

PARECER 03/2010

EMENTA: Optometristas. Exercício Ilegal da Medicina. Atividade descrita na Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho e Emprego - Portaria 397/2002 Antinomia frente aos Decretos 20.931/32 e 24.492/34 no que tange a algumas práticas restritas a oftalmologistas. Atipicidade da conduta, desde que observada a proibição do exercício de prática exclusiva médica, como por exemplo diagnóstico e tratamento de enfermidades do globo ocular.

1. Relatório.

Trata-se de parecer acerca da atividade desenvolvida por optometristas e sua eventual tipificação no crime de exercício ilegal da profissão de médico, previsto no artigo 282 do Código Penal.

A provocação foi feita pelo Promotor de Justiça Dr. Pedro Rui da Fontoura Porto, da Promotoria de Lajeado, solicitando posicionamento do CAOcrim a respeito do tema, tendo remetido para análise uma promoção de arquivamento de Termo Circunstanciado pelo crime de exercício ilegal da medicina.

Breve relato.

2. Considerações.

Os Decretos 20.931/32 e 20.492/34, ainda vigentes em nosso ordenamento jurídico, dispõem sobre a profissão de optometristas, estabelecendo limites para o exercício profissional. Pelas disposições dos Decretos, o profissional optometrista não poderá instalar consultórios para atendimento a clientes, bem como não poderá indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau. Veja-se o teor das disposições:

Decreto 20.931:

“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 Feitos da Saúde Pública a quem, 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.”

Decreto 24.492:

“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.”

Por outro lado, a Portaria 397 de 09 de outubro de 2002, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego – TEM, prevê o conteúdo das atividades que podem ser desenvolvidas pelos optometristas.

Verifica-se uma antinomia entre as disposições legislativas, uma vez que, por esta normatização, é permitido ao profissional optometrista realizar exames optométricos, adaptar lentes de contato, confeccionar lentes, vender produtos e serviços ópticos e optométricos, gerenciar estabelecimento entre outras atividades a saber:

“Art. 1º Aprovar a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, versão 2002, para uso em todo o território nacional

Anexo

A - REALIZAR EXAMES OPTOMÉTRICOS

1. Fazer anamnese; 2. Medir acuidade visual; 3 - Analisar estruturas externas e internas do olho; 4. Mensurar estruturas externas e internas do olho; 5. Medir córnea (queratometria, paquimetria e topografia); 6. Avaliar fundo do olho (oftalmoscopia); 7. Medir pressão intraocular (tonometria); 8. Identificar deficiências e anomalias visuais; 9. Encaminhar casos patológicos a médicos; 10. Realizar testes motores e sensoriais; 11. Realizar exames complementares; 12. Prescrever compensação óptica; 14. Recomendar auxílios ópticos; 15. Realizar perícias optométricas em auxílios ópticos.

B - ADAPTAR LENTES DE CONTATO

[...]

C - CONFECCIONAR LENTES

[...]

D - PROMOVER EDUCAÇÃO EM SAÚDE VISUAL

[...]

E - VENDER PRODUTOS E SERVIÇOS OPTICOS E OPTOMÉTRICOS

[...]

F - GERENCIAR ESTABELECIMENTO

[...]

6. RECURSOS DE TRABALHO

A partir dessa dicotomia e, em especial, após o reconhecimento pelo Ministério da Educação do curso superior de tecnologia em optometria, começaram a surgir, no meio jurídico, decisões conflitantes, tanto na esfera cível-administrativa quanto na criminal.

Na área cível-administrativa, a questão mais tormentosa é quanto à expedição de alvará de funcionamento de consultório de optometria. Por se tratar de tema que afeta diretamente ao exercício pleno da profissão, assegurada constitucionalmente, é que a análise dos casos deve ser cuidadosa.

A fundamentação de quem encampa a tese da impossibilidade de expedição de alvará sanitário encontra suporte nos Decretos de 32 e 34, já referidos, pura e simplesmente aplicando a vedação expressa da norma.

Por outro lado, vislumbra-se em alguns julgados o afastamento da proibição insculpida no artigo 38 do Decreto 20.931/32, fundamentados na tese de que a Constituição Federal assegura o livre exercício profissional, mormente quando o profissional possui formação superior em curso reconhecido pelo Ministério da Educação.

As decisões deixam claro que não estão bem delineados os contornos do permitido/proibido em relação à possibilidade de exercício da profissão de optometrista, bem como quais os atos que esses profissionais estão autorizados a praticar.

Para visualização da problemática que envolve a matéria, transcreve-se abaixo algumas decisões de outros Estados além do Rio Grande do Sul que, somadas àquelas que o colega Pedro Rui insere em sua promoção de arquivamento, refletem o panorama atual do tema:

DIREITO ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA - CONSULTÓRIO DE OPTOMETRIA - EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO - NEGATIVA - ILEGALIDADE - INEXISTÊNCIA - A legislação federal proíbe a instalação de consultórios de optometria, conforme art. 38 do Decreto 20.931/1932, revigorado pelo Decreto de 12 de julho de 1991 - Inexistência de ilegalidade na negativa de expedição de alvará de funcionamento – Sentença mantida - Nega-se provimento ao recurso.¹

MANDADO DE SEGURANÇA – ALVARÁ SANITÁRIO – ATIVIDADE DE OPTOMETRISTA – NÍVEL SUPERIOR – EXERCÍCIO PERMITIDO COM RESTRIÇÕES – EXEGESE DOS ARTS. 38 E 39 DO DECRETO FEDERAL N. 20.931/32 QUE SE ENCONTRA EM VIGOR. Nos termos dos arts. 38 e 39, do Decreto Federal n. 20.931/32, é vedado aos Optometristas instalar consultório para atendimento de clientes, bem como confeccionar e vender lentes de grau sem a correspondente prescrição médica, já que tais atividades por enquanto são exclusivas do médico oftalmologista; contudo, não se pode negar àqueles o alvará sanitário para exercício das respectivas atividades nos limites legais. Os Decretos n. 20.931, de 11.01.1932, e 24.492, de 28.06.1934, editados pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas, após a Revolução de 1930, são considerados primários, portanto, com força de lei, daí porque foram recepcionados pelas Constituições posteriores, com as quais se compatibilizam, e não podem ser revogados por Decretos de índole secundária (STF, ADI 533/2, Rel. Min. Carlos Velloso).²

¹ TJSP – Apelação em Mandado de Segurança 914.363-5/3-00 – Tupã – julgamento 22/03/2010;

² TJSC – Apelação em Mandado de Segurança 2009.044535-9 – Timbó – julgamento 18/03/2010;

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA – OPTOMETRISTA - ADAPTAÇÃO DE LENTES DE CONTATO OU DE GRAU – REALIZAÇÃO DE EXAMES DE REFRAÇÃO OU DE VISTA – UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PRIVATIVOS DOS MÉDICOS OFTALMOLOGISTAS - DECRETOS Nº 20.931/32 Nº 24.492/34 - VEDAÇÃO LEGAL - SENTENÇA MANTIDA.

1. Os Decretos nº 20.931/32 e nº 24.492/34, que regulamentam a atividade do optometrista, proibiram as óticas de instalarem em seus estabelecimentos consultórios médicos, bem assim, a realização de exames de vista, prescrição e adaptação de lentes de grau sem a devida prescrição por médico oftalmologista. O optometrista não resta habilitado para os misteres médicos, como são as atividades de diagnosticar e tratar doenças relativas ao globo ocular, sob qualquer forma. O curso universitário que está dimensionado, em sua duração e forma, para o exercício da oftamologia, é a medicina, nos termos da legislação em vigor. Precedentes. 2. Recurso conhecido e não provido.³

O Superior Tribunal de Justiça em decisão recente⁴, ao analisar Recurso Especial interposto frente à decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na defesa coletiva de direito dos consumidores, declarou a inconstitucionalidade parcial da Portaria 397/2002, outrora referida, uma vez que extrapolou a previsão legal ao permitir que os profissionais optométricos realizem exames e consultas, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes.

Com fundamento nessa disparidade de entendimentos judiciais e até mesmo do Poder executivo, quando não autoriza a expedição de alvará para os profissionais ópticos, que o Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria propôs, junto ao Supremo Tribunal Federal, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 131, postulando sejam afastadas do ordenamento jurídico as disposições limitadoras do exercício profissional dos optometristas, constantes dos Decretos 20.931/32 e 24.492/34. A medida está conclusa ao relator para decisão liminar.

³ TJDFT – Apelação Cível 20100110035992APC – julgamento 28/04/2010

⁴ REsp nº 1.169.991-RO – Relatora Ministra Eliana Calmon – j. 04/05/2010.

Enquanto o Pretório Excelso não se manifesta a respeito do tema, no âmbito criminal é imperioso verificar, caso a caso, a perfectibilização do tipo penal, no que tange aos requisitos objetivo e subjetivo, bem como a possibilidade de incorrerem os agentes em erro de proibição, dada a imprecisão normativa que gravita em torno da matéria.

Dispõe o artigo 282 do CP:

Art. 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal, ou excedendo-lhe os limites.

O tipo prevê duas modalidades de conduta. Na primeira, o exercício da profissão se dá sem autorização legal. Na segunda, excede-lhe os limites. No caso dos optometristas, para a aferição do requisito objetivo, deve-se levar em conta a cogência dos Decretos de 1932 e 1934 e a autorização para a prática de alguns atos previstos na Portaria 397 do Ministério do Trabalho.

O Tribunal de Justiça Gaúcho assim tem se manifestado a respeito:

APELAÇÃO. ART. 282, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. OPTOMETRISTA. EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Constatado que o réu realizava apenas atos inerentes à profissão de tecnólogo em optometria, inexistindo prova de que também realizasse atos privativos de médico oftalmologista, a absolvição deve ser mantida. Recurso improvido. (Apelação Crime Nº 70022513485, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 21/02/2008)

Assim, conclui-se que a profissão de optometrista existe na legislação brasileira desde 1932 e, salvo em relação a algumas das atividades descritas na Classificação Brasileira de Ocupações 2002 relativamente a exames optométricos, que só podem ser realizados por médico, seu exercício é legítimo.

Porto Alegre, 24 de junho de 2010.

Fabiano Dallazen,
Promotor de Justiça,
Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal