

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Confederação Nacional do Comércio – CNC ajuizou ação direta buscando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, do artigo 31 da Instrução nº 308 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a encerrar vedação aos auditores independentes, a pessoas naturais e jurídicas. Eis o teor:

Art. 31 - O Auditor Independente – Pessoa Física e o Auditor Independente – Pessoa Jurídica não podem prestar serviços para um mesmo cliente, por prazo superior a cinco anos consecutivos, contados a partir da data desta Instrução, exigindo-se um intervalo mínimo de três anos para a sua recontratação.

Percebam a premissa básica: a Carta da República estabelece a impossibilidade de o Estado criar obrigações ou restringir direitos dos administrados senão em virtude de lei. De acordo com o ensinamento de José Afonso da Silva, para concretização do princípio da legalidade, o texto constitucional refere-se, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo descrito na Constituição (SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 424).

A legalidade é lastro do Estado Democrático de Direito. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo exceto em razão de lei. A atuação das agências faz-se no campo executivo.

A instrução editada distancia-se da Constituição Federal ao versar, sem previsão na Lei nº 6.385/1976 – que dispõe sobre a Comissão de Valores Mobiliários –, abstenção de conduta no exercício profissional de auditores considerado o mercado de distribuição de títulos e valores mobiliários.

A Comissão inovou no arcabouço normativo, editando ato abstrato, autônomo e geral por meio do qual fixada proibição, com observância de prazo, inclusive quanto à recontratação.

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

O preceito contraria o inciso II do artigo 5º da Carta da República.

Revela-se inconstitucional, ainda, por transgredir o disposto no inciso XIII do artigo 5º, no qual consagrado o livre exercício de qualquer trabalho. Apesar da possibilidade de restrição, pelo legislador ordinário, do exercício profissional, existe reserva legal, estando a autorização constitucional, mesmo assim, limitada a eventual imposição de requisitos técnicos. Precedente: recurso extraordinário nº 511.961, relator ministro Gilmar Mendes, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 13 de novembro de 2009.

No voto proferido no extraordinário de nº 603.583/RS, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça de 25 de maio de 2012, em debate questão alusiva às condições para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, fiz ver:

[...]

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

[...]

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

Essa dimensão desvenda outro aspecto a ser realçado: o constituinte originário limitou as restrições à liberdade de ofício às exigências de qualificação profissional. Cabe indagar: por que assim o fez? Ora, precisamente porque o trabalho, além da dimensão subjetiva, também ostenta relevância que transcende os interesses do próprio indivíduo. Em alguns casos, o mister desempenhado pelo profissional resulta em assunção de riscos os quais podem ser individuais ou coletivos. Quando o risco é predominantemente do indivíduo exemplo dos mergulhadores, dos profissionais que lidam com a rede elétrica, dos transportadores de cargas perigosas, etc., para

tentar compensar danos à saúde, o sistema jurídico atribui-lhe vantagens pecuniárias (adicional de periculosidade, insalubridade) ou adianta-lhe a inativação. São vantagens que, longe de ferirem o princípio da isonomia, consubstanciam imposições compensatórias às perdas físicas e psicológicas que esses profissionais sofrem.

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

Julgo procedente o pedido, para declarar inconstitucional o artigo 31 da Instrução nº 308/1999 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Plenário Virtual - minuta de voto - 09/11/2017