar se a regulamentação é, ou não, legítima — merece exame, agora, o impugnado art. 7º da Lei 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma profissão de corretor de imóveis, profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não pode ser regulamentada sob o aspecto de capacidade técnica, por dupla razão. Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente a direito de terceiro. Quem não conseguir obter comprador para

A representação por inconstitucionalidade atendeu a quanto fora postulado pela Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação, e pelo Conselho Federal de Medicina. É certo que o objetivo dessas duas entidades, e sobretudo da primeira, era mais amplo, pois consistia, ademais, em ver proscritos alguns extratos de lei que nada pro bem, expressa ou implicitamente, aos médicos, limitando-se a permitir aos fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais certas atividades para as quais, ao ver daqueles, estes não se encontram dotados de competência, no sentido técnico-científico. A primeira tarefa do Ministério Público neste caso foi, pois, a de repelir a tese de que exista uma *questão constitucional* na aventada — pelos postulantes originais — generosidade do legislador ordinário para com aquelas duas outras categorias. A questão constitucional só repon-ta, com a verossimilhança necessária à arguição do vício ante essa Corte, na medida em que se admita, em princípio, que certos dispositivos legais poderiam estar tolhendo a liberdade de trabalho do médico, sem que se possa dizê-lo incapaz para aquele mister ali reservado a outrem, com exclusividade (*Constituição Federal*, art. 153, § 23).

As informações de folhas 82/97 foram preparadas pela Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho. Penso poder sintetizá-las, adequadamente, com a transcrição que segue:

"Há que se convir que a privatividade prevista nos questionados arts. 3º e 4º do Decreto-lei nº 938/69 precisa ser compatibilizada com os dispositivos constitucionais e legais que asseguram aos médicos a mesma privatividade para o exercício da medicina física. E isso, exatamente, é o que nos parece deva ser considerado no exame de questão aqui afluída.

A ser considerado que a privatividade de fisioterapeutas ocupacionais excluiria o médico, que sempre exerceu a medicina física, certamente caberia a alegação de inconstitucionalidade, pois afetaria direitos adquiridos deste profissional e também de classe médica, que ficaria obstada da especialização atinente à medicina de recuperação.

A se admitir, por outro lado, que a atividade seria privativa apenas do médico, com a exclusão dos fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, ter-se-ia, igualmente com certeza, a hipótese de inconstitucionalidade, porquanto o direito para executar métodos e técnicas na fisioterapia e terapia ocupacional estes profissionais também o adquiriram através de habilitação em curso de nível superior. Nessa ordem de raciocínio, temos a convicção de que, sem ilegalidade ou inconstitucionalidade, seria possível uma conciliação de interesses, adotando-se como solução o seguinte: "o médico (fisiatra) faz o diagnóstico, indica (e, se achar conveniente, executa) o tratamento, acompanha a sua execução, prescreve, supervisiona, dá alta etc.; o fisioterapeuta e terapeuta ocupacional executam o tratamento. A privatividade destes não se opõe ao fisiatra" (conforme o item 41 do Parecer da Consultoria Jurídica nº 032/80).

Não terá sido outra a intenção do legislador senão a de permitir o exercício da mesma atividade na área de saúde pelos médicos fi-

propriedades cuja venda promova, a ninguém mais prejudicará, que a si próprio. Em segundo lugar, porque não há requisito de capacidade técnica algum, para exercê-la.

Que diplomas, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício dessa profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência, não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum, pelo interesse, de capacidade técnica.

Haverá, acaso ditado pelo bem comum, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Conseqüentemente, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de corretor de imóveis, como não impõe com relação a tantas e tantas atividades profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam.

Como justificar-se, assim, a regulamentação? Note-se que não há, na verdade, interesse coletivo algum que a imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e o regime democrático vigente repelem”.

Ficaram vencidos, nesse julgamento, o relator original, Ministro Cordeiro Guerra, e o Ministro Cunha Peixoto, que não davam pela presença do vício de inconstitucionalidade em parte alguma do contexto. Foram também vencidos, mas em parte, os Ministros Bilac Pinto e Xavier de Albuquerque, patrocinando a idéia, desenvolvida em plenário pelo último, de que a *regulamentação* de um ofício não pode ser inconstitucional em si mesma, senão na medida em que resulte restrito o direito, para qualquer pessoa, de se consagrar a tal ofício, suposto que o mesmo não reclame habilitação em nome do interesse público. Aqui uma consideração vestibular, do voto do Ministro Xavier de Albuquerque: “A meu ver, a regulamentação de determinada atividade, com ou sem a designação formal de profissão, pode ser útil ao interesse público na medida em que

siatras e pelos fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, vez que tanto estes como aqueles estão legal e tecnicamente habilitados.

A interpretação dos arts. 3º e 4º, em pauta, leva a essa conclusão. É que, aos fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais é conferida privatividade apenas para executar, parece lógico que a indicação, o diagnóstico, o acompanhamento a alta etc., deva ser de competência de outro profissional, isto é, do fisiatra. Conseqüentemente, não será compreensível que quem esteja habilitado a tanto, não possa também ‘executar’, se achar conveniente.” (folhas 93/94).

(.....)

“Tudo depende da aplicação daqueles dispositivos. São constitucionais, se a interpretação não for excludente da atividade do médico fisiatra, como, aliás entende esta Consultoria. Contrário senso, são inconstitucionais, se aplicados em prejuízo dos direitos adquiridos daquele profissional”. (folhas 95/96).

Com a devida vênia, hesita o Ministério Público em se acomodar à idéia de que tudo possa ficar circunscrito no terreno da interpretação. Os artigos 3º e 4º do Decreto-lei 938/69 são claros na *privatividade* que estabelece em prol dos fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, sem reservas ou exceções a favor da classe médica. Parece inviável, dessarte, uma solução conciliatória, à base da hermenêutica. Ou o egrégio Tribunal entende válida a privatividade, tal como estabelecida no texto, e desacolhe a representação; ou abona o pensamento da douta Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho, que pugna pela competência concorrente dos graduados em medicina. Nesse último caso, não podendo legislar, ver-se-á o Tribunal na contingência de derrubar, por inconstitucionais em sua forma atual, os arts. 3º e 4º do Decreto-lei 938/69 — ou, quando menos, dentro de cada um deles, o adjetivo pertinente à privatividade — sem prejuízo da perspectiva, aberta ao legislador, de reescrever oportunamente esses textos, ditando, então, a alvitrada “privatividade não oponível à classe médica”.

Esta última solução não é a melhor. Sem negar louvores à boa fé que há de ter inspirado a tese da competência concorrente, o Ministério Público entende que a privatividade de que falam os dispositivos em causa não afronta qualquer garantia que a classe médica possa recolher no art. 153 da Carta Republicana; e experimenta, ao mesmo tempo, certa dificuldade em conceber que os médicos fisiatras ou psiquiatras estejam realmente sentido-se cerceados, em seu labor individual, pelas normas que privatizam, respectivamente, a *execução*: “... de métodos e técnicas fisioterápicas...” e “... de métodos e técnicas terapêuticos e recreacionais...”

Na Representação nº 930, também pertinente à liberdade de trabalho garantida pelo art. 153, § 23 da Lei Maior, esse egrégio Tribunal proscreveu a privatização da corretagem imobiliária, por entender, em última análise, que, do ponto de vista da qualificação técnica requerida, negociar com imóveis é tarefa que não difere de negociar com automóveis ou com cereais. Para tanto se exige não mais que honestidade — imposta, por lei, às pessoas em geral —, e,

contenha elementos capazes de prestigiar os que exercitam, inculcando-lhes a confiança do povo em geral; mas, não lhe pode bastar tal utilidade quando e onde arrebate ao homem comum, sem que o faça em nome de verdadeiras condições de capacidade, como exige a Constituição, o acesso à respectiva categoria.

Quero dizer que tenho a lei em questão como inconstitucional, acolhendo, em suas linhas gerais, os fundamentos básicos dos votos dos eminentes Ministros Rodrigues Alckmin e Leitão de Abreu, mas não lhe estendo a eiva de inconstitucionalidade a todo o corpo de normas. Parece-me que o vício reside apenas naquelas, de suas normas, que induzem, asseguram ou sugeriu a privatividade, a exclusividade do exercício da atividade, aos inscritos nos respectivos Conselhos”.

No caso a que este parecer se refere, o Procurador-geral da República foi instado por entidades representativas da classe médica a dar à Representação alcance muito mais amplo. Parecia a essas entidades que o legislador fora abusivamente generoso na avaliação da competência dos fisioterapeutas e terapeutas, ocupacionais, atribuindo-lhes encargos para os quais lhes falece qualidade técnica, sob a ótica dos médicos. De pronto, o chefe do Ministério Público deu pela impertinência de semelhante discussão: não pode haver inconstitucionalidade, senão mero erro de política legislativa, quando a lei ordinária liberaliza condições de exercício profissional. A afronta ao § 23 do rol constitucional de garantias somente ocorre quando o legislador atua *restritivamente*, impedindo pessoas da execução de certo trabalho, sem que esse gesto se apóie no argumento de que para tanto lhes falta capacidade. A Representação, afinal, só colocou em debate aquelas normas que estabelecem, em favor dos fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, uma *privatidade* que os médicos fisiatras estimam descabida, eis que se consideram, eles próprios, pelo menos tão competentes quanto aqueles outros profissionais para o bom desempenho dos misteres em causa. Como de hábito, o Procurador-geral representou ante o Supremo à só consideração da *razoabilidade* dessa última tese, reservando-se, porém, para um ulterior pronunciamento, definitivo, sobre o mérito. Este parecer final foi lançado nos autos depois da

já agora com vistas ao êxito do empreendimento, algum tino comercial, certa noção do mercado específico, quiçá alguma experiência. O nível de instrução ou de treinamento regular, naquele caso, poderia limitar-se à escolaridade primária. Privatizar semelhante atividade, como entendeu o Tribunal, na trilha do que dissera — ainda como Desembargador em São Paulo — o sempre saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, representava uma velada e reprovável restauração das *corporações de ofício*.

O caso em exame é substancialmente diverso. Cuidou a lei, aqui, de conferir a necessária privatividade ao exercício de profissões que têm, como pressuposto inarredável, um *curso de graduação universitária*, completo e específico.

Permito-me dar ênfase ao que isso representa. A instituição de cursos universitários é matéria de âmbito federal, nela se destacando o exercício da competência, seletiva e controladora, de um órgão do mais alto nível, qual seja o Conselho Federal de Educação. Não se criam novos cursos de graduação, neste país, senão quando a área do conhecimento de que se cuida justifica trato autônomo, em nível universitário; e tem estofamento quantitativo bastante para preencher um currículo acadêmico, a ser enfrentado, pelo estudante, em tempo nunca inferior a quatro anos — nem superior, via de regra, a seis. Com risco de incidir no supérfluo, o Ministério Público lembra que o controle da *criação* de cursos universitários não se confunde, em absoluto, com o controle do *funcionamento* individualizado de escolas superiores, tarefa na qual a falibilidade humana tem largo trânsito — e os cultores da ciência do direito o sabem melhor que ninguém.

Se o bom êxito num programa completo de graduação universitária é o pressuposto da capacidade para a adequada execução dos “métodos e técnicas” a que se referem os textos em causa, será possível afirmar, sem nenhum desdouro para os profissionais da medicina, que a eles lhes falece tal capacidade, porque de *outra* se fizeram titulares do curso médico. Não haveria como cogitar da competência concorrente, a menos que a graduação em medicina comportasse o inteiro currículo do curso de fisioterapia, ou de terapia ocupacional, alcançando, dessarte, duração próxima dos dez anos. Só um descabido preconceito elitista, por outro lado, levaria a supor que a cena universitária abriga mentes subalternas, precisadas de quatro ou cinco anos para captar aquilo que outros espíritos dominariam mediante trato sumário, ao longo de curso diverso. É certo que os programas de graduação diferem uns dos outros, ora em extensão média — quatro, cinco, seis anos —, ora mesmo em grau de abstração ou de complexidade — tenha-se em mira, nesse particular, o paralelo entre a graduação em física nuclear e a graduação em biblioteconomia. Mas não diferem, nem diferirão jamais — enquanto o Conselho Federal de Educação se desincumbir, com a costumeira seriedade, de sua importante tarefa — a ponto de que qualquer deles represente mera parcela incidente de qualquer outro, caso no qual a outorga de autonomia, ao primeiro, teria sido clamoroso absurdo.

manifestação dos órgãos envolvidos no processo legislativo que deu origem às normas atacadas, e da produção de memoriais por ambas as partes.

No tocante ao art. 12 da Lei n.º 6.316/75, as informações da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho bem demonstram que o dispositivo reclama regulamentação, mas não padece de vício algum (folhas 96/97).

Esse artigo de lei, com efeito, exige que as "... empresas cujas finalidades estejam ligadas à fisioterapia ou terapia ocupacional..." se façam registrar nos competentes conselhos regionais. A regra em nada diz respeito aos profissionais da medicina, ou, de resto, a quaisquer profissionais liberais. Ela se volta unicamente para as *empresas*, ao dizer que estas, quando vinculadas à fisioterapia, ou à terapia ocupacional, devem promover o registro coerente com o vínculo. O texto não diz, aliás, que tal registro há de ser o único, vez que uma empresa pode, acaso, estar ligada a algo mais que uma das especialidades em questão. A compatibilidade entre esse artigo de lei e a ordem constitucional está ao largo de toda dúvida.

Ante o exposto, o parecer é por que essa alta Corte declare improcedente, por inteiro, a representação.

Brasília, 30 de abril de 1981.

(a) José Francisco Rezek

Subprocurador-geral da República

