

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA ___ VARA CÍVEL DA
COMARCA DE RIO DO SUL****SIG/MP n. 08.2018.00283204-1**

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. (Ministro Celso de Mello)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, designado para atuar no presente feito, consoante Portaria n. 1.903/2018, com fundamento no artigo 129, III, da Constituição Federal; artigo 5º, I, da Lei n. 7.347/85; artigo 82, VI, no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); na Lei Complementar Estadual n. 197/2000, ainda, com base nos documentos que instruem o Procedimento Preparatório n. 08.2018.00283204-1 anexo, vem à presença de Vossa Excelência propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
com pedido de provimento liminar

em face de **RÔMULO FERRARI**, brasileiro, casado, Optometrista, portador do RG n. 1.894.138/SC e do CPF n. 821.601.129-68, com endereço profissional na Praça Nereu Ramos, n. 88, Bairro Centro, nesta cidade, pelos seguintes fatos e fundamentos jurídicos:

1. DA REALIDADE FÁTICA

Considerando provocação do Conselho Federal de Oftalmologia (fls. 1-28) – de que o profissional de optometria Rômulo Ferrari tem consultório e realiza “exames de refração e outros procedimentos assemelhados, com o fim de medir a acuidade visual de ditos pacientes, para indicar-lhes lentes para correção visual”, o que, segundo o órgão fiscalizador, é atribuição exclusiva dos profissionais com formação médica em oftalmologia - a 4ª Promotoria de Justiça de Rio do Sul instaurou Notícia de Fato N. 01.2017.00008437-9 para apurar a denúncia formulada (fl. 40).

Com a resposta, devido à imprescindibilidade de diligências complementares, a Notícia de Fato foi evoluída para o Procedimento Preparatório n. 06.2017.00003243-6 (fls. 93-94), o qual instrui a presente demanda.

Após instrução do referido procedimento e certificada a necessidade de ajustar condições para a atuação do profissional, o Promotor de Justiça titular da Curadoria à época firmou um Termo de Ajustamento de Condutas – TAC com Rômulo Ferrari, na presença de seu procurador (fls. 139-144).

Contudo, a promoção de arquivamento do mencionado Procedimento Preparatório, tendo em vista a uniformização de entendimento, não foi homologada pelo Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, na sua maioria, com fulcro em entendimentos jurisprudenciais, bem como em razão da "proteção à saúde como princípio máximo e direito básico" (acórdão das fls. 163-171).

Assim, os autos retornaram com a designação deste Promotor de Justiça Substituto para a continuidade da investigação e a apuração de eventuais irregularidades.

Em análise do feito, buscou-se, junto ao compromissário Rômulo Ferrari, a realização de novas tratativas, visando firmar novo Termo de Ajustamento de Conduta, adequando-o às ponderações do Egrégio Conselho, com o intuito de resolver a questão de forma extrajudicial.

Porém, em reunião realizada em 03.07.2018 (ata das fls. 201-202), o Optometrista, acompanhado de seu advogado, não concordou com a nova proposta de TAC, na qual continha como uma das cláusulas:

O COMPROMISSÁRIO compromete-se, a partir desta data, a NÃO prescrever, compensar ou adaptar órteses do tipo óculos e/ou lentes de contato, sendo-lhe vedado, em absoluto, as práticas privativas do médico oftalmologista.

Destarte, levando em conta posição firmada pelo Conselho Superior do Ministério Público – de que as funções realizadas pelo Réu Rômulo são exclusivas de médico Oftalmologista e vedadas ao profissional de optometria - somente resta a esta Curadoria a propositura da presente ação para impedir a atuação em desacordo com as normativas legais e responsabilizar eventual conduta irregular.

Até porque, diante da não concordância de Rômulo com os termos do novo acordo proposto, demonstrou que continuará realizando exames e testes de visão, além de prescrever óculos e lentes, cuja prática prejudica principalmente os pacientes, uma vez não ser possível saber se os optometristas são habilitados para realizar atendimento e solicitar exames, privando do consumidor o direito à saúde com o profissional habilitado a realizar tais atos.

2. DA LEGITIMIDADE ATIVA

O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, consoante artigo 127 da Constituição da República, tem, entre várias funções constitucionais e legais, a contida no inciso III do artigo 129 da Carta Maior, exercida por intermédio desta demanda, qual seja, promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, dentre outros interesses difusos e coletivos, como a saúde (art. 197 da CF).

A Lei n. 7.347/1985 atribui, expressamente, legitimidade ao Ministério Público para intentar a Ação Civil Pública, ferramenta valiosa na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Por sua vez, tal legitimidade vem prevista também no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 81 e 82, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE RIO DO SUL

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público [...].

Na presente ação, busca-se coibir práticas ilegais no exercício da optometria, bem como a abstenção da veiculação de propaganda desses serviços. O que se defende, portanto, é o direito à saúde de número indefinido de pessoas, que vêm sendo atendidas sem o devido cuidado e sem o serviço qualificado que, apenas, um profissional habilitado em oftalmologia pode oferecer.

A legitimidade e o interesse do Ministério Público já foi reconhecida pelo egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina em caso análogo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. OPTOMETRISTAS. EXAMES DE ACUIDADE VISUAL E ATIVIDADES CORRELATAS. ATOS EXCLUSIVOS DO ESPECIALISTA MÉDICO.

1. O Ministério Público desfruta de indiscutível legitimidade para propor ação civil pública voltada à proteção da saúde e integridade física dos consumidores.

2. Encontrando-se vigentes os Decretos nos 20.931/32 e 24.492/34, resulta certo que a prescrição, indicação ou aconselhamento de lentes de grau é ato exclusivamente médico (TJSC, Apelação Cível n. 2003.006214-9, Rel. Des. Newton Janke).

Portanto, inquestionável a legitimidade ativa do Ministério Público no caso em tela. É seu propósito constitucional reparar e salvaguardar a saúde e a integridade física dos consumidores, zelar pela proteção de interesses de relevância pública, de cunho social, especificamente a saúde e o direito à informação aos consumidores.

3. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

A liberdade do exercício profissional é previsão constitucional, tratando-se de direito fundamental. Todavia, deve ele se resguardar no atendimento das normativas previstas para cada área de atuação.

Sabe-se que eventual irregularidade cometida por atos laborais

poderá causar prejuízos a *outrem* e/ou a algum patrimônio. No caso concreto, a prestação do serviço de optometria tem elo direto com outro direito fundamental, de caráter social, a saúde.

Diante disso, a prática inabilitada de funções exclusivas de profissionais da medicina, como o Oftalmologista, pode vir a ferir aquele direito garantido pela Lei Máxima.

Nesse viés, tendo em vista ser público e notório que o Optometrista Rômulo Ferrari vem exercendo atos privativos de médicos, notadamente prescrevendo a utilização de óculos e lentes, por intermédio de exame de refração, é inegável a legitimidade passiva do Réu.

4. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Inicialmente, frisa-se que não se discute, nesta provocação de tutela jurisdicional, a legalidade da profissão de optometria, uma vez ser notório o seu reconhecimento, como se observa de aresto da própria Corte de Justiça Catarinense - cuja posição foi acolhida, na sua maioria, e citada pelo Conselho Superior deste Órgão de Execução em seu *decisium*¹, vejamos:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, através do Grupo de Câmaras de Direito Público, firmou entendimento em data anterior ao julgamento do STJ, por meio do Pedido de Uniformização de Jurisprudência em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.030031-7/0001.00², em que reconheceu o exercício da profissão em toda a sua plenitude, ressaltando, todavia, a vedação absoluta quanto às práticas privativas de médico oftalmologista, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO - OPTOMETRIA - RESTRIÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL - ILEGALIDADE. 1- Afronta o princípio da razoabilidade a restrição ao exercício da optometria com embasamento nos ultrapassados Decretos ns. 20.931/32 e 24.492/34, já que, a toda evidência, a ratio legis desses diplomas não mais se afeiçoa à realidade da vida moderna. 2- **Se existe curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação que habilita profissionais para o exercício das atividades de optometria, não tem sentido impedir que aqueles que colam grau e providenciam o registro no respectivo órgão fiscalizador exerçam em toda**

¹ SANTA CATARINA. Conselho Superior do Ministério Público de Santa Catarina. Procedimento n. 06.2017.00003243-6. Segunda Turma Revisora. J. 18.04.2018 (fls. 163-171).

² Pedido de Uniformização de Jurisprudência em ACMS n. 2006.030031-7/0001.00, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 11/03/2009.

4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE RIO DO SUL

a sua plenitude a profissão que escolheram. O exercício profissional da optometria, no entanto, deverá se restringir àquelas atividades facultadas pelas normas de regência, sendo vedado, em absoluto, as práticas privativas do médico oftalmologista.

Veja-se, portanto, que o nó górdio da questão não está relacionado à legitimidade ou não da profissão de optometrista - pois esta encontra-se manifestamente regularizada -, mas sim quanto às atividades exercidas por essa classe profissional, pois, ao que se colhe da jurisprudência, o profissional optometrista está impedido de desempenhar aquelas atividades que são reservadas ao médico oftalmologista, dentre as quais a prescrição do uso de lentes e óculos. (Grifo nosso)

Desse modo, o que se objetiva é impedir uma atuação do Optometrista fora dos ditames legais cabíveis à espécie, isto é, de exercer **atos exclusivos** de profissão da área da saúde também já regulamentada, a medicina.

Nesse sentido, infere-se da Carta Magna disposição sobre ser livre o direito de profissão, direito fundamental subscrito no artigo 5º, XIII, *in verbis*: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.**" (Grifo nosso)

Conquanto esteja a normativa elencada dentre os direitos de 1ª dimensão - considerados como liberdades negativas, as quais o Estado deve se abster de feri-las, atuando para sua preservação³ – esse preceito fundamental tem eficácia denominada de contida.

Em se tratando da classificação das normas constitucionais, infere-se das lições do Ministro Gilmar Mendes e doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco⁴:

As normas de eficácia contida são também autoexecutáveis e estão aptas para produzir plenos efeitos no mundo das relações. **São destacadas da classe das normas de eficácia plena pela só circunstância de poderem ser restringidas, na sua abrangência, por deliberação do legislador infraconstitucional.** (Grifo nosso)

Na esteira dessa compreensão, o Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco advertiu:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL DA SOCIEDADE DE

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 260-261.

⁴ MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direita constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE RIO DO SUL

OFTALMOLOGIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO ADMITIDA. SENTENÇA. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DO ESTADO DE PERNAMBUCO PARA FISCALIZAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DO PROFISSIONAL DE OPTOMETRIA, A FIM DE QUE NÃO EXERÇAM ATIVIDADES PRIVATIVAS DO MÉDICO OFTALMOLOGISTA. DECRETOS Nºs 20.931/32 E 24.492/34. [...] 4. O Estado de Pernambuco não está cerceando arbitrariamente o direito dos optometristas de exercerem livremente a sua atividade profissional, nem afrontando os fundamentos da livre iniciativa. Está apenas exercendo o seu dever legal de fiscalizar, consoante prevê o artigo 1º, do Decreto nº 24.492/34, a fim de garantir que os optometristas não realizem exames, façam prescrições ou mantenham consultórios para realização de exames de refração, práticas estas privativas dos oftalmologistas. Os procedimentos médicos realizados por pessoas inabilitadas, podem gerar danos irreversíveis à saúde do paciente. 5. O fato de o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal haver conferido aos indivíduos a liberdade do "exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão", não garantiu o exercício indiscriminado da profissão, uma vez que o próprio inciso XIII condicionou o exercício profissional ao cumprimento da legislação infraconstitucional sobre o qual verse a matéria, ao proclamar: "(...) atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;". **6. Cuida-se de norma de eficácia contida, cujo alcance é delimitado pela legislação ordinária.** 7. As disposições relativas às atividades dos técnicos da óptica ou optometria, acham-se encartadas nos Decretos nºs 20.931/32 e 24.492/34, que à época em que foram editados assumiram "status" de Lei Ordinária, descabendo cogitar-se de inconstitucionalidade formal superveniente. Decretos que foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. 8. Inexistindo "(...) o instituto da inconstitucionalidade formal superveniente, o conflito entre normas, sob o ângulo material, resolve-se com a revogação tácita, o que não aconteceu no caso em tela, estando ambos os Decretos em vigor" - fl. 156, da sentença rescindenda. O ato normativo superveniente que revogou o artigo 4º, do Decreto nº 99.678/90 foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal. 9. **Não é permitido aos optometristas manter consultório para atendimento de clientes, diagnosticarem doenças, prescreverem medicamentos, fazerem exame de vista e outras atividades exclusivas do médico oftalmologista:** REsp nº 975322/RS, Primeira Turma, julg. em 14-10-2008, DJe de 3-11-2008, Rel. Min. Luiz Fux, AGTR nº 100809/AL, TRF 5ª Região, Primeira Turma, julg. em 1º-7-2010, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena. 10. Sentença rescindenda que não negou validade a lei em vigor, apenas conferiu validade a uma norma em vigor, interpretando-a corretamente. **E não poderia ser diferente, porquanto a continuidade da prática de atividades privativas de médicos por profissionais de optometria afrontaria, não apenas a legislação de regência, como também constituiria perigo à saúde pública.** [...] Improcedência do pedido. Honorários de sucumbência fixados em R\$ 1.500,00, nos termos do voto.⁵ (Grifo nosso)

Dessa forma, é plenamente possível a restrição ou a estipulação de determinadas condições para o exercício profissional. Quanto a isso, depreende-se do Decreto n. 20.931/32, o qual **regula e fiscaliza o exercício da medicina**, da

⁵ PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. PROCESSO: 00041803420104050000, AR6392/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO), Pleno, JULGAMENTO: 23/03/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 29/03/2011.

odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas, em seu artigo 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." (Grifo nosso).

Destarte, estabeleceu como requisito para a comercialização de lentes de grau a necessidade de receituário médico, logo, restringiu exclusivamente ao exercício da medicina a competência para prescrever tal uso.

Somado a isso, há vedação legal obstando a abertura de consultório pelo optometrista (artigo 38 do supracitado decreto⁶). Determinação essa que até poderia ser objeto de discussão, diante do cenário atual, porém com parcimônia, isto é, **sem o profissional exercer função privativa de médico, o que não acontece nos presentes autos, visto que o Réu pratica irregularmente atos de medicina, segundo a prova documental (receituários) constante da ação.**

Na finalidade de regulamentação, surgiu no ordenamento pátrio o Decreto n. 24.492/34, cujo dispositivo 14⁷ é claro em ratificar a prescrição de lentes de grau como ato privativo dos **médicos**, isto é, não podendo ser praticado por outro profissional, dentre o qual se enquadra o Optometrista.

A ilegalidade no exercício da medicina desponta também do artigo 13 do Decreto n. 24.492/34, que, muito embora não cite a função de optometria, mais uma vez deixa em evidência a condição de médico para realizar a prescrição, vejamos:

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. (Grifo nosso)

Malgrado os referidos Decretos tenham vigência anterior à

⁶ 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 a autoridade competente oficializar nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

⁷ 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. (Grifo nosso)

Constituição Federal de 1988, foram recepcionados pela Carta Suprema ganhando status de Lei Ordinária, logo, continuam em vigor e produzindo seus efeitos, devendo, por isso, serem observados.

Pedro Lenza⁸ discorre acerca do tema:

Todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. **Vale dizer, a contrario sensu, a norma infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada**, podendo, inclusive, adquirir uma nova “roupagem”. (Grifo nosso)

A jurisprudência segue esse entendimento, vejamos em excerto de *decisium* proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, da Suprema Corte:

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**. Impossibilidade de sua revogação mediante decreto comum, ato normativo secundário. II. Ocorrência dos pressupostos da cautelar. Deferimento”. (Grifo nosso)

Outrossim, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim entende:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRÁTICA DE ATOS POR OPTOMETRISTA PRIVATIVOS DE OFTALMOLOGISTA. VIGÊNCIA DOS DECRETOS 20.931/32 E 24.492/34. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR DESPROVIDO. 1. **Suspensão o ato normativo que revogou os dispositivos dos Decretos 20.931/32 e 24.492/34 que regulam a atividade profissional de optometria (Decreto 99.678/1990) pelo STF na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal, seguem em vigor as normas originais**. Precedentes: AgInt no REsp. 1.369.360/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 24.8.2017; REsp. 1.261.642/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 3.6.2013; MS 9.469/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 5.9.2005. 2. Importa ressaltar que não se trata aqui de repristinação dos Decretos, já que, declarada a inconstitucionalidade formal da lei revogadora, reconhece-se a vigência *ex tunc* da norma anterior tida por revogada. 3. Agravo Interno do Particular desprovido.⁹ (Grifo nosso)

E mais:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ATUAÇÃO DOS OPTOMETRISTAS. ANÁLISE DA RECEPÇÃO MATERIAL DE NORMAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. **VIGÊNCIA DO DECRETO 20.931/1932 EM RELAÇÃO AO OPTOMETRISTA. PRECEDENTES.**

⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 440.940/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018.

FISCALIZAÇÃO QUE VERIFICOU A ATUAÇÃO EM EXCESSO AO PERMITIDO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIREITO SUPERVENIENTE INVOCADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. [...] 2. Esta Corte tem entendimento de que 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 STF na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal. Precedentes: REsp 1.169.991/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13/5/2010; REsp 1.261.642/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 3/6/2013; REsp 975.322/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3/11/2008. [...] 5. Agravo interno não provido.¹⁰ (Grifo nosso)

Na esteira dessa regulamentação, Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego¹¹, no ano de 2002, flexibilizou a prática da atividade de optometria, abarcando inclusive a permissão do profissional prescrever o uso de óculos e lentes.

Contudo, por terem os citados decretos eficácia de Lei, visto que recepcionados pela Magna Carta, estão eles, na conhecida Pirâmide de Kelsen, em patamar superior ao da Portaria expedida pelo MTE, portanto, acaba ela por ferir aqueles atos normativos primários, conforme se observa das firmes posições jurisprudenciais abaixo elencadas:

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.** [...] 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.¹² (Grifo nosso).

Observa-se de excerto do julgado acima mencionado a posição da Relatora Ministra Eliana Calmon:

[...] Ora, **percebe-se nitidamente que a portaria em questão foi além do**

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1369360/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017.

¹¹ Portaria n. 397 MTE.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.169.991/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 13/5/2010.

4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE RIO DO SUL

que previsto na legislação de regência, ao permitir que os profissionais óticos realizem exames e consultas optométricos, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes. Assim, concordo com o posicionamento adotado pela instância ordinária, no sentido de que os profissionais ora recorrentes se abstenham de realizar consultas e prescrever óculos sem o respectivo laudo médico. [...]. (Grifo nosso)

De igual modo:

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.¹³ (Grifo nosso)

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.** [...] 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.¹⁴ (Grifo nosso).

Por essa razão, entende-se não poder a atividade laboral do

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1261642/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.413.107/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 23/9/2015.

Optometrista ultrapassar os limites de atribuições a ponto de intervir na esfera da profissão de médico.

Em cunho de importância, na discussão acerca do tema, está outro direito fundamental elencado entre os direitos sociais, qual seja, a saúde. Esta, em contrapartida à livre iniciativa, exige do Poder Público uma prestação positiva, a fim de possibilitar o acesso por TODOS¹⁵.

Nesse ponto há que se ter cautela e total preocupação quanto à liberação para um Optometrista realizar as funções, dentre outras, a de prescrever a utilização de óculos e lentes e realizar de exames de refração.

Pois bem.

Está-se tratando de um dos direitos mais relevantes do homem, pois pode vir a ferir um de seus bens mais preciosos, qual seja, a VIDA. Se uma das áreas de atuação dos médicos se resume no cuidado da visão, função esta declinada ao Oftalmologista, cuja habilitação adveio de complexo e difícil curso de graduação para depois angariar a residência específica na área de oftalmologia, é um tanto quanto perigoso admitir que outra profissão, em tese, também regulamentada, possa realizar algumas funções idênticas.

Muito embora o Conselho e os profissionais do ramo aleguem que o curso de formação do optometrista seja rigoroso e tenha diversas cadeiras específicas para as funções a se desempenhar – o que possibilitaria realizar as atividades de prescrição, compensação ou adaptação de órteses do tipo óculos e/ou lentes – é nítido, pelo plexo probatório aqui consolidado, serem tais atos privativos do médico Oftalmologista.

A alegação defensiva aduz que o Réu não pode atestar doenças do globo ocular, sendo suas ações limitadas, inclusive, na própria prescrição dessas órteses. Todavia, corre-se o risco do consumidor, leigo no assunto, com o receituário prescrito pelo Optometrista, usar óculos ou lentes sem o devido acompanhamento de eventual problema visual, o que comumente se vê, pois

¹⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

muitas pessoas não tem o hábito de realizarem consultas regulares, **procurando saídas mais módicas, as quais nem sempre são as ideais.**

Isso porque, não possuindo, o profissional, habilitação para detectar doenças, cuja competência é exclusiva do oftalmologista, podem estas se agravar com o passar do tempo, fato este que poderá ser evitado com um diagnóstico precoce realizado somente pelo médico.

É clarividente a prática irregular pelo Optometrista, o que se denota de página da "clínica" na rede social *Facebook*, consoante imagem da fl. 222.

Cita-se, ainda, entrevista concedida pelo médico, Doutor Mauro Nishi, Diretor Médico do Centro Brasileiro da Visão e Doutor pela Universidade de Tóquio, à Revista Correio Brasiliense¹⁶:

2. Quais possíveis doenças oculares podem não ser identificadas em uma consulta com um optometrista, mas certamente seriam vistas em um exame oftalmológico?

Muitas doenças são silenciosas e quando se manifesta com baixa de visão já não são reversíveis. Dentre as centenas de patologias oculares detectáveis pelo exame oftalmológico podemos destacar pela sua frequência **o Glaucoma, a Retinopatia Diabética e a Degeneração Macular** relacionada à idade. **Estas patologias são as principais causas de cegueira irreversível em nosso meio, devendo haver prevenção mesmo quando a visão ainda se encontra normal.** O médico oftalmologista cuja formação engloba um mínimo de 6 anos de faculdade de medicina e pelo menos 3 anos de residência médica para a especialização em Oftalmologia é o profissional capacitado para acompanhar a complexidade que envolve os problemas oculares e visuais. (Grifo nosso)

De igual maneira é o alerta do Doutor Jorge Breda, Presidente da Sociedade Portuguesa de Oftalmologia à época do artigo¹⁷:

Tudo isto serve para alertar a população para um grave problema. Existem, no nosso meio social, pessoas que se intitulam “especialistas da visão” ou “optometristas”, que vestem uma bata branca para parecerem “doutores”, **e que são um perigo para a Saúde Pública.** Medem a visão das pessoas e “prescrevem” óculos quando encontram erros refractivos, por mínimos que sejam. As pessoas ficam tranquilas, achando que porque vêem bem, estão bem, deixando assim que progridam doenças que podiam ser tratadas se diagnosticadas a tempo. Por isso, **é preciso perceber que o exame da refração (óculos) é só uma pequena parte de um exame muito mais vasto do globo ocular, que tem de ser feito periodicamente pelo oftalmologista, que é o único profissional habilitado lidar com a saúde**

¹⁶ RIOS, Alan. **Exames de vista com optometrista não verificam a saúde ocular.** Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/revista/2017/12/24/interna_revista_correio,649498/fique-atento-na-hora-de-escolher-o-profissional-do-sistema-ocular.Shtml>. Acesso em 14 ago. 2018.

¹⁷ BREDA, Jorge. **Porque preferir o oftalmologista e ignorar o optometrista.** Médicos de Portugal. Disponível em: <<https://www.medicosdeportugal.pt/info/especialidades/porque-deve-preferir-o-oftalmologista-e-ignorar-o-optometrista/>>. Acesso em 14 ago. 2018.

ocular.

Da documentação anexa, percebe-se uma atuação confrontante do Réu com a legislação de regência, por atuar em atividades privativas de médico, em clínica própria e equipada como se consultório fosse, passando aos consumidores falsa percepção da realidade (fls. 207-208, 222).

Por conseguinte, não restam dúvidas de que as atividades desenvolvidas pelo Optometrista Rômulo Ferrari distam da legalidade, de igual modo ocorre com a infraestrutura e os equipamentos que utiliza na prescrição de órteses, sejam óculos ou lentes. Fato esse que precisa ser obstado **imediatamente** com o intuito de evitar o prolongamento da prestação de serviço em afronta a próprio direito básico do consumidor.

Assim, prevê o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

[...]

III - **a informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...] (Grifo nosso)

Veja-se, pois, que, **com toda a estrutura semelhante de um consultório, o consumidor tem para si como correta e legal a atuação do profissional de optometria ao lhe prescrever o uso das referidas órteses. Não sabendo ele, muitas vezes e provavelmente, diferenciar as funções privativas do médico Oftalmologista daquelas possíveis de serem realizadas pelo Optometrista, induzindo, então, em erro a parte vulnerável da relação consumerista.**

Diante do exposto, impõe-se a proibição ao Réu de exercer as atividades privativas de medicina, devendo, para tanto, se assim necessitar, ser o seu "Consultório de Optometria" fechado para atendimento aos consumidores em geral, com a apreensão dos equipamentos exclusivos de uso do Oftalmologista.

Dito isso, a admissibilidade jurídica da demanda em comento restou bem evidenciada, nos termos dos fundamentos ora traçados, corroborados o conjunto de provas acostado na presente ação, **o qual demonstra o risco de dano irreparável iminente, caso o Réu prossiga com a função ilegalmente exercida.**

5. DA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

Reza o artigo 12 da Lei nº. 7.347/85 que "Poderá o Juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo".

Tal possibilidade justifica-se na imprescindibilidade da tutela liminar, sob pena da ocorrência de consequências danosas mais graves.

Ademais, infere-se do artigo 300 do Código de Processo Civil: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."

A probabilidade do direito está indubitavelmente presente nos fundamentos abarcados nessa demanda, embasados no plexo probatório firmado no Procedimento Preparatório, até mesmo pelos receiptuários anexos, os quais denotam a prática de atos privativos de médico.

Por seu turno, o risco de dano consiste na periculosidade da atuação do Réu como Optometrista em discordância com as exigências legais, pois a prescrição daquelas órteses pode macular uma pré-disposição ou até uma própria enfermidade, cuja ausência de tratamento adequado acarrete em estágios incuráveis ou extremamente danosos, como a cegueira.

Em vista disso é que a tutela de urgência (de caráter antecipatório) deve ser concedida liminarmente e sem justificação prévia, com fulcro no artigo 300, § 2º, primeira parte, do CPC, sob pena de tornar inócua a prestação jurisdicional, considerando a continuidade na prática ilegal do exercício da medicina pelo profissional, o que se dá em consultório.

A concessão da tutela ora solicitada é plenamente cabível em esteio ao artigo 497 do Código de Processo Civil:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Nesse sentido, preleciona a doutrina¹⁸:

A tutela específica mediante prestações de fazer ou de não fazer pode ser prestada de maneira final ou antecipada. A sua prestação de forma antecipada é regida pelos arts. 294 a 311, CPC - porém, com as devidas adaptações derivadas do direito material, em grande parte ignoradas na disciplina das chamadas tutelas provisórias.

Desta forma, este Órgão de Execução, como instituição permanente e essencial para a concretização da justiça, entende ter demonstrado, em nome dos consumidores, com meridiana nitidez, a ilegalidade que ora se pretende coibir.

Demais disso e como medida de se evitar prejuízos maiores à saúde dos consumidores, **impende o deferimento da tutela antecipatória *inaudita altera pars*, a fim de obstar imediatamente o exercício irregular da profissão, pois presentes os requisitos para sua concessão, sob pena de multa.**

6. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público**:

1. Com fundamento no artigo 12 da Lei nº 7.347/85 e artigo 300, § 2º, primeira parte, do Código de Processo Civil, em sede de **tutela antecipada**, a concessão, *inaudita altera pars*, uma vez o preenchimento das condições necessárias para a concessão, fixando-se multa diária a ser suportada pelo requerido no caso de descumprimento da decisão (art. 11 da Lei n. 7.347/85), **com o intuito de providenciar-se:**

1.1) a **imediata suspensão das atividades médicas** exercidas pelo Optometrista Rômulo Ferrari, no que tange a atos privativos de Médico Oftalmologista realizados em seu consultório, inclusive, ao manuseio de aparelhos restritos ao exercício da oftalmologia, à realização de exames de refração e de vistas ou de teste de visão, bem como prescrição de óculos e lentes ou qualquer outro tratamento ocular;

1.2) a **busca e apreensão** de todo e qualquer aparelho de uso exclusivo de médicos oftalmologistas, destinados ao exame de refração e à

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 605.

medição de grau, porventura existentes no consultório de Rômulo Ferrari e/ou em seus pertences;

1.3) a **suspensão** de toda e qualquer **propaganda enganosa** relativa aos "exames de visão" realizados pelo requerido, bem como a prescrição de óculos e lentes de contato; e

1.4) por fim, seja determinado ao Réu que comprove documentalmente nos autos o cumprimento das providências determinadas pela decisão, no prazo assinalado para apresentação de contestação, sob pena de aplicação da multa fixada, a ser recolhida ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, disciplinado pelo Decreto Estadual nº. 1.047/87, independente da configuração de crime de desobediência.

2. a **citação** do Réu para, querendo, contestar os termos da presente Ação Civil Pública, sob pena de revelia;

3. Malgrado o conjunto probatório extraído do Procedimento Preparatório n. 06.2017.00003243-6 contenha as provas pré-constituídas referentes ao alegado, o *Parquet* protesta pela **produção de todas as provas** em direito admitidas, seja ela testemunhal, documental, pericial e o depoimento pessoal do Réu e as que se fizerem necessárias;

4. Ao final, a integral **procedência** dos pedidos, fixando-se multa diária em valor a ser determinado por Vossa Excelência, para pagamento em caso de descumprimento da decisão (art. 11, Lei 7.347/1985), a ser revertido em favor do Fundo Estadual para Recuperação de Bens Lesados – FRBL, instituído pela Lei Estadual n. 15.694/2011 (que revogou o Decreto 1.047/87), e regulamentado pelo Decreto Estadual 808/2012, de modo a:

4.1. **Proibir** o Réu RÔMULO FERRARI de exercer todo e qualquer atendimento e atividades médicas, consistente em realizar exames de refração e de vistas ou de teste de visão, manusear aparelhos restritos ao exercício da oftalmologia, bem como prescrever, indicar ou recomendar a utilização de óculos e lentes;

4.2. **Determinar** a busca e apreensão de todos os equipamentos destinados a execução destas atividades;

4.3. **Determinar** o fechamento do consultório de optometria de RÔMULO FERRARI para atendimento aos clientes em geral, inclusive com a retirada de toda publicidade disposta na sua fachada.

5. A dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, nos termos do artigo 18 da Lei n. 7.347/85.

Dá-se à causa o valor simbólico de R\$ 1.000,00 (mil reais), tendo em vista tratar-se da tutela de bens de valor inestimável.

Nestes termos, pede deferimento.

Rio do Sul, 16 de agosto de 2018.

[assinado digitalmente]

MARCO ANTONIO FRASSETTO
Promotor de Justiça Substituto

DOCUMENTOS INCLUSOS:

Autos do Procedimento Preparatório n. 06.2017.00003243-6