

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL nº 1369360 - SC (2013/0044877-5)

RELATOR : MIN. BENEDITO GONÇALVES

RECORRENTE : SIMONE FINGER

ADVOGADO : FÁBIO LUIZ DA CUNHA E OUTRO(S) - SC011735

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : FERNANDO MANGRICH FERREIRA E OUTRO(S) - SC016830

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REGULAMENTAÇÃO DA PROFISSÃO DE OPTOMETRISTA. ANÁLISE DA RECEPÇÃO DE NORMAS FRENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NA VIA ELEITA. VIGÊNCIA DO DECRETO 20.931/1932 EM RELAÇÃO AO OPTOMETRISTA. PRECEDENTES. FISCALIZAÇÃO QUE VERIFICOU A ATUAÇÃO EM EXCESSO AO PERMITIDO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJ/SC, assim ementado (fl. 252):

APELAÇÃO CIVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - OPTOMETRISTA - PROFISSÃO AINDA NÃO REGULAMENTADA -EXERCÍCIO PERMITIDO COM RESTRIÇÕES - IMPOSSIBILIDADE DE INSTALAR CONSULTÓRIO COM EQUIPAMENTOS DE USO EXCLUSIVO MÉDICO - EXEGESE DOS ARTS. 38 E 39 DO DECRETO FEDERAL N. 20.931/32 QUE SE ENCONTRA EM VIGOR.

Não se pode negar ao optometrista ou tecnólogo em optometria, técnico ou de nível superior, o exercício da profissão, ainda que não esteja bem regulamentada.

Todavia, nos termos dos arts. 38 e 39, do Decreto Federal n.20.931/32, a eles é vedado 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.

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, Rei. Min. Carlos Velloso).

Embargos de declaração rejeitados.

O recorrente alega violação aos artigos 38, 39 e 41 do Decreto n. 20.931, de 11.01.1932, e 13 e 14 do Decreto 24.492, de 28.06.1934 e dissídio jurisprudencial, sob os seguintes argumentos: (a) 'o acórdão objurgado, julgando como vigentes e aplicáveis ao caso os artigos 38 e 39 do Dec. nº 20.931/32, 13 e 14 do Dec. nº 24.492/34, incidiu na chamada negativa oblíqua, que consiste em fazer incidir sobre o fato certo (exercício da optometria por profissional graduado por instituição de nível superior devidamente reconhecida pelas órgãos competentes) dispositivo legal inaplicável' (fl. 314); (b) 'a decisão aqui impugnada, então, proíbe o principal e essencial

Superior Tribunal de Justiça

mister para o qual foi formado o Optometrista (avaliação da acuidade visual e prescrição de lentes de grau e ou lentes de contato), fazendo prevalecer legislação de todo divorciada de nossa realidade técnico científica, aplicando, na verdade, norma com *ratio legis* não mais encontrada atualmente, ao menos não quando apresentado Responsável Técnico com formação Superior/Bacharel, especificamente na ciência que busca exercer' (fl. 315); (c) a ausência de regulamentação da profissão de optometrista, não pode ser vista como óbice ao seu exercício, pois, o constituinte facultou ao legislador impor condições, mas, até que estas sejam validamente impostas, é livre o exercício de ofício não regulamentado e ou não expressamente proibido por Lei; (d) não é razoável e legítimo que se proíba o optometrista de prescrever lentes de grau, pois é necessário que qualquer restrição a liberdade fundamental, "em especial a do exercício profissional, contenha um "nexo lógico" mediante justificativa razoável o bastante a legitimar uma mitigação de fundamentos da República e de um direito fundamental de tamanha importância que implicou em sua ratificação específica em diversos outros dispositivos constitucionais (art. 6º; art. 170, IV e VII; art. 205 e art. 214, IV e V), além dos artigos 1º e 5º" (fl. 325); (e) havendo a qualificação técnico e científica para tal mister, apresentar-se-ia absolutamente sem nexo lógico, sem razoabilidade e desproporcional, portanto,, as restrições em estudo, que não foram recepcionadas, portanto, pela Constituição

Com contrarrazões.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 480/482.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, registra-se que "[a]os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9/3/2016)".

Trata-se a demanda sobre os limites do campo de atuação dos optometristas e de eventuais atuações em áreas exclusivas dos 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.

A análise do pleito da recorrente, que consiste na verificação quanto à recepção material de normas (Decretos 20.931, de 11.1.1932, e 24.492, de 28 de junho de 1934) pela Constituição de 1988 é inviável em sede recurso especial, pois refoge à competência deste Tribunal Superior, uma vez que possui nítido caráter constitucional.

Ademais, no que tange ao aspecto infraconstitucional, esta Corte já se manifestou pela vigência dos dispositivos do Decreto 20.931/1932 que tratam do profissional de optometria, tendo em vista que o ato normativo superveniente que os revogou (Decreto 99.678/90) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA COLETIVA DE CONSUMIDORES - OPTOMETRISTAS - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - VERIFICAÇÃO DA RECEPÇÃO MATERIAL DE NORMA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - INVIABILIDADE - VIGÊNCIA DO DECRETO 20.931/1932 EM RELAÇÃO AO OPTOMETRISTA - PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO 397/2002 - INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

1. Não ocorre ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

Superior Tribunal de Justiça

2. É inviável, em recurso especial, a verificação quanto à recepção material de norma pela Constituição de 1988, pois refoge à competência deste Tribunal Superior, uma vez que possui nítido caráter constitucional. Precedentes do STJ.
3. **Estão em vigor os dispositivos do Decreto 20.931/1932 que tratam do profissional de optometria, tendo em vista que o ato normativo superveniente que os revogou (Decreto 99.678/90) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal.**
4. 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.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (REsp 1169991/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 13/05/2010).

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. (REsp 1261642/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFISSIONAL DA OPTOMETRIA. RECONHECIMENTO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO.

PRECEDENTE/STJ. LEGITIMIDADE DO ATO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ. DIREITO GARANTIDO SE PREENCHIDOS OS REQUISITOS SANITÁRIOS ESTIPULADOS NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E A LIBERDADE PROFISSIONAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

1. A valorização do trabalho humano e a liberdade profissional são princípios constitucionais que, por si sós, à míngua de regulação complementar, e à luz da exegese pós-positivista admitem o exercício de qualquer atividade laborativa lícita.

2. O Brasil é um Estado Democrático de Direito fundado, dentre outros valores, na dignidade e na valorização do trabalho humano.

Esses princípios, consoante os pós-positivistas, influem na exegese da legislação infraconstitucional, porquanto em torno deles gravita todo o ordenamento jurídico, composto por normas inferiores que provêm destas normas qualificadas como soem ser as regras principiológicas.

3. A constitucionalização da valorização do trabalho humano importa que sejam tomadas medidas adequadas a fim de que metas como busca do pleno emprego (explicitamente consagrada no art. 170, VIII), distribuição equitativa e justa da renda e ampliação do acesso a bens e serviços sejam alcançadas. Além disso, valorizar o trabalho humano, conforme o preceito constitucional, significa defender condições humanas de trabalho, além de se preconizar por justa remuneração e defender o trabalho de abusos que o capital possa desarrazoadamente proporcionar. (Leonardo Raupp Bocorny, In "A Valorização do Trabalho Humano no Estado Democrático de Direito, Editora Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/2003, páginas 72/73).

4. Conseqüentemente, nas questões inerentes à inscrição nos Conselhos Profissionais, esses cânones devem informar a atuação dos aplicadores do Direito, máxime porque dessa legitimação profissional exsurge a possibilidade do trabalho, valorizado constitucionalmente.

5. O conteúdo das atividades do optometrista está descrito na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (Portaria n. 397, de 09.10.2002).

6. O art. 3º do Decreto nº 20.931, de 11.1.1932, que regula a profissão de optometrista, está em vigor porquanto o ato normativo superveniente que os revogou (art. 4º do Decreto n. 99.678/90) foi suspenso pelo STF na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal.

7. Reconhecida a existência da profissão e não havendo dúvida quanto à legitimidade do seu exercício (pelo menos em certo campo de atividades), nada impede a existência de um curso próprio de formação profissional de optometrista. (MS 9469/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10.08.2005, DJ 05.09.2005)

8. A competência da vigilância sanitária limita-se apenas à análise acerca da existência de habilitação e/ou capacidade legal do profissional da saúde e do respeito à legislação sanitária, objeto, in casu, de fiscalização estadual e/ou municipal.

9. O optometrista, todavia, não resta habilitado para os misteres médicos, como são as atividades de diagnosticar e tratar doenças relativas ao globo ocular, sob qualquer forma.

10. 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 (Celso Ribeiro Bastos, In artigo "Da Criação e Regulamentação de Profissões e Cursos Superiores: o Caso dos Oftalmologistas, Optometristas e Ópticos Práticos", Estudos e Pareceres, Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 34, ano 9 - janeiro-março de 2001, RT, pág. 257).

11. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

12. Recurso Especial provido, para o fim de expedição do alvará sanitário admitindo o ofício da optometria.

(REsp 975.322/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008)

Superior Tribunal de Justiça

Desse modo, a citada jurisprudência entende que não se pode permitir que os profissionais óticos realizem exames e consultas optométricos, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes, de modo que não há o que se alterar no acórdão recorrido.

Some-se a isto o fato de que a Corte de origem, após ampla análise do conjunto fático-probatório, firmou compreensão de que "os Fiscais da Vigilância Sanitária da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional de São Miguel do Oeste, ao realizar vistoria em uma Relojoaria e Ótica, constataram que a apelante exercia as atividades que excediam àquelas permitidas pela legislação para a sua formação profissional". (fls. 256/257). Assim, tem-se que a revisão a que chegou o Tribunal de origem sobre a questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide à hipótese a Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, **conheço do recurso especial** e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de maio de 2017.



MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator