
PARECER SOBRE A ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
Nº 131, ARGUIDA PELO CONSELHO BRASILEIRO DE
ÓPTICA E OPTOMETRIA – CBOO.

José Affonso de Albuquerque Netto
Advogado da União

SUMÁRIO: O livre exercício da profissão de
Optometria; A Optometria e a Área Médica.

SIPAR n.º 25000.071956/2008-82

PARECER n.º /2008 - AGU/CONJUR - MS/JAAN

ADPF n.º131

REFERÊNCIA: Memorando n.º212/CGU/AGU/2008

AUTOR: Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria

Trata-se de ofício da Consultoria Geral da União solicitando informações a serem prestadas ao Supremo Tribunal Federal pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º131 argüida pelo Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria – CBOO.

O referido autor visa a não recepção dos artigos 38, 39 e 41 do Decreto n.º20.931/32 e dos artigos 13 e 14 do Decreto n.º24.492/34 frente a vários preceitos constitucionais, dentre eles os valores sociais do trabalho (art.1.º, IV, da CF/88) com a garantia de liberdade de ofício ou profissão (art.5.º, XIII, da CF/88). Ele alega que as referidas normas impedem o exercício regular da profissão de optometria que é reconhecida pelo Ministério da Educação.

Dispõem os artigos em confronto:

Decreto 20.931/32:

Art. 38 - *É terminantemente proibido* aos enfermeiros, massagistas, *optometristas* e ortopedistas *a instalação de consultórios para atender clientes*, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos de Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficialiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

Art. 39 - *É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica*, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.

Art. 41 - *As casas de ótica, ortopedia e os estabelecimentos eletro, rádio e fisioterápicos de qualquer natureza devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro das prescrições médicas.*

Decreto nº 24.492/34:

Art. 13 - *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.*

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.*

Esta Consultoria/MS solicitou à área técnica competente todas as informações técnicas pertinentes à questão posta e discutida em juízo.

Nas fls.66/69 vieram as informações.

Observa-se que as informações apresentadas são insuficientes, uma vez que se abordou apenas sobre a ilegitimidade ativa “ad causam”, não trazendo qualquer informação técnica sobre o caso em tela.

Assim, como há prazo processual para a apresentação das informações no Supremo Tribunal Federal, esta Consultoria fará algumas observações adicionais.

Há duas questões principais a serem dirimidas no feito. Inicialmente, deve-se analisar o livre exercício da profissão de optometria. A outra questão consiste em saber se a optometria invade a área médica.

O LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE OPTOMETRIA

A Constituição da República elegeu como direito fundamental o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (artigo 5.º, inciso XIII). Ao positivizar essa liberdade, exigiu-se o atendimento da qualificação profissional eventualmente imposta por lei. Assim, a previsão do artigo 5.º, inciso XIII, da Constituição é *norma de eficácia contida*.

Isso significa que a norma somente cede espaço, ou seja, deixa de vigor de forma ampla, quando sobrevier lei que estabeleça, para certas profissões ou atividades, a necessidade de qualificação profissional, também prevista em lei.

José Affonso da Silva¹ diz que as normas de eficácia contida são aquelas em “*que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses*

1 Silva, José Affonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.

Neste sentido, os Decretos n.º 20.931/32 e 24.492/34, que regulam o exercício da medicina, reduzem o exercício da profissão de optometria, uma vez que conteve a norma constitucional proibindo que os optometristas, por exemplo, tenham consultórios e prescrevam lentes de grau.

Os referidos decretos permanecem em vigor, uma vez que complementam as normas constitucionais em vez de contrariá-las. Este complemento é autorizado pelo inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que se trata de norma de eficácia contida.

Como ressaltado pelo Ministro Teori Albino Zavascki no voto proferido no julgamento do mandado de segurança n.º 9.469/DF, os decretos em comento continuam em vigor. Veja-se:

6. Questão bem diferente, alheia ao objeto do ato atacado, é a que diz respeito aos limites do campo de atuação dos optometristas e de eventuais excessos ou interferências indevidas de suas atividades com as próprias e exclusivas dos médicos oftalmologistas, considerado o que dispõem os Decretos ns. 20.931, de 11.1.1932 e 24.492, de 28 de junho de 1934, que regulam e fiscalizam o exercício da medicina. Ressalte-se, desde logo, que tais diplomas continuam em vigor. O ato normativo superveniente que os revogou (art. 4º do Decreto n. 99.678/90) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI n 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal. A suspensão ou a anulação por vício de inconstitucionalidade da norma revogadora importa a vigência, ex tunc, da norma anterior por ela tida por revogada. Em nosso sistema, de Constituição rígida e de supremacia das normas constitucionais, a inconstitucionalidade de um preceito normativo acarreta a sua nulidade desde a origem, razão pela qual a sentença que reconhece tal vício tem natureza declaratória, e não constitutiva. A inconstitucionalidade opera ex tunc, a significar que o preceito normativo inconstitucional jamais produziu efeitos jurídicos legítimos, muito menos o efeito revocatório da legislação anterior. Essa é orientação firmemente assentada no Supremo Tribunal Federal, como se verifica, v.g., no RE 259.339, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.06.2000 e na ADIn 652/MA, Min. Celso de Mello, RTJ 146:461. No que se refere à liminar, há dispositivo específico consagrador dessa doutrina, no art. 11, § 2º da Lei 9.868/99. (grifo nosso)

Cumprido ressaltar que o Decreto 24.492, de 28 de junho de 1934, que regulamenta o Decreto nº20931/32, foi editado sob égide

da Constituição de 16 de julho de 1934, em que também previa, como na Constituição de 1988, o pleno exercício regular da profissão com autorização de restrição legal. Veja-se:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.

Para corroborar a recepção dos referidos decretos no tempo, verifica-se que as demais Constituições Federais observaram o mesmo texto da Constituição de 1934 e da de 1988. Assim, não faz sentido afirmar que as demais Constituições não recepcionaram as normas restritivas em comento. Veja-se:

Constituição Federal de 1937

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

8º) 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 Federal de 1946

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, *observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.*

Constituição Federal de 1967

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Emenda Constitucional nº1 de 1969

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Destarte, ao analisar as Constituições Federais, verifica-se que ela previu o exercício da profissão como uma norma de eficácia contida ou restringível.

Gilmar Ferreira Mendes², citando *Freiheit des Berufs Bachof*, diz que “importantes vozes na doutrina sustentam que a restrição a direitos não se limita a uma constatação do que efetivamente vige, mas que o legislador está autorizado, nesses casos, a estabelecer autênticas limitações aos direitos de liberdades.”

O referido autor ainda ensina que há normas que precisam de uma reserva legal qualificada, em que não basta a lei para restringir a norma, é preciso que haja razoabilidade na redução. Veja-se:

Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada (qualifizierter Gesetzervorbehalt) quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

Dessarte, estabelece-se, no art.5º, XIII, da Constituição, ser ‘livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer’.

2 Mendes, Gilmar Ferreira. Os direitos Individuais e suas limitações: Breves reflexões. In: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Gustavo Gonet Branco. *Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 1. ed., 2ª Tir., Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

O tema havia merecido a atenção da nossa jurisprudência sob o império da Constituição de 1967-69 (Rp n.º930), quando se discutiu a extensão da liberdade profissional e o sentido da expressão condições de capacidade, tal como estabelecido no art.153, §3º, da Constituição de 1967/69. O voto então proferido pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de preservar-se o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando-se, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de 'atender ao critério da razoabilidade'.

Tratando-se de norma de eficácia contida qualificada, poder-se-ia argumentar que não há lei vigente, pois o diploma normativo regulamentar da matéria é um Decreto. Entretanto, esta afirmação não prospera, visto que pela teoria da recepção, o surgimento de uma nova constituição faz com que toda a legislação anterior perca sua vigência. No entanto, diante da impossibilidade fática de uma elaboração instantânea de todas as leis necessárias, as normas infraconstitucionais anteriores materialmente compatíveis com a nova constituição, ganham um novo fundamento de validade e são recepcionadas por ela. Lembrando que, caso haja um inconstitucionalidade formal, estas normas ganham um "novo status" e passam a ter a forma exigida pela nova constituição³.

Corroborando os ensinamentos do notável Ministro Gilmar Mendes, na reserva legal qualificada, restou demonstrado o primeiro requisito, isto é, a norma infraconstitucional limitadora para o exercício pleno da profissão de optometria. Já o requisito da razoabilidade, este será demonstrado no item abaixo, em que será analisada a optometria e área médica e será demonstrado que a saúde é o fundamento da restrição da norma, que prevalece sobre o exercício da profissão.

Quanto à regulamentação da optometria, o Decreto n.º 20.931/32 traz os seguintes dispositivos que interessam à análise do feito:

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

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

3 Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

Art. 39 *É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica*, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.

Os dispositivos acima mencionados evidenciam a existência da profissão de optometria já desde aquela época (década de 30). Porém, permanece o fato de que a legislação brasileira *não regulamentou a referida profissão*, fato este que não impede, no entanto, seu exercício (art. 5^o, XIII, CF/88), desde que não haja a invasão das atribuições exclusivas de outra profissão regulamentada.

Por sua vez, o Decreto 24.492/1934 assim estabelece:

Art. 4^o.Será permitido, a quem o requerer, juntando provas de competição e de idoneidade, habilitar-se a ser registrado como *ótico prático* na Diretoria Nacional de Saúde e Assistência Médico-Social ou nas repartições de Higiene Estaduais, depois de prestar exames perante peritos designados para esse fim, pelo diretor da Diretoria Nacional de Saúde e Assistência Médico-Social, no Distrito Federal, ou pela autoridade sanitária competente, nos Estados.

§1^o O registro feito na Diretoria Nacional de Assistência Médico-Social dá direito ao exercício da profissão de ótico prático em todo o território da República e o feito nas repartições estaduais competentes é válido somente dentro do Estado em que o profissional se habilitou.

Extrai-se, na mesma linha do Decreto 20.931/32, a admissão da atividade de óptico prático que, pode-se dizer, equivale ao optometrista até normatização em contrário, cuja atividade, em observância necessária do art. 1^o do Decreto 24.492/1934, estaria *circunscrita ao “comércio de lentes de grau”*, obedecidas as qualificações exigidas pela autoridade sanitária, que tem competência, ainda, para expedir a autorização (art. 5^o, Decreto 24.492/1934).

Apesar da legislação não assinalar as atribuições do optometrista, ela aponta as atribuições do ótico prático, no artigo 9^o do Decreto n.º 24.492/34, definindo os limites da atividade de “comércio de lentes de grau”:

Art. 9º. Ao ótico prático do estabelecimento compete:

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

“Art. 15. Ao estabelecimento de venda de lentes de grau só é permitido, independentemente da receita médica, substituir por lentes de grau idêntico aquelas que forem apresentadas danificadas, vender vidros protetores seu grau, executar concertos nas armações das lentes e substituir as armações quando necessário.

Conclui-se, pela leitura dos diplomas legais em vigência, que o legislador brasileiro reservou exclusivamente para os médicos a realização de exames de vista. Portanto, as atividades de “*exame de refração*” (que se destina justamente à prescrição de óculos) são de competência exclusiva do médico oftalmologista. É o que se depreende do disposto no artigo 39 do Decreto n.º 20.931/32 acima transcrito, segundo o qual se veda às casas de ótica “*confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica*”.

Verifica-se, na legislação em vigor, que ainda não existe regulamentação da profissão de optometria, mas apenas da atividade exercida pelo “*óptico prático*”, *restrita ao comércio de lentes de grau*. E, semelhantemente às limitações impostas pela lei à atividade do “*óptico prático*”, conclui-se que aos optometristas é vedada a prática de diagnóstico ocular e de solução para a correção de doença ou do campo visual.

Adverte-se que os decretos não proíbem o exercício da optometria, mas apenas fixam os limites do seu âmbito de atuação.

Cabe, ainda, mencionar que o Decreto n.º 24.492/34 regulou em alguns de seus artigos a venda de lentes de grau. Veja-se:

Art. 1º A fiscalização dos estabelecimentos que vende lentes da gráu em todo território da República é regula na forma dos arts. 38, 39, 41 e 42 do decreto n. 20.931, de janeiro de 1932, e exercida, no Distrito Federal, pela Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina,

da Diretoria Nacional de Saúde e Assistência Médico-Social, por intermédio do Serviço de Profilaxia das Moléstias Contagiosas dos Olhos, e nos Estados ficará a cargo das repartições sanitárias estaduais competentes.

Art. 12. Nenhum médico oculista, na localidade em que exercer a clínica, nem a respectiva esposa, poderá possuir ou ter sociedade para explorar o comércio de lentes de grau.

Art. 13. 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.

Art. 14. O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação de fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

Art. 15. Ao estabelecimento de venda de lentes de grau só é permitido, independentemente da receita médica, substituir por lentes de grau idêntico aquelas que forem apresentadas danificadas, vender vidros protetores sem grau, executar concertos nas armações das lentes e substituir as armações quando necessário.

Art. 16. O estabelecimento comercial de venda de lentes de grau não pode ter consultório médico, em qualquer de seus compartimentos ou dependências, não sendo permitido ao médico sua instalação em lugar de acesso obrigatório pelo estabelecimento.

§ 1º. É vedado ao estabelecimento comercial manter consultório médico mesmo fora das suas dependências; indicar médico oculista que dê aos seus recomendados vantagens não concedidos aos demais clientes e a distribuir cartões ou vales que dêem direito a consultas gratuitas, remuneradas ou com redução de preço.

§ 2º. É proibido aos médicos oftalmologistas, seja por que processo for, indicar determinado estabelecimento de venda de lentes de grau para o aviamento de suas prescrições.

Art. 17. É proibida a existência de câmara escura no estabelecimento de venda de lentes de grau, bem assim ter em pleno funcionamento

aparelhos próprios para o exame dos olhos, cartazes e anúncios com oferecimento de exame da vista.

Novamente, na forma do artigo 14 acima transcrito, o legislador veio deixar claro que o fornecimento/venda de lentes de grau somente se pode dar mediante a apresentação de fórmula ótica de médico, ou seja, mais uma vez, vê-se comando legal atribuindo ao médico oftalmologista, com exclusividade, a atribuição de efetuar os exames que levam à prescrição de óculos e/ou lentes de contato de grau.

Conclui-se, em síntese, que o legislador regulamentou o exercício da medicina (incluindo-se o médico oftalmologista), estando a optometria carente de uma legislação mais adequada até o presente momento. As atribuições de prescrição de lentes para correção visual e de todos os atos que lhe são correlatos (exames de refração, por exemplo) são de exclusiva responsabilidade de profissional médico, e não do optometrista.

A OPTOMETRIA E A ÁREA MÉDICA

Quanto à possibilidade do optometrista exercer sua profissão sem restrição, podendo para tanto ter consultório e prescrever lentes de grau, *deve-se averiguar se os exames de refração, prescrição de óculos e a adaptação de lentes são atos exclusivos da classe médica ou se podem ser praticados por optometristas.*

Argumenta-se que a optometria não invade a área médica, ao afirmar que o optometrista *é especialista para atuar no atendimento visual primário*, ou seja, na prevenção de problemas estritamente oculares e na correção das disfunções visuais. Não haveria prática ilegal de medicina, pois essa nova profissão visa a identificar e tratar os defeitos anatômicos da visão, cabendo ao oftalmologista o diagnóstico e tratamento das doenças oculares.

Entretanto, é um equívoco pensar assim, pois segundo a classe oftalmológica, não há como tratar separadamente ametropias⁴ (ou erro refrativo da refração ocular que causa a perda da nitidez da imagem na retina) e doenças. Há ametropias que são doenças, como há doenças, oculares ou não, que causam ou agravam ametropias. A miopia, por exemplo, pode ser adquirida por diabetes mellitus ou por intoxicação medicamentosa; a hipermetropia pode ser causada por infecções, maconha, botulismo; as ametropias podem ser sinal da instalação de doenças oculares graves e com significativo potencial cegante, como o glaucoma; e também elas podem causar ou estar associadas a doenças

4 Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ametropia>>.

oculares graves que exijam cuidados médicos especiais clínicos ou cirúrgicos. O exame feito somente pelo optometrista pode negligenciar o diagnóstico de muitas doenças oculares e sistêmicas, de forma a retardar o tratamento e provocar seqüelas irreversíveis.⁵

ADEMAR VALSECHI⁶, Vice-presidente da Sociedade Catarinense de Oftalmologia – alerta para o perigo causado pelo atendimento visual primário feito pelo optometrista. Veja-se:

Recentemente nos preocupamos ao participar de uma audiência pública na Assembléia Legislativa em que se debateu a questão da Optometria. A Optometria significa “medida da acuidade visual” e parte da Física que trata da visão. Está incluída na consulta oftalmológica. *Estudo da refração é a parte que analisa os defeitos de grau do olho, chamados de doenças refrativas (miopia, hipermetropia, anisometropia, acomodação, etc...), que nem sempre aparecem sozinhas, podendo esconder outras patologias.* A Oftalmologia estuda além da optometria e refração, também todas as doenças oculares (ex: catarata, glaucoma, retinopatias, ambliopia) e doenças sistêmicas relacionadas com os olhos (ex: diabetes, hipertensão, tumores cerebrais, etc...). *A Universidade do Contestado criou o curso de Optometria com a promessa aos alunos que estariam liberados a fazer exames dos olhos, receitar lentes e comercializar os óculos. Nada teríamos contra se a Faculdade de Optometria fosse um “Curso Superior de Ótica”, especializando-se na fabricação e comércio de produtos ópticos.*

Lembramos que os olhos são importantes órgãos que não estão separados do corpo humano, pois possuem ligação direta com o cérebro, sistema circulatório, endócrino, etc..., devendo sempre ser examinado com raciocínio médico. Não concordamos em delegar a profissionais não-médicos o exame dos olhos, pois em uma consulta básica, em que o paciente vem para avaliar ou trocar os óculos, muitas vezes se diagnostica graves doenças do globo ocular não percebidas e sistêmicas, cujo atraso no tratamento pode significar graves problemas ou até a morte do paciente. Como médicos, somos fiscalizados pelo Conselho Regional de Medicina (CRM) e orientados pelo Código de Ética Médica, primando pela conduta em prol do bem-estar do paciente. Com a liberação de examinar e receitar lentes de grau por não-médicos, estaremos abrindo um sério antecedente. (grifo nosso)

5 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/235159.pdf>>.

6 Disponível em: <<http://www.saude.sc.gov.br/noticias/novo/clipping2005/novembro/11%20novembro.htm>>.

Em um estudo científico⁷, Tárzia e colaboradores (2001), concluíram que:

“o astigmatismo retiniano por versus de coróide é facilmente diagnosticado pelo oftalmologista, ao passo que na prática danosa da Optometria apenas o vício refracional seria corrigido, ficando o paciente sem o correto diagnóstico diferencial com melanoma, o que implicaria em risco de vida.”(grifo nosso)

Destarte, observa-se que o atendimento visual primário deve ser feito por um médico e não por um optometrista, *uma vez que a saúde é o principal fundamento para a restrição contida nos decretos atacados.*

Ao editar os decretos o legislador ponderou (princípio da proporcionalidade) o bem jurídico “pleno exercício da profissão” e o bem “vida/saúde”, na qual fez prevalecer este último ao restringir a atuação do optometrista.

Paulo Bonavides⁸ ensina que a doutrina constatou a existência de três elementos, subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade. Esses elementos são a pertinência ou aptidão, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Na pertinência, diz o exímio autor, citando *Ulrich Zimmerli*, que representa “o meio certo para levar a cabo o fim baseado no interesse público”. A necessidade é “a medida não há exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que almeja”. Finalmente, a proporcionalidade *stricto sensu* recai sobre a escolha do “meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.”

Aplicando os elementos citados por Paulo Bonavides no caso concreto, observa-se que a garantia da saúde da população prevalece sobre o pleno exercício da profissão de optometria, uma vez que o Estado deve garantir a saúde como direito superior.

Assim, em se tratando da garantia da saúde do ser humano, o art. 196 da CF/88 estabelece que “a saúde é dever de todos e do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e outros agravos”. Este dispositivo deixa claro que a restrição determinada nos decretos n° 20.931/32 e n° 24.492/1934 é proporcional, uma vez que o Estado tem o *dever de garantir o risco de doenças e outros agravos.*

7 TÁRCIA, R. A.; ALVIM, H. S.; CHAVES, A. C. L. Astigmatismo retiniano por nervus de coróide: mais um motivo contrário à optometria no Brasil/ Choroidal nevus causing retinal astigmatism: another reason against optometry practice in Brazil. Ver. Brás. Oftalmol, 2001 60 (3) págs.223-227

8 Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21° ed. Malheiros 2007.

Como foi dito, o exame feito somente pelo optometrista, por não ser competente em saúde ocular, pode não diagnosticar muitas doenças oculares e sistêmicas, de forma a retardar o tratamento e provocar seqüelas irreversíveis. Deste modo, para “evitar risco de doenças e outros agravos” o Estado restringiu, com razão, a atuação dos optometristas.

Por fim, cumpre esclarecer que o fato de o art. 48 da Lei nº9.394/1996 dispor que os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular, é impertinente no caso, pois *não se discute o reconhecimento do curso superior de optometria, mas o limite do campo de atuação de profissionais formados nessa área.*

Embora a profissão de optometria não esteja regulamentada, *as atividades praticadas pelos apelantes invadem os limites daquelas próprias e exclusivas de médicos oftalmologistas.* Os arts. 13 e 14 do D 24.492/1934 dispõem:

Art. 13. 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.

Art. 14. O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau *mediante apresentação de fórmula ótica de médico*, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

Tais dispositivos deixam claro ser de competência exclusiva de médico o diagnóstico de alterações visuais e a prescrição de lentes de grau.

Diante do exposto e considerando que o presente parecer foi elaborado com coletas dos dados técnicos por este subscritor (sem participação da área técnica do Ministério da Saúde), *SUGERE-SE* a remessa dos autos à *Secretaria de Atenção à Saúde* a fim de que, *COM URGÊNCIA*, se pronuncie sobre todas as informações científicas pertinentes à questão posta e discutida em juízo, em especial, acerca da correção das informações técnicas constantes deste parecer.

Brasília, 21 de maio de 2008.
José Afonso de Albuquerque Netto
Advogado da União