

Processo nº 968-03.2017.8.10.0027

Requerente: CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA - CBO
1. Requerido: MUNICÍPIO DE BARRA DO CORDA
Litisconsortes: PREFEITO MUNICIPAL e PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES
2. Assunto: AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C REPARAÇÃO POR DANO SOCIAL COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA E DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE

DECISÃO

3. *Vistos, etc.*

4.

5. Cuida-se de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C REPARAÇÃO POR DANO SOCIAL COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA E DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE** movida pelo **CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA - CBO** em desfavor do **MUNICÍPIO DE BARRA DO CORDA** e em **litisconsórcio passivo** **PREFEITO MUNICIPAL** e **PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES**, ambos devidamente qualificados nos autos.

6.

7. Em síntese, noticia que a Lei Municipal nº 811, de 25 de novembro de 2016, que regulamentou a profissão de Optometrista e Técnico de Optometria no Município de Barra do Corda contraria a competência da União, na medida em que inexiste lei federal que reconheça a optometria como profissão e que não cabe à legislação municipal criar, regulamentar ou normatizar profissão não reconhecida em lei federal.

Informa ainda que o Decreto nº 20.931/32, que regulamenta e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira no Brasil, prevê, em seus artigos 38, 39 e 41, que é terminantemente proibido aos optometristas a instalação de consultórios para atender clientes, permissão essa prevista na lei municipal ora questionada, haja vista que entende por consultório optométrico o espaço destinado para atendimento as pessoas para consulta, exames primários de vista, refrações e adaptações de lentes de contato por profissional não médico que comprove sua habilitação ao órgão de vigilância sanitária municipal e que esteja com os equipamentos apropriados para este fim.

Sustenta também que o Decreto-Lei nº 24.492/34, que baixa instruções sobre o Decreto nº 20.931/32, prevê expressamente que é proibido ao ótico prático escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, enquanto que a lei municipal permite tal prática.

Ademais, noticia que referida lei desrespeita ainda a previsão constitucional de preenchimento de cargo somente através de concurso público, na medida em que autoriza a contratação de profissionais de optometria para atuar nos estabelecimentos de saúde, hospital municipal e escolas municipais, visando prestar atendimento à saúde visual da população.

Nesse contexto, sob o fundamento de que a Lei Municipal nº 811/2016 é ilegal e inconstitucional, e ainda que gera dano social à população local em razão de estar sendo submetida a tratamento por pessoa não habilitada e autorizada legalmente, requereu a concessão *inaudita altera pars* de tutela de urgência antecipada, para o fim de que seja(m): **(a)** suspensos imediatamente os efeitos da Lei nº 811/2016; **(b)** suspensos todos os contratos firmados com profissionais de optometria, baseados na lei em comento; **(c)** interrompidos os atendimentos realizados por profissionais optometristas ou não médicos; **(d)** publicada no Diário Oficial e comunicada à população, através de canais oficiais e rádio, o conteúdo da decisão liminar; **(e)** determinada obrigação de não-fazer, consistente na proibição do requerido expedir alvarás sanitários para funcionamento de Consultórios Optométricos, bem como contratar profissionais não médicos e inabilitados para a realização de exames e consultas pertinentes à saúde ocular no âmbito da atenção primária à saúde, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada alvará expedido ou profissional contratado, a ser revertida ao Fundo de Ações Estratégicas e Compensações - FAEC.

No mérito, postula a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei Municipal nº 811/2016, bem como condenados os réus ao pagamento de indenização por danos sociais e danos morais coletivos, a serem também revestidos ao Fundo de Ações Estratégicas e Compensações – FAEC.

Requereu ainda a intimação da União para, querendo, integrar a lide como seu assistente litisconsorcial, bem como a intimação do Ministério Público.

Juntou os documentos de fls. 25/73.

Determinada a intimação dos requeridos para prestarem informações no prazo de 72 horas, nos termos do art. 2º da Lei 8.437/92, quedaram-se inertes, sendo que não apresentaram manifestação, conforme certidão de fl. 90.

Conclusos.

Eis o relatório.

DECIDO.

Por se tratar de medida satisfativa, tomada antes de completar a instrução do processo, a lei condiciona a antecipação da tutela de urgência a determinados pressupostos indispensáveis, como a *probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo* (art. 300, caput, NCPC).

In casu, é possível constatar a presença desses requisitos, isso porque os argumentos expostos e a documentação acostada lançam questionamentos acerca da legalidade e, sobretudo, da constitucionalidade da Lei Municipal nº 811/2016. Isso sem falar que matéria constante nessa lei pode colocar em risco a saúde da população cordina.

Portanto, o deferimento da liminar vindicada é medida que se impõe, pois, pelo menos até prova em contrário, a legislação municipal, ora debatida, contraria o art. 5º, XIII da Constituição Federal, bem como regras constantes nos Decretos nº 20.931/1932 e 24.492/1934, que, apesar de antigos, estão em pleno em vigor, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 533-2/MC##

Como cedição, estabelece o inciso XIII do art. 5º da CF que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Já o Decreto nº 20.931/32 prevê, em seu art. 38, que “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 a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.” (destaquei)

Já o art. 39 desse Decreto diz ainda que “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.”

Por sua vez, o Decreto nº 24.492/34, em seus artigos 13 e 14, dispõe que:

*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.

Da leitura desses dispositivos, chega-se de fato a conclusão de que é expressamente vedada aos optometristas a instalação de consultórios, com o fito de atender clientes e prescrever uso de lentes de grau, as quais só poderão ser fornecidas por estabelecimento de vendas, mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

Por sua vez, lendo o texto da Lei Municipal nº 811/2016, extrai-se que ele vai de encontro aos preceitos acima expostos, tanto porque regulamentou uma profissão inexistente em lei federal, o que, em tese, violou o artigo 22, inciso XVI, da CF, como também porque autoriza esses

_- CONSTITUCIONAL. ATOS NORMATIVOS PRIMÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUA REVOGAÇÃO POR ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS. I. Decreto com força de lei, assim ato normativo primário. Impossibilidade de sua revogação mediante decreto comum, ato normativo secundário. II. Ocorrência dos pressupostos da cautelar. Deferimento. Decisão. Por votação unânime, o Tribunal referendou o despacho do Relator, que deferira a medida cautelar de suspensão do art. 4º do Decreto nº 99.678, de 08 de novembro de 1990, no ponto em que o mesmo revoga os Decretos nºs 20.931, de 11.01.1932 e 24.492, de 28.6.1934. Votou o Presidente. Plenário, 07.8.91. (ADI 533 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/1991, DJ 27-09-1991 PP-13325 EMENTA VOL-01635-01 PP-00006 RTJ VOL-00139-02 PP-00473)

profissionais a exercerem funções proibidas nos decretos acima, como, por exemplo, a realização de consultas e exames optométricos e a confecção de óculos e adaptação de lentes de contato para os usuários.

Diante dessas constatações, evidenciada está a probabilidade do direito ora buscado pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia, inclusive tal posicionamento já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1261642/SC e REsp 1.169.991/RO, reconhecendo que não podem os optometristas praticar atos privativos dos médicos oftalmologistas, tais como adaptar lentes de contato e realizar exames ou teste de visão. Segue ementas:

ADMINISTRATIVO. OPTOMETRISTAS. LIMITES DO CAMPO DE ATUAÇÃO. VIGÊNCIA DOS DECRETOS 20.931/1932 E 24.492/1934. VEDAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS PRIVATIVOS DE MÉDICOS OFTALMOLOGISTAS. PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO 397/2002. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL RECONHECIDA PELO STF. 1. Cinge-se a controvérsia aos limites do campo de atuação dos optometristas e de eventuais excessos ou interferências indevidas de suas atividades com as próprias e exclusivas de médicos oftalmologistas, considerado o que dispõem os Decretos 20.931, de 11.1.1932, e 24.492, de 28 de junho de 1934, que regulam e fiscalizam o exercício da medicina. 2. Ressalte-se, desde logo, que tais diplomas continuam em vigor. Isso porque o ato normativo superveniente que os revogou (art. 4º do Decreto 99.678/1990) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal. 3. A Portaria 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego é parcialmente inconstitucional, 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. 4. Desse modo, tenho por correto o posicionamento adotado pela instância ordinária, ao impor aos profissionais, ora recorridos, "a obrigação de não praticar atos privativos dos médicos oftalmologistas, tais como adaptar lentes de contato e realizar exames de refração, ou de vistas, ou teste de visão" (fl. 572-573, e-STJ). 5. Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau. (STJ, REsp 1261642 / SC, Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 03/06/2013) – (destaquei)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO DOS OPTOMETRISTAS. DECRETOS 20.931/32 E 24.492/34. VEDAÇÃO DA PRÁTICA PELOS TÉCNICOS DA ÓPTICA DE ATOS PRIVATIVOS DE MÉDICOS OFTALMOLOGISTAS. 1. A decisão proferida preencheu os requisitos do art. 557 do CPC, em vista de que a jurisprudência colacionada é dominante nesta Corte Superior. 2. Não ocorre julgamento extra petita quando o juiz aplica o direito ao caso concreto com base em fundamentos diversos aos apresentados pela parte. Não há falar, assim, in casu, em violação dos arts. 128 e 460 do CPC. 3. Não cabe a apreciação de direito superveniente invocado pela parte, somente perante o Superior Tribunal de Justiça, em razão do não cumprimento do requisito constitucional do prequestionamento. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1.498.380/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/05/2015; EREsp 805.804/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 01/07/2015; REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010. 4. Consigne-se que a análise de tese por meio de recurso especial requer o indispensável requisito do

prequestionamento, ainda que seja matéria de ordem pública, entendimento este reiterado pela Corte Especial do STJ, em precedente de relatoria do Min. Castro Meira (AgRg nos EREsp 999.342/SP). 5. Esta Corte de justiça firmou entendimento, no sentido de que os dispositivos do Decreto 20.931/1932 que tratam do profissional de optometria, estão em vigor e que a "Portaria 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego é parcialmente inconstitucional, 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" (REsp 1.169.991/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA). Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1413107 / SC, Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 23/09/2015) – Destaquei

Concluído, portanto, que a Lei nº 811/2016 regulamentou e permitiu direitos que vão além do que prevê a legislação federal para o caso, reconhecida está a probabilidade do direito proposto, sendo imperioso determinar, até o julgamento do mérito, a suspensão de todos efeitos da referida legislação.

Não esquecendo que o perigo de dano também está presente. Ora, caso mantidos os efeitos da lei, ficarão esses profissionais autorizados a desempenhar funções para as quais não estão habilitados, fato esse que poderá gerar sérios danos à saúde visual da população local, mormente porque a lei autoriza a contratação desses profissionais para atuar junto à rede municipal de saúde e educação.

Por fim, cumpre ressaltar que essa decisão não pretende inviabilizar o exercício da profissão de optometrista, direito esse, aliás, que é assegurado constitucionalmente no art. 5º, XIII, CF, mas tão-somente evitar que tal ocupação seja desempenhada neste município em desacordo com a legislação que regula e fiscaliza o exercício da medicina a nível federal.

Ante tudo que foi exposto, **CONCEDO** a tutela de urgência pleitada em todos seus termos, para determinar que adote os procedimentos necessários para que:

a) suspenda, no prazo de 48 horas, os efeitos da Lei Municipal nº 811/2016, a contar da ciência desta decisão;

b) suspenda, também no prazo de 48 horas, todos os contratos firmados com profissionais de optometria, baseados na lei em comento;

c) interrompa imediatamente os atendimentos realizados por profissionais optometristas, baseados na lei em comento;

d) abstenha-se de expedir alvarás sanitários para o funcionamento de Consultórios Optométricos, bem como contratar profissionais não médicos e inabilitados para a realização de exames e consultas pertinentes à saúde ocular no âmbito da atenção primária à saúde; e

e) dê publicidade a esta decisão pelos meios oficiais;

Para o caso de descumprimento de qualquer das determinações acima, **fixo** multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada alvará expedido ou profissional contratado a partir da publicação desta decisão, que deverá recair sobre o patrimônio pessoal do Prefeito e do Presidente

da Câmara Municipal, bem como revertida ao Fundo de Ações Estratégicas e Compensações – FAEC.

Intime-se com urgência o Município de Barra do Corda e os litisconsortes para cumprimento desta decisão.

Citem-se os requeridos para, querendo, contestarem a ação, no prazo legal, sob pena de incorrer em revelia.

Anote-se nos mandados de citação a advertência de que a revelia fará presumir aceitos como verdadeiros os fatos afirmados pelo requerente.

Intime-se a União para que, querendo, integre o polo ativo da demanda, tendo em vista o litisconsórcio ventilado na peça inicial.

8.

Intimem-se. Cumpra-se.

Barra do Corda/MA, 16 de março de 2017.

Juiz de Direito **IRAN KURBAN FILHO**
Respondendo pela 1ª Vara da Comarca de Barra do Corda