

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os pressupostos gerais de recorribilidade foram atendidos. O recurso, subscrito por advogado regularmente constituído, foi protocolado no prazo legal.

Improcede o arguido descabimento do extraordinário a partir da decisão do Superior Tribunal de Justiça. A Lei nº 13.021/2014 – na qual se baseou o ato recorrido –, é posterior ao acórdão do Tribunal Regional.

Estando em jogo a constitucionalidade, ou não, dos artigos 5º e 6º, inciso I, do diploma legal, não prospera a alegação de debate envolvendo matéria infraconstitucional, tampouco a necessidade de produção de prova. Os fatos estão delineados, soberanamente, no acórdão impugnado.

Não vinga a suposta afronta às liberdades de iniciativa e concorrência das drogarias, considerada a falta de legitimidade e interesse na defesa da classe empresarial.

O Supremo examina, outra vez, a temática da responsabilidade técnica por drogaria. Na primeira oportunidade, ainda sob a regência da Constituição de 1967, quando do exame da representação de inconstitucionalidade nº 1.507-6, relator ministro Carlos Madeira, acórdão publicado no Diário da Justiça de 9 de dezembro de 1988, assentou:

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.
Artigos 15, § 3º e 17 da Lei nº 5.991, de 17.12.73. Limitação a liberdade de comércio. Drogarias. A norma que prevê a assistência do técnico responsável nas drogarias visa a concordância prática entre a liberdade do exercício do comércio de medicamentos e o seu controle, em benefício dos que visam tais medicamentos.

Representação julgada improcedente.

O enfoque adentra seara mais específica, para além da obrigatoriedade de assistência por responsável técnico. A Lei nº 13.021/2014 prevê que o responsável seja graduado em farmácia, não mais sendo suficiente a formação em nível técnico, em nível médio.

A liberdade ao exercício profissional constitui direito fundamental de elevada significação constitucional. A garantia está intimamente ligada à formação 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”. Sendo pressuposto à realização plena de um projeto de vida, liberdade de profissão e dignidade da pessoa humana estão relacionadas.

Inimaginável pensar em plena liberdade quando se é compelido ao desempenho de determinada atividade profissional ou são completamente vedadas condições de acesso à desejada. A escolha revela opção por certo modo de vida, que se converterá em base econômica do indivíduo – e, em certos casos, da família – de maneira que, quando o Poder Público condiciona ou simplesmente impede o exercício, nega elemento importante da razão de existir.

Com a finalidade de assegurar a liberdade de ofício, impõe-se ao Estado o dever de colocar à disposição do cidadão, em condições equitativas de acesso, os meios para que seja alcançada. Incumbe-lhe proporcionar a formação escolar, a preparação técnica, as modalidades de aprendizagem e as práticas cujos conhecimentos se mostrem necessários ao exercício da profissão.

Sendo o ofício lícito, o Estado não pode opor embaraços irrazoáveis ou desproporcionais. Há o direito de obter habilitação versada em lei para a prática profissional, observadas condições equitativas e qualificações técnicas previstas na legislação. De acordo com o constitucionalista português Jorge Miranda, a garantia compreende, ainda, “o direito de não ser privado, senão nos casos e nos termos da lei e com todas as garantias, do exercício da profissão”.

Conforme proclamou o Tribunal Constitucional alemão, em julgado sobre o tema, a garantia

“protege a liberdade dos cidadãos em um âmbito especialmente importante para a sociedade moderna, caracterizada pela divisão do trabalho: garante aos particulares o direito de adotar toda atividade que considerem apropriada como profissão, isto é, em convertê-las em base do seu sustento”.

O direito à liberdade em jogo 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 da garantia. Sob essa óptica, um ofício mostra-se necessário para que sejam produzidos bens essenciais à vida em sociedade, presente a divisão dos afazeres. Essa dimensão revela outro aspecto a ser realçado: o constituinte originário limitou as restrições à liberdade profissional às exigências de qualificação

Cabe indagar: por que assim o fez? Precisamente porque o trabalho, além da dimensão subjetiva, possui relevância que transcende interesses individuais. Em alguns casos, resulta assumir riscos, individuais e coletivos.

Se corre perigo, predominantemente, o indivíduo – a exemplo de mergulhadores, trabalhadores que lidam com a rede elétrica, transportadores de cargas perigosas, etc. –, para compensar eventuais danos à saúde, o sistema jurídico atribui vantagens pecuniárias (adicional de periculosidade, insalubridade) ou encurta o tempo necessário à inatividade. São benefícios que, longe de ferirem o princípio da isonomia, consubstanciam resarcimento ante perda de natureza física ou psicológica. Quando o risco é suportado pelo corpo social, cabe limitar o acesso à profissão, exatamente em função do interesse coletivo. Daí a cláusula constante da parte final do inciso XIII do artigo 5º da Carta Federal, a ressalvar as qualificações exigidas em lei. É a salvaguarda para que a atividade profissional envolvendo riscos à coletividade seja exercida por indivíduos conhecedores da técnica.

A alusão à dignidade da pessoa humana há de ser lida sob esse prisma, não se devendo levar o princípio às últimas consequências. Ao contrário do que ocorreu no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132 – em jogo o reconhecimento da existência de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, situação que se restringia a duas pessoas –, a liberdade de profissão não se resume à esfera particular. Certas profissões, como as de médico, engenheiro, arquiteto, advogado, se desempenhadas por pessoa desprovida de qualificação técnica específica, podem resultar em dano à sociedade. Foi essa lógica que conduziu à imposição de pena privativa de liberdade considerado o exercício ilegal de profissão, nos termos do artigo 47 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.

Segundo proclamou o congênere alemão:

A liberdade de exercer uma profissão pode ser restringida na medida em que considerações racionais de bem comum o façam parecer adequado; a proteção do direito fundamental se restringe à defesa frente a uma inconstitucionalidade, que se pode dar, por

exemplo, quando se impõem condições excessivamente gravosas ou irrazoáveis.

O conceito de farmácia tem dimensão coletiva, abrangendo drogaria. A Lei nº 13.021/2014 define como: unidade de prestação de assistência farmacêutica – assim entendido o conjunto de ações e de serviços voltados a assegurar assistência terapêutica integral, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde nos estabelecimentos públicos e privados que desempenhem atividade farmacêutica, tendo o medicamento como insumo essencial assegurando acesso e uso racional –, assistência à saúde, bem assim orientação sanitária individual e coletiva, na qual se processe manipulação ou dispensação de medicamentos magistrais, oficinais, farmacopeicos ou industrializados, cosméticos, insumos farmacêuticos, produtos farmacêuticos e correlatos.

O principal argumento do recorrente diz respeito ao esvaziamento da função do técnico, em decorrência de impedimento quanto à responsabilidade por drogaria, nada obstante dispensado, segundo alega, maior conhecimento.

Adianto óptica no sentido de ser compatível a exigência de nível superior, no que não alcançado, de forma desarrazoada, o núcleo essencial da garantia constitucional da liberdade de ofício.

No Catálogo Nacional de Cursos Técnicos do Ministério da Educação, consta que o técnico em farmácia: “Executa, como auxiliar, as rotinas de compra, armazenamento e dispensação de produtos. Realiza o controle e manutenção do estoque de produtos e matérias-primas farmacêuticas, sob supervisão do farmacêutico”. Tem como campo de atuação: drogarias, unidades básicas de saúde e unidades de dispensação do SUS, farmácias de manipulação, homeopáticas e hospitalares, indústria farmacêutica e de cosméticos e distribuidoras de medicamentos, insumos e correlatos.

O objetivo maior da disciplina jurídica contida na Lei nº 13.021/2014 é assegurar que atividade de risco seja desempenhada por pessoa com conhecimento técnico suficiente, evitando-se, tanto quanto possível, danos à coletividade.

O Supremo considera o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal ao proclamar a incompatibilidade de dispositivo que verse restrição ao acesso ou exercício de certa profissão, tal como ocorreu no tocante à exigência de diploma de nível superior para a prática do jornalismo e à imposição de registro no órgão de classe no caso dos músicos – recursos

extraordinários nº 511.961, relator ministro Gilmar Mendes, e 414.426, relatora ministra Ellen Gracie, ambos apreciados pelo Pleno, nas sessões, respectivamente, de 16 de junho de 2009 e 1º de agosto de 2011. Sob a égide da Carta de 1967, o Tribunal julgou procedente a representação nº 930, redator do acórdão ministro Rodrigues Alckmin, assentando inconstitucional preceito contido na Lei nº 4.116/1962, mediante o qual restringido o desempenho da atividade de corretor de imóveis.

O vetor preponderante dos pronunciamentos foi o risco trazido à coletividade. A possibilidade de perigo gerada pela prática profissional justifica, ou não, a atuação intervintiva estatal. Quanto mais ensejadora de risco, maior será o espaço de conformação deferido ao Poder Público. Por contraposição lógica, se não envolvido perigo, é inadmissível qualquer restrição. No recurso extraordinário nº 511.911/SP, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, Sua Excelência fez ver:

Como parece ficar claro a partir das abordagens citadas, a doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias.

De idêntica forma, pronunciou-se no extraordinário de nº 414.426 a ministra Ellen Gracie:

“O exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados.”

A mesma linha de raciocínio foi seguida no voto vencedor proferido pelo ministro Rodrigues Alckmin na mencionada representação nº 930.

O princípio da proporcionalidade surge como meio eficaz à ponderação exigida, ante a semelhança de hierarquia dos valores envolvidos: de um lado, o livre exercício de profissão; de outro, o direito à saúde. O conteúdo central decompõe-se em subprincípios a abarcarem amplitude semântica do conceito. São eles: a ideia de conformidade ou de adequação dos meios, a

exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito.

Considerado o subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios, examina-se apropriada, ou não, a medida adotada para concretizar o objetivo buscado, tendo em conta o interesse público. Segundo Humberto Ávila, o Tribunal Constitucional alemão declara a inconstitucionalidade, ante a inobservância do subprincípio, apenas quando a restrição aos direitos fundamentais se apresenta incapaz de atingir a finalidade para a qual implementada e não for, de qualquer maneira, plausível ou justificável. Ajustando a premissa ao caso concreto, tem-se que a delegação da responsabilidade técnica por drogaria a farmacêutico resulta congruente com o fim pretendido – o de proteger a sociedade dos riscos à saúde. Das informações trazidas por Conselhos de Farmácia admitidos no processo, extrai-se que farmacêutico é quem possui o conhecimento necessário para sanar dúvidas relacionadas a remédios prescritos, pressupondo atendimento pessoal visando a correta dispensação, no que diz respeito às interações medicamentosas, alimentares e dosagens, sendo atribuição indelegável a garantia do uso racional de fármacos.

O subprincípio da vedação do excesso, comumente traduzido na expressão “não se abatem pardais disparando canhões”, atribuída ao jurista alemão Jellinek, pressupõe a análise dos meios alternativos à medida restritiva, impondo ao Poder Público que escolha o menos gravoso, considerados os direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva esclarece que, “enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim”. À evidência, os meios devem ser razoavelmente equivalentes em eficácia, sob pena de inviabilizar-se a realização do interesse público, forçando a opção pelo menos gravoso e, na maior parte das vezes, menos eficaz. Nesse ponto, desfaz-se a argumentação do recorrente, porquanto a permissão, ao técnico, do exercício da responsabilidade por drogaria mostra-se inequivocamente menos efetiva, considerada a proteção à saúde. Com parâmetro de comparação díspares, descabe a declaração de inconstitucionalidade por violação à proibição do excesso. O objetivo da norma não foi o de restringir o comércio de medicamentos, mas o de salvaguarda da saúde individual e coletiva.

Por fim, o exame de proporcionalidade em sentido estrito requer sopesar a importância de realização do fim objetivado pela medida e a

intensidade da restrição ao direito fundamental. Celso Antonio Bandeira de Mello explica: “É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”. É perguntar: o perigo de dano oriundo da responsabilidade técnica por drogaria serve a justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão? Os benefícios decorrentes da providência restritiva são harmônicos com a garantia do inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal? A resposta é positiva, e fundada em um conjunto de razões.

Segundo esclarece a Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde do Ministério da Saúde, a Organização Mundial da Saúde – OMS reconhece o farmacêutico como profissional a dispensar atenção à saúde, devendo participar com outros membros da equipe na prevenção de enfermidades.

Quando a dosagem do medicamento prescrito ultrapassa os limites farmacológicos ou o receituário apresenta incoerências, é o responsável técnico pela drogaria que solicita confirmação expressa ao médico – artigo 41 da Lei federal nº 5.991/1973.

A Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa – RDC nº 44/2009, a estabelecer critérios e condições mínimas ao cumprimento das boas práticas farmacêuticas objetivando o controle sanitário do funcionamento, dispensação e comercialização de produtos, bem assim da prestação de serviços técnicos em farmácias e drogarias, dispõe:

Art. 20. As atribuições do farmacêutico responsável técnico são aquelas estabelecidas pelos conselhos federal e regional de farmácia, observadas a legislação sanitária vigente para farmácias e drogarias.

Parágrafo único. O farmacêutico responsável técnico pode delegar algumas das atribuições para outro farmacêutico, com exceção das relacionadas à supervisão e responsabilidade pela assistência técnica do estabelecimento, bem como daquelas consideradas indelegáveis pela legislação específica dos conselhos federal e regional de farmácia.

Nos precedentes referentes a corretores de imóveis, músicos e jornalistas, não estava em jogo risco à coletividade. Daí haver o Supremo adotado solução diferente da que é própria à espécie. Coerente com essa óptica, no recurso extraordinário nº 511.591, formalizei voto assentando constitucional a exigência de diploma de nível superior de jornalismo, por

vislumbrar risco à coletividade e interesse na profissionalização da atividade. Dessa posição, como já consignado, divergiu a sempre ilustrada maioria.

Já na ação direta de nº 803, relator ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 23 de novembro de 2017, o Colegiado declarou constitucional a expressão “privativas” encerrada na cabeça do artigo 3º da Lei nº 8.234/1991, relativamente à profissão de nutricionista. Destaco do voto do ministro Alexandre Moraes:

Não me parece, de outro lado, que a lei em exame iniba o exercício de profissões de técnicos em nutrição e dietética, profissionais de nível médio profissionalizante, que desempenham atividades complementares àquelas desenvolvidas pelos nutricionistas, que são diversas daquelas descritas como privativas.

Cabe indagar: a responsabilidade técnica por drogaria, sem diploma universitário, pode afetar outrem? A resposta é desenganadamente positiva. Causa prejuízo, à primeira vista, ao cliente, deixando-o desguarnecido de informações em relação ao medicamento prescrito, bem como ao uso inadequado e irracional. Também revela lesão à coletividade, considerada a proteção à saúde.

Surge o interesse social a partir da existência de mecanismos de controle – objetivos e impessoais – concernentes à prática.

As limitações à liberdade de ofício hão de ficar orientadas pelo interesse público, jamais pelo da categoria.

Com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, concluo que os artigos 5º e 6º, inciso I, da Lei nº 13.021/2014, a versarem ser do farmacêutico a responsabilidade técnica por drogaria, surgem compatíveis com a Constituição Federal, tendo em vista o interesse público, consubstanciado na proteção da sociedade, ante o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade.

Desprovejo o extraordinário. Eis a tese: “Surgem constitucionais os artigos 5º e 6º, inciso I, da Lei nº 13.021/2014, no que previsto ser do farmacêutico a responsabilidade técnica por drogaria.”

É como voto.