



ANÁLISE JURÍDICA DO PARECER DO DR. NELSON NERY JÚNIOR:
**Ponderações sobre a modulação dos efeitos dos embargos de
declaração na ADPF 131 do Supremo Tribunal Federal**

*Heron Pedroso¹;
Carolina Belisário²;
Daniele Souza³;
Alberthy Ogliari⁴.*

RESUMO:

O presente artigo busca esclarecer os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 131, principalmente em face da modulação dos seus efeitos pelos Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria Geral da República e pela Confederação Brasileira de Óptica e Optometria (CBOO). Em junho de 2020, a Suprema Corte decidiu que os artigos suscitados na ADPF 131, quais sejam o art. 38, 39 e 41 do Decreto de 20.931/32 e artigo 13 e 14 do Decreto 24.492/34, foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Após a oposição de Embargos de Declaração, a Corte modulou os efeitos da decisão, cujo conteúdo foi atípico para esta espécie processual. A partir destes fundamentos, busca-se fazer uma releitura jurídica do parecer exarado pelo renomado jurista Dr. Nelson Nery Júnior em 12 de abril de 2022 acerca do deslinde processual no caso em testilha.

Palavras-chave: oftalmologia; optometria; saúde pública;

¹ Advogado, pós-Graduado em Direito Médico e da Saúde pelo Instituto Paulista de Direito Médico e da Saúde. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Legale. Assessor Jurídico das maiores sociedades de especialidade médica do país;

² Advogada, pós-graduada em Direito Empresarial, com experiência em Direito da Saúde e defesa de Sociedades Médicas. Expertise na advocacia contenciosa massificada, gestão de informações e controladoria jurídica;

³ Advogada, especialista em Direito Médico, Odontológico e da Saúde pela USP-FMRP, especialista em Ordem Pública e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do MPDFT, graduada em Direito pelo IDP, Membro Efetivo da Observatório Nacional do de Direito Médico e da Saúde;

⁴ Advogado, pós-graduado em Direito Médico, pós-graduando em Advocacia em Direito Civil, Empresarial e Processo Especialista em Direito do Trabalho e assessor jurídico de sociedades de especialidades médicas.

Em 19 de fevereiro de 2008, o Conselho Brasileiro de Ótica e Optometria (CBOO) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, insurgindo-se contra os artigos 38, 39 e 41 do Decreto n. 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto n. 24.492/34, os quais ditam, respectivamente:

Art. 38 É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes.

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.

Art. 41 As casas de ótica, ortopedia e os estabelecimentos eletro, rádio e fisioterápicos de qualquer natureza devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registo das prescrições médicas.

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.

Em sua linha argumentativa, o CBOO suscitou ofensas a preceitos fundamentais, especialmente à liberdade ao exercício do trabalho, ofício, profissão (CF 1º, IV), a livre iniciativa (CF, 1º, IV), o princípio da isonomia (CF 1º, IV e 5º, caput), a dignidade da pessoa humana (CF 1º, III), o princípio da segurança jurídica (CF, 5º, LIV) e o princípio da proporcionalidade e razoabilidade (CF 1º, III, 3º, I, 5º, caput, II, XXXV e LIV §§1º e 2º, 60 §4º, IV).

Em 29 de junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de plenário virtual, julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para declarar a recepção dos arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34. A decisão ainda teve o condão de fazer um apelo ao legislador federal para que aprecie o tema posto em debate, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria.

Em sede de Embargos Declaratórios opostos pela Procuradoria Geral da República e pela Confederação Brasileira de Óptica e Optometria (CBOO), o Ministro Gilmar Mendes proferiu decisão monocrática de deferimento do pedido de liminar

efetuado pelo CBOO para determinar a suspensão dos efeitos da decisão colegiada de mérito aos profissionais que tenham sido qualificados por instituição de ensino superior regularmente instituída mediante autorização do Estado e por ele reconhecida.

Na sequência, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento virtual do mérito dos embargos declaratórios opostos e, por unanimidade, conheceu dos Embargos para modular os efeitos subjetivos da decisão antecedente de recepção dos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, sobretudo quanto aos optometristas de nível superior.

Sucedo que, a partir da referida decisão, passou-se a distorcer o entendimento do STF divulgando-se que a modulação de efeitos aplicada pelo Acórdão dos embargos de declaração retirou proibição, então previstas em artigos do Decreto n.20931/32 e do Decreto n. 24492/34, aos optometristas bacharéis e tecnólogos com cursos reconhecidos pelo MEC, e que se passou a permitir exames, diagnóstico de patologias e prescrição de tratamento oftalmológicos por optometristas.

De fato, a modulação de efeitos na ADPF 131 retirou dos optometristas, na condição acima exposta, as vedações para instalação de gabinetes para atendimento de clientes e para escolha, permissão e indicação de lentes de grau. Portanto, de acordo com a ADPF 131, estes dispositivos não se aplicam aos optometristas bacharéis e tecnólogos com cursos reconhecidos pelo MEC, o que, **apesar de retirar vedações, não leva a permitir que prescrevam lentes de grau para tratamento de patologias descobertas a partir de diagnósticos nosológicos.**

Com efeito, ressalta-se não haver qualquer regulamentação legislativa sobre a optometria, na medida em que esta segue sendo apenas uma ocupação. No que se refere ao mencionado artigo 3º do Decreto nº 20.931/32, nota-se que a redação dada não regulamenta a ocupação, apenas informa que só poderão “exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação a juízo da autoridade sanitária”.

Isto é, a ocupação não é atualmente regulamentada, não havendo qualquer dispositivo legal que defina os limites de atuação e qual o órgão responsável pela fiscalização, principalmente se observarmos a jurisprudência pátria que há décadas

reconhece as atividades privativas dos médicos e em razão precipuamente do resguardo à saúde pública, bem jurídico tutelado pelo Estado.

Neste ponto, é importante entender os riscos para a saúde pública no que se refere a atuação dos optometristas. A pergunta mais importante a ser respondida é: Por que a realização de atendimentos oftalmológicos por optometristas é um risco para a saúde da população e por que a atuação conjunta com as óticas é vedada pela legislação pátria?

De forma sucinta e objetiva, como dito pelo próprio ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 131, deixar que a população seja atendida por optometrista é negar-lhe o tratamento adequado para suas doenças oculares, pois existem doenças oculares que não são tratadas somente por meio de lentes de grau corretivas.

O profissional competente para realizar a diferenciação entre doenças que podem ser tratadas somente com o uso de lentes de grau e doenças que o tratamento é a utilização de remédios ou intervenção cirúrgica ou que necessitem de acompanhamento bimestral, trimestral ou semestral é o médico oftalmologista.

O optometrista não realiza esta diferenciação, simplesmente senta o paciente numa cadeira oftalmológica, coloca o refrator de *greens* à frente do paciente e faz a medição de seu grau e, ao final, entrega a ele a receita para confecção das lentes, o que caracteriza uma ilegalidade. Em outras palavras, o curso de ensino superior em optometria se faz necessário para que o optometrista graduado tenha conhecimento suficiente para materializar a prescrição médica de forma exata/fiel e não meio para que estes afirmem serem qualificados para diagnosticar patologias oculares e prescrever tratamentos como o uso de lentes de grau.

Há doenças oculares como o glaucoma, o ceratocone, a catarata, dentre outras, que, em estágios iniciais, apresentam sintomas de problemas refrativos mais simples como a miopia, o astigmatismo a hipermetropia. Por não ter a habilitação necessária, o optometrista, frente a estes casos, não irá realizar a identificação da real doença causadora do problema de visão do paciente, realizando somente a medição de grau e entregando-lhe a receita de óculos, em ato contrário a legislação.

Neste momento o paciente sai com a receita de óculos em mãos, convicto que sua doença ocular é uma simples miopia ou astigmatismo e o tratamento recomendado a ele é só o uso de óculos de grau. Após, vai até ótica de sua preferência ou muitas vezes indicada pelo próprio optometrista e que aceita ilegalmente receitas de optometristas, e confecciona seus óculos. No mês seguinte percebe que as lentes de grau que ele comprou não estão corrigindo sua visão tão bem como no mês anterior.

A partir daí, é comum que ele retorne à ótica e reclame que seus óculos não estão mais atendendo suas necessidades. Em muitos casos, as óticas simplesmente informam que é uma questão de adaptação ao uso, já em outros casos o cliente retorna ao optometrista que faz novamente a medição do grau do paciente e emite nova receita de óculos.

Durante este período, a doença continua desenvolvendo e agravando o quadro do paciente, que deveria ter iniciado seu tratamento com médico habilitado para a realização de diagnósticos e prescrição do tratamento adequado.

Por fim, é frequente que o paciente, em razão do estágio avançado da doença que lhe acomete, procure um médico, oportunidade em que descobre que sua doença não era simples miopia ou astigmatismo, mas sim, uma catarata, ceratocone, glaucoma, dentre diversas outras que não são tratadas somente mediante lentes de grau.

Por estas razões, em nenhum caso, deve-se permitir que optometristas atuem como se fossem médicos, diagnosticando doenças, realizando exames de vista e prescrevendo lentes de grau. Também não se pode permitir que as casas de ótica aceitem receitas emitidas por optometristas e atuem em conjunto com eles, validando atos que invadem a seara médica e provocam severos prejuízos para a saúde da população.

É o que se verifica também pelo que dispõe o art. 4º da Lei 12.842/2013, que determina diagnóstico nosológico como ato privativo médico, sendo a definição de diagnóstico nosológico a “a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios: agente etiológico reconhecido; grupo identificável de sinais ou sintomas, e alterações anatômicas ou psicopatológicas”.

Assim, tanto patologias quanto demais distúrbios de função do corpo com alterações anatômicas caracterizam ato privativo médico conforme a lei federal vigente, de modo que o exame, diagnóstico e prescrição de tratamento por profissional sem formação técnica médica é ilegal e submete toda a população à risco de saúde.

O diagnóstico de CID de ametropias cabe ao profissional médico especialista em oftalmologia, de modo que o optometrista realizar consultas para diagnóstico e prescrição de lentes de tratamento fere diretamente a Lei do Ato Médico, que prevê diagnósticos como ato exclusivo médico, a ADPF 131, com efeito vinculante erga omnes, e os Decretos nº 20.931/32 e nº 24.492/34, que continuam vigentes, e a Constituição Federal em seu art. 196.

Manter atendimentos oftalmológicos por optometristas é um risco para a saúde da população e está vedado pela legislação vigente. De forma sucinta e objetiva, deixar que a população seja atendida por optometrista é negar-lhe o tratamento adequando para suas doenças oculares, pois existem doenças oculares que não são tratadas somente por meio de lentes de grau corretivas.

Toda a fundamentação aqui narrada é confirmada pelo parecer jurídico “ADPF 131. MODULAÇÃO DE EFEITOS. LIMITES À ATUAÇÃO DE OPTOMETRISTAS COM FORMAÇÃO EM NÍVEL SUPERIOR”, do Prof. Dr. Nelson Nery Júnior. Segundo o brilhante doutrinador (NERY, 2022, p. 16):

(...) “ao dar provimento à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o julgador necessita promover, nos termos da LADPF 11, a modulação de seus efeitos, fixando os limites da decisão sobre o descumprimento de preceito fundamental tanto em relação ao conteúdo quanto em relação ao momento em que ele passará a ter eficácia”.

Prossegue o Autor destacando ser esta garantia constitucional instrumento assegurado para conferir estabilidade, integridade e coerência à jurisprudência dos tribunais e a partir disto, promover as garantias fundamentais típicas do Estado Democrático de Direito.

Com tais premissas, o que se observa na verdade é o proferimento de decisão absolutamente atípica no julgamento da ADPF 131, pois a decisão que modulou os seus efeitos “*condicionou o acolhimento*” da pretensão do CBOO à identificação de fundamentos prático-jurídicos relativos à demanda (*apud*, NERY, 2022, p. 19).

Isto é, apesar do entendimento de que a restrição normativa não é inconstitucional, pois fora pautada em face do potencial risco à saúde pública em razão do exercício irregular da medicina por profissionais sem formação reconhecida, o Supremo optou por realizar a diferenciação entre as modalidades de profissionais não médicos atuantes na área com o objetivo de conferir efetividade, segurança e coerência prático-jurídica ao veredicto.

Em razão do suposto conhecimento técnico dos indivíduos que concluíram curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação, decorreu-se o entendimento de que o panorama fático-jurídico justificaria o tratamento diferenciado aos optometristas com formação em nível superior. Neste ponto, vale fazer um rápido adendo para explicar os significados dos termos utilizados para diferenciar os optometristas. Explica-se serem os profissionais sem qualquer formação denominados “*práticos*”. Já aqueles com algum tipo de formação reconhecida por instituição de ensino denominados “*técnicos*” (nível médio) e “*tecnólogos ou bacharéis*” (nível superior).

Com base nas colocações até o momento apresentadas, surgem os seguintes questionamentos: não caberia ao Legislativo regulamentar esta matéria, eis que imprescindível o debate político e o diálogo institucional para democratizar a resolução da problemática? E ainda: O que a modulação dos efeitos da ADPF 131 de fato possibilita aos optometristas formados em cursos reconhecidos pelo MEC?

Para responder estas perguntas, o Dr. Nelson Nery Jr. retoma o que havia anteriormente apontado: a modulação dos efeitos de uma decisão tipicamente decorre de decisões que dão provimento a ADPF e reconhecem a inconstitucionalidade de determinada Lei. Ocorre que, apesar de inicialmente o Supremo Tribunal Federal ter concluído pela improcedência da ação, determinou, de maneira absolutamente atípica no contexto do ordenamento pátrio, a modulação dos seus efeitos, recuando em relação à possibilidade de colocar fim ao debate.

Apesar dos efeitos modulatórios, conclui o Professor em seu parecer jurídico ser a referida decisão, mesmo que implicitamente, apta a confirmar a proibição de prescrição de lentes óticas por optometristas e de suas vendas sem prescrição médica, independentemente de serem os optometristas práticos, técnicos, bacharéis ou tecnólogos (NERY, p. 21).

Com efeito, continua sendo vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica e instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos. Também segue sendo obrigatório que os estabelecimentos que comercializem lentes de grau possuam um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro das prescrições médicas.

Feitas estas constatações, baseadas exclusivamente no mandamento da decisão final do STF e na letra dos dispositivos recepcionados pela Constituição Federal de 1988, inseridos a partir da modulação dos efeitos da decisão do STF e da análise do Prof. Dr. Nelson Nery Jr., presumem-se estarem distorcidas as alegações de que “*a optometria foi autorizada pelo STF*” ou “*exames de vista podem ser realizados por optometristas*”.

Com a decisão que se tem até o presente momento e a partir da leitura da Lei nº 12.842/13 (Lei do Ato Médico), verifica-se apenas ter restado consignada a suspensão dos Decreto n. 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto n. 24.492/34 aos optometristas que ostentem curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação. Apesar disto, determinadas atividades, cuja competência é exclusiva da medicina, como diagnosticar e prescrever, somente podem ser realizadas por médico, mormente por figurar como o único profissional da saúde brasileiro que possui autorização expressa para averiguar, detectar e tratar doenças em seres humanos.

Neste ponto, de acordo com o Professor doutrinador pelo qual se reputa o presente artigo, “*a inaplicabilidade das vedações presentes nos D 20931/32 38, 39 e 41 e D 24492/34 13 e 14 aos optometristas com formação técnica superior não significou, entretanto, a equiparação entre esses profissionais e os médicos oftalmologistas (...)*” pois as atividades dos profissionais de nível técnico são limitadas pelas “*manifestações estatais a eles direcionadas.*” (NERY, 2022, P. 22).

Frisa o exímio doutrinador que as próteses oculares, ou lentes de grau, servem única e exclusivamente ao tratamento de doenças oftalmológicas, que devem ser, por óbvio, diagnosticadas apenas por médicos. E como o tratamento sucede o diagnóstico, não pode a atividade do optometrista se sobrepor ou substituir a atividade médica necessariamente antecedente, qual seja, o diagnóstico.

Portanto, não cabe ao optometrista, mesmo àquele com ensino superior – ainda que a Classificação Brasileira de Ocupações lhe permita realizar exames optométricos, aplicar próteses oculares e emitir laudos, sem a prévia prescrição médica – proceder à realização de quaisquer exames oculares invasivos, diagnosticar eventuais doenças oculares, opinar sobre procedimentos cirúrgicos envolvendo a correção de grau ou efetuar qualquer outra intervenção que esbarre nas limitações disciplinadas pela L 12842/13 – sob pena de, inclusive, potencialmente responder pelo crime de exercício ilegal da profissão de médico, nos termos do art. 282 do Código Penal.

Ademais, considerando-se que continuam vedadas as vendas de óculos sem prescrições médicas, observa-se a tendência legislativa em proibir atividades que oferecem potencial lesivo à saúde pública ocular, razão pela qual se mostra adequada a tendência legislativa de delimitar ser exclusivo do médico a competência de prescrever lentes de grau.

O Professor Nelson Nery Júnior leciona, desta forma, que a partir desta modulação, o optometrista com formação superior estaria apto as seguintes atividades: I) realizar exames optométricos. II) confeccionar lentes, mediante prescrição médica. III) adaptar lentes de contato, mediante prescrição médica. IV) montar óculos. V) aplicar próteses oculares, mediante prescrição médica VI) promover educação em saúde visual. VII) vender produtos e serviços ópticos e optométricos. VIII) gerenciar estabelecimentos. IV) se responsabilizar tecnicamente por laboratórios, estabelecimentos ópticos básicos ou plenos e centros de adaptação de lentes de contato V) emitir laudos X) confeccionar pareceres óptico-optométricos, conforme disposto na Classificação Brasileira de Ocupações.

Isto quer dizer que, quando o cliente do optometrista chegar no consultório/gabinete optométrico, após ter sido consultado com um médico que o

prescreveu lentes de grau, irá entregar a referida prescrição para o optometrista que com base naqueles parâmetros irá especificar para aquela pessoa os tipos de lentes e armações óticas que se amoldam às necessidades dela, podendo inclusive no mesmo local as referidas lentes serem confeccionadas pelo próprio optometrista, pois estes possuem o conhecimento necessário em ótica e refração para a realização deste ato.

A diferença é que após o julgamento da ADPF 131, os optometristas não mais precisam estar trabalhando dentro de uma ótica confeccionando lentes de grau, caso possuam graduação de ensino superior podem eles mesmos ter um local para a venda e confecção destas lentes, independente de estabelecimentos óticos.

Conclui-se, portanto, que de fato houve uma alteração pela modulação dos efeitos nos embargos de declaração na ADPF 131, mas insta esclarecer que esta mudança que beneficiou a optometria se refere exclusivamente ao fato de optometristas, com nível superior reconhecido pelo MEC, podem instalar gabinetes, fora de óticas assim como ocorre com consultórios médicos, a fim de escolher, aconselhar e confeccionar lentes de grau, mas desde de que seus clientes apresentem a prescrição **médica** com o CID e a indicação do tratamento corretivo. É o que se confirma pela análise do Parecer do Professor Nelson Nery Júnior.

Por fim, importante ainda destacar que em razão de não haver regulamentação legislativa, a optometria segue sendo apenas uma ocupação. Assim, a jurisprudência pátria há décadas reconhece as atividades privativas dos médicos para assegurar a proteção à saúde pública, vida e bem-estar, direito fundamental cuja garantia está expressa no art. 6º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NERY, Nelson. PARECER ADPF 131. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. LIMITES À ATUAÇÃO DE OPTOMETRISTAS COM FORMAÇÃO SUPERIOR. D 20931/32 E D.24492/34