

Mandado de Segurança

SIG n. 08.2017.00190547-4

SAJ n. 0300252-47.2017.8.24.0144

MM. Juíza,

1. Resumo Processual

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Albino Veber & Filho Ltda. ME., representada por Albino Veber, e Felipe Veber, no qual alegam, em síntese, ato ilegal da vigilância sanitária do Município de Rio do Oeste, que negou a concessão de alvará sanitário para funcionamento de consultório no interior do estabelecimento e que proibiu a realização de consultas e prescrições médicas na área da oftalmologia por parte do segundo impetrante.

De acordo com a inicial, os motivos elencados pela vigilância sanitária não podem ser acolhidos, já que os impetrantes não estariam exercendo atos privativos de médicos, mas apenas aqueles relacionados à optometria.

O pedido liminar foi deferido, conforme fls. 23-27.

O impetrado apresentou informações às fls. 43-52.

Na sequência, aportou aos autos petição do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO), que ingressa no feito como *amicus curiae*.

Vieram os autos ao Ministério Público.

2. Fundamentação Jurídica

De acordo com a inicial, os impetrantes alegam que estariam sendo impedidos de desempenhar suas atividades profissionais, as quais teriam sempre se dado exclusivamente no âmbito da optometria. Por isso, o ato da vigilância sanitária seria ilegal.

Não obstante as alegações, no sentir deste órgão de execução, não parece ser essa a situação.

Bem se vê nos autos de intimação de fls. 4 e 5 a menção à venda e

confecção de lentes sem prescrição médica, bem como à realização de consultas e prescrições médicas na área da oftalmologia. Em razão disso, houve a proibição de confecção e venda de lentes de grau sem prescrição médica (Auto de intimação 158 A, fl. 5) e a proibição de realização de consultas e prescrições na área da oftalmologia, com interdição cautelar do estabelecimento (Auto de intimação 157 A, fl. 4).

Portanto, não se vislumbra manifesto ato ilegal por parte da vigilância sanitária. Ao contrário, agiu em conformidade com o ordenamento jurídico, que não permite tais condutas pelos optometristas. Não há falar em proibição de exercício de profissão como sustentam os impetrantes, mas em correção de sua conduta, que ultrapassou aquilo que lhes é permitido, colocando em risco a saúde pública.

Em outras palavras, os atos praticados pela autoridade dita como coatora estão amparados na lei e na jurisprudência. Sabe-se que o tema relacionado ao campo de atuação dos optometristas é controvertido, existindo indefinição sobre até que ponto podem ou não atuar. Não obstante, a realização de consultas e prescrições na área da oftalmologia, a venda e a confecção de lentes sem prescrição médica são questões incontroversas. Ou seja, os tribunais já assentaram que o optometrista não pode praticar atos privativos de médico, de maneira que isso não é proibição de exercício da profissão.

Nessa linha o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART.

485, V, DO CPC/1973. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. INCOMPETÊNCIA DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 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. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CARACTERIZADA.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Rescisória ajuizada pelo Conselho Regional de Óptica e Optometria de Pernambuco - CROO/PE, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/1973, objetivando desconstituir sentença prolatada em 21.2.2008 nos autos da Ação Ordinária 2006.83.00.012654-0, na qual foi julgado improcedente o pedido que visava a obstar o Estado de Pernambuco de fiscalizar e combater, nos termos do artigo 1º do Decreto 24.492/1934, o eventual exercício, por profissionais habilitados na área de optometria, de atividades privativas de profissional da área médica (oftalmologistas).

2. Inicialmente, deve ser rejeitada a alegada violação do art. 535 do CPC/1973, na medida em que o Tribunal de origem julgou

Promotoria de Justiça da Comarca de Rio do Oeste

integralmente a lide, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento. 3.

A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 - vigente ao tempo de interposição deste apelo - e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal. 4. Cuidando-se de Recurso Especial interposto contra acórdão em Ação Rescisória, é indispensável, como se sabe, que a parte demonstre primeiramente a violação do art. 485, V, do CPC/1973 (reproduzido no art. 966, V, do CPC/2015). 5. A interpretação do STJ é de que não há desrespeito a "literal disposição de lei" quando o acórdão adota, entre as existentes, exegese razoável da legislação. Da mesma forma, não se configura a hipótese específica do art. 485, V, do CPC/1973 quando o tema não for objeto de jurisprudência pacífica nos tribunais. **No caso concreto, a sentença que se pretende rescindir entendeu que não é possível vedar ao Estado o direito de fiscalizar e combater a prática, pelos optometristas, da atividade de realizar exames que levam à prescrição de óculos e/ou lentes de contatos de grau, pois esta constituiria atribuição privativa de profissional da medicina (oftalmologista).**

6. Vale lembrar que o ato judicial que se pretende rescindir data de 2008, e ainda hoje há jurisprudência do STJ favorável ao entendimento adotado na decisão transitada em julgado. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1.413.107/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 23/9/2015; REsp 1.261.642/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 3/6/2013; REsp 1.169.991/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 13/5/2010.

7. Verificada, portanto, jurisprudência que confirma a razoabilidade da exegese adotada no ato judicial que se pretende rescindir, tanto na época de sua prolação como até os dias atuais, não há como reputar configurada a hipótese de violação a literal disposição de lei para os fins do art. 485, V, do CPC/1973, devendo ser confirmado o julgamento de improcedência do pedido deduzido na Ação Rescisória.

8. Recurso Especial não provido.

(REsp 1354585/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 19/05/2017. Grifo nosso)

Na mesma esteira, colhe-se da decisão monocrática proferida pelo
Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF 131:

Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ementado nos seguintes termos: "CIVIL – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – SOCIEDADES DE OFTALMOLOGIA VERSUS ÓTICA E OPTOMETRISTA – SENTENÇA IMPROCEDENTE – INCONFORMISMO DAS AUTORAS – **PRESCRIÇÃO DE RECEITAS PARA CORREÇÃO DE AMIOTROPIAS – INDICAÇÃO DE LENTES DE GRAU OU ADAPTAÇÃO DE LENTES DE CONTATO – ATO PRIVATIVO DE OFTALMOLOGISTA – PRÁTICA PROIBIDA AO OPTOMETRISTA – EQUIPAMENTOS UTILIZADOS NA ATUAÇÃO ILEGAL – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – ALIENAÇÃO INDEFERIDA – SENTENÇA REFORMADA –**

Promotoria de Justiça da Comarca de Rio do Oeste

PROCEDÊNCIA, EM PARTE, DECRETADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Técnicos, tecnólogos e bacharéis em optometria não têm autorização legislativa para a prática de atos privativos de médicos, entre os quais a prescrição de receitas para correção de amiotropias (indicação de lentes de grau ou adaptação de lentes de contato).

Ausente a má-fé do optometrista, afasta-se o pedido de retenção e alienação de equipamentos utilizados por optometristas na prática de atos privativos de médicos.” (eDOC 8, p. 19) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação aos arts. 5º, XIII, do texto constitucional. Nas razões recursais, alega-se que a atividade de optometria não é privativa de médicos. Defende-se que os Decretos 20.931/32 e 24.492/34 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Aponta-se que a Lei 12.842/2013 retirou, mediante veto presidencial, a exclusividade médica na prescrição de órteses e próteses oftalmológicas. Sustenta-se, ainda, que a medição da acuidade visual e a indicação de grau para óculos e lentes de contato não é ato médico, mas sim meio paliativo para simples melhoria na condição de vida. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do recurso, em parecer assim ementado: “Recurso Extraordinário com Agravo. Regulamentação profissional. Optometrista. Reexame de legislação infraconstitucional. Precedentes do STF. Parecer pelo desprovimento do recurso”. Decido. O recurso não merece prosperar. O Tribunal de origem, ao examinar a legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Decretos 20.931/32 e 24.492/34), consignou que os Técnicos em Óptica e Optometria não podem realizar exames, consultas e prescrever lentes. Assim, verifica-se que a matéria debatida pelo Tribunal de origem restringe-se ao âmbito infraconstitucional, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OPTOMETRISTA. LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. DECRETOS 20.931/1932, 24.492/1934 e 99.678/1990 e PORTARIA 397/2002 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. NECESSIDADE DE REEXAME DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam a decisão a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. II – Agravo regimental a que se nega provimento” (RE n. 94.562-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 5.9.2014). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. OPTOMETRISTA. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELOS DECRETOS NS. 20.931/1932 E 24.492/1934. NECESSIDADE DA ANÁLISE PRÉVIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE n. 787.040-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13.3.2014). “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE OPTOMETRISTA EM CONSULTÓRIO. DECRETO N. 20.931/1932. LEI DISTRITAL N. 3.334/2004. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.” (ARE 915.612/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJe 3.2.2016) Registre-se que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 533/02, os Decretos 20.931/1932 e 24.492/1934 foram recepcionados pela Constituição de 1988, tendo força de lei. Confira-se a ementa desse julgamento: “CONSTITUCIONAL. ATOS NORMATIVOS PRIMÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUA REVOGAÇÃO POR ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS. I. Decreto com força de lei, assim ato normativo primário.

Promotoria de Justiça da Comarca de Rio do Oeste

Impossibilidade de sua revogação mediante decreto comum, ato normativo secundário. II. Ocorrência dos pressupostos da cautelar. Deferimento". Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 932, IV, do NCPC c/c art. 21, §1º, do RISTF). Tendo em vista que já há manifestação do Superior Tribunal de Justiça nos autos (eDOC 13, p. 32-33), deixo de aplicar o disposto no art. 1.033 do NCPC. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2016. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente

(ARE 972009, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 19/12/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31/01/2017 PUBLIC 01/02/2017)

Assim, fica claro que, diferentemente do alegado pelos impetrantes, não houve violação de direito por ato abusivo da vigilância sanitária. Há, ao contrário, documento exarado por servidor, portador de fé pública, no sentido de que os impetrantes praticaram condutas que lhes são vedadas. Nessa linha, cabe destacar que se os impetrantes pretendem discutir tal ponto, não podem se valer da via do mandado de segurança para tanto.

Segundo o art. 5º, LXIX, da Carta Magna, será concedido para: *"proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"*.

Acerca do direito líquido e certo, a doutrina de HELY LOPES MEIRELLES:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança" (Mandado de Segurança. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37).

Nesse sentido também a jurisprudência: *"O mandado de segurança é via processual hábil para dar resposta célere a pedido de proteção contra ofensa a direito líquido e certo sob ameaça de ato de autoridade. Nesse intuito, não comporta dilação probatória, pressupondo a prova pré-constituída do*

Promotoria de Justiça da Comarca de Rio do Oeste
direito alegado" (Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2015.038103-0, de Palhoça. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu, julgado em 21/07/2015).

Em conclusão, não havendo prova de direito líquido e certo violado pela autoridade, mas sim de conduta escorregada por parte da vigilância sanitária, deve ser denegada a segurança.

3. Parecer

Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público pela denegação da segurança.

Rio do Oeste, 27 de junho de 2017.

José Geraldo Rossi da Silva Cecchini
Promotor de Justiça