



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Registro: 2018.0000937108

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1047416-26.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante [REDACTED], é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E MARREY UINT.

São Paulo, 27 de novembro de 2018

KLEBER LEYSER DE AQUINO

RELATOR

(Assinatura Eletrônica)

Voto nº 04701

Apelação nº 1047416-26.2016.8.26.0053

Apelante: [REDACTED]

Apelado: **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

Interessada: **CHEFE DE DIVISÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo

Magistrada: Dra. Carolina Martins Clemencio Duprat Cardoso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA Pretensão de anulação de auto de infração e de abstenção da interessada em promover fiscalização com base no **Dec. Fed. nº 20.931, de 11/01/1.932** e no **Dec. Fed. nº 24.492, de 28/06/1.934**

Sentença de denegação da segurança Pleito de reforma da sentença Cabimento em parte Constituição Federal que estipulou como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa Livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas às qualificações profissionais estabelecidas em lei Veto do art. 4º, IX, da **Lei Fed. nº 12.842, de 10/07/2.013**, que estabelecia como atividade privativa do médico a prescrição de órteses e próteses oftalmológicas

Dec. Fed. nº 20.931, de 11/01/1.932, que foi recepcionado pela **CF**, mas que deve ser interpretado sob a perspectiva da **Lei Fed. nº 12.842, de 10/07/2.013**

Possibilidade de o optometrista instalar estabelecimento, desde que não pratique atividade privativa do médico **Apelante** que demonstrou estar habilitada para o mister profissional de optometrista Precedentes do **STJ** e deste **TJ** Impossibilidade de obstar a fiscalização da **interessada** quanto às eventuais infrações do **Dec. Fed. nº 20.931, de 11/01/1.932**, e do **Dec. Fed. nº 24.492, de 28/06/1.934** Sentença reformada em parte **APELAÇÃO provida em parte**, para declarar a nulidade do auto de infração, com inversão do ônus da sucumbência.

Trata-se de **apelação** interposta por

contra a r. **sentença** (fls. 258/264), proferida nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA**, ajuizado pela **apelante** em face do ato praticado pela **Chefe de Divisão de Vigilância Sanitária do Município de São Paulo**, que **denegou a segurança**. Determinou custas e honorários advocatícios na forma da lei.

Alega a **apelante** no presente recurso (fls. 266/276), em síntese, que em 10/10/2.016 foi autuada pela Vigilância Sanitária do Município de São Paulo, por meio do Auto de Infração nº 002259, sob a alegação de que não poderia realizar exames de acuidade visual, nos termos do **Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1.932**. Assim, aponta que houve a interdição de seu estabelecimento. Sustenta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

que a prescrição de órteses e próteses oftalmológicas não é ato privativo do médico. Pede a reforma da r. sentença pra julgar procedente a ação.

Em contrarrazões (fls. 370/377), alega o apelado, em síntese, que houve a lacração do estabelecimento da apelante em virtude da ausência de Cadastro Municipal de Vigilância em Saúde. Sustenta que o local que vende lentes de grau não pode possuir aparelho próprio para exame de olhos ou oferecer "exame de vista" a seus clientes, cabendo apenas ao médico a prescrição de receita para óculos e lentes de grau. Pede a manutenção da r. sentença.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da segurança (fls. 415/423).

Recurso tempestivo e recebido, nesta ocasião, no duplo efeito, por este Relator, nos termos do artigo 1.012, "caput", do Código de Processo Civil.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela apelante, no qual objetiva a declaração de nulidade do auto de infração nº 002259 e a abstenção de autuação pela interessada com base no Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1.932 e no Decreto Federal nº 24.492, de 28/06/1.934.

Extrai-se dos autos que, **em 10/10/2.016**, o estabelecimento pertencente à apelante foi interditado em sua totalidade, com fundamento nos artigos 46 e 118, inciso X, da Lei Municipal nº 13.725, de 09/01/2.004, e no artigo 38 do Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1.932.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

A Lei Municipal nº 13.725, de 09/01/2.004, que instituiu o Código Sanitário do Município de São Paulo, estabelece nos supracitados artigos o quanto segue:

Art. 46. Os estabelecimentos industriais, comerciais e de prestação de serviços relacionados aos produtos e substâncias de interesse da saúde são responsáveis pela manutenção dos padrões de identidade, qualidade e segurança, definidos a partir de normas técnicas, aprovadas pelo órgão competente, bem como pelo cumprimento de normas de boas práticas de fabricação e de normas de boas práticas de prestação de serviços.

§1º. Os estabelecimentos referidos no "caput" deste artigo, sempre que solicitados pela autoridade sanitária, devem apresentar o fluxograma de produção e os documentos e instrumentos que expressem o cumprimento das normas de boas práticas de fabricação e de prestação de serviços.

§2º. Deve ser assegurado ao trabalhador o acesso aos documentos e instrumentos que expressem o cumprimento de normas de boas práticas de fabricação e de normas de boas práticas de prestação de serviços.

Art. 118. As infrações sanitárias, sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com penalidades de:

(...)

X. interdição parcial ou total do estabelecimento, seções, dependências e veículos; (negritei)

Por sua vez, o Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1.932, que regula e fiscaliza o exercício da medicina, odontologia, medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, estabelece no artigo 38:

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 oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias. (negritei)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Depreende-se, portanto, que houve a interdição total do estabelecimento da apelante em virtude do que determina o supracitado Decreto Federal, no tocante à proibição de instalação de consultórios, por optometristas, para atendimento de clientes.

Pois bem, a Constituição Federal de 1.988 destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, a segurança e o desenvolvimento como valores supremos da sociedade, conforme previsto no Preâmbulo¹, estabelecendo os fundamentos da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, dos quais se destacam a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III. a dignidade da pessoa humana;

(...)

IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (negritei)

Ainda, o constituinte dispôs, também, que o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão, desde que atendidas às qualificações profissionais estabelecidas em lei, configura um direito fundamental. "Verbis":

¹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade**, a segurança, o bem-estar, o **desenvolvimento**, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (negritei)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII. é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (negritei)

Por sua vez, a Lei Federal nº 12.842, de 10/07/2.013, conhecida como Lei do Ato Médico, sofreu veto em seu artigo 4º, inciso IX, que atribuía a “prescrição de órteses e próteses oftalmológicas” como sendo ato privativo do médico:

Art. 4º. São atividades privativas do médico:

(...)

IX. prescrição de órteses e próteses oftalmológicas; (VETADO) (negritei)

Nas razões de veto, constou:

No caso do inciso IX, **a Organização Mundial da Saúde e a Organização Pan-Americana de Saúde já reconhecem o papel de profissionais não médicos no atendimento de saúde visual, entendimento este que vem sendo respaldado no País pelo Superior Tribunal de Justiça. A manutenção do texto teria um impacto negativo sobre o atendimento à saúde nessas hipóteses.** (negritei)

Entende-se, assim, que, com o referido veto, **a prescrição de órteses e próteses oftalmológicas não é uma atividade privativa do médico**, de forma que a mencionada prescrição pode ser efetuada por profissionais não médicos.

Dessa forma, o Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1.932,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

uma vez recepcionado pela Constituição Federal de 1.988, deve ser interpretado à luz dos direitos e garantias estabelecidos na referida Constituição, bem como à luz da Lei Federal nº 12.842, de 10/07/2.013, cujo inciso que previa a prescrição de órteses e próteses oftalmológicas como ato privativo do médico foi **vetado**.

Assim, entendo que não é possível a instalação de consultórios por optometristas para atender clientes relativamente a atividades privadas do médico, isto é, aqueles atos elencados no artigo 4º da Lei Federal nº 12.842, de 10/07/2.013. Em outras palavras, compreendo que é possível a instalação de estabelecimentos por optometristas, **desde que não realizem atividade privativa médica**.

Logo, diante do veto, constata-se ser possível a instalação de estabelecimento pelos optometristas para a prática de atividades não privadas do médico, dentre elas a prescrição de órteses e próteses oftalmológicas. Entender o contrário seria violar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1.988, quanto ao livre exercício da profissão, do trabalho e da livre iniciativa.

Ressalta-se, por oportuno, que a profissão de optometrista também é regulada pelo artigo 3º do Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1.932², com atribuições previstas na Portaria nº 397, de 09/10/2.002 (Classificação Brasileira de Ocupações), Item 3223³, de modo que, a apelante demonstrou estar habilitada para o exercício profissional, tendo juntado certificado de conclusão do curso "Tecnologia em Óptica e Optometria" cursado na [REDACTED] (fl. 39) e identificação de filiação ao Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (fls. 40/41).

A propósito, o C. Superior Tribunal de Justiça assim já se manifestou:

PROCESSO CIVIL ADMINISTRATIVO MANDADO DE SEGURANÇA
PROFISSIONAL DA OPTOMETRIA RECONHECIMENTO PELO MINISTÉRIO DA
EDUCAÇÃO PRECEDENTE/STJ LEGITIMIDADE DO ATO EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

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 humanos. Esses princípios, consoante os pós-positivistas, influem na exegese da legislação

² Art. 3º. Os optometristas, práticos de farmácia, massagistas e duchistas estão também sujeitos à fiscalização, só podendo exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação a juízo da autoridade sanitária. ³ 3223: Ópticos optometristas

Áreas de atividades

A) Realizar exames optométricos

1) Fazer anamnese

2) **Medir acuidade visual**

3) Analisar estruturas externas e internas do olho

4) Mensurar estruturas externas e internas do olho

5) Medir córnea (queratometria, paquimetria e topografia)

6) Avaliar fundo de olho (oftalmoscopia)

7) Medir pressão intra-ocular (tonometria) 8) Identificar deficiências e anomalias visuais 9) Encaminhar casos patológicos, a médicos.

10) Realizar testes motores e sensoriais

11) Realizar exames complementares

12) Medir refração ocular (refratometria e retinoscopia)

13) **Prescrever compensação óptica**

14) Recomendar auxílios ópticos

15) Realizar perícias optométricas e em auxílios ópticos (negritei)

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 eqüitativa 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. Consectariamente, nas questões inerentes à inscrição nos Conselhos Profissionais, esses cânones devem informar a atuação dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

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 quando 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 oftalmologia, 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

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 03/11/2.008)** (negritei)

No mesmo sentido, é o entendimento deste C. Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA Pretensão de obter licença para a atividade de optometrista
É livre o exercício profissional, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer Curso técnico regulamentado pelo MEC **As limitações constantes nos Decretos nºs 20.931/1932 e 24.492/1934 proíbem o técnico da óptica de praticar atos privativos de médico oftalmologista, inclusive instalar consultório para atender clientes sem prescrição médica Hipótese em que o impetrante não objetiva a instalação de consultório médico** Reforma para conceder a segurança Recurso provido. **(Apelação nº 1002366-29.2016.8.26.0165; Rel. Des. Paulo Galizia; Comarca: Dois Córregos; Órgão Julgador: 10ª Câm. de Direito Público; Data do Julgamento: 04/09/2.017; Data de Registro: 06/09/2.017)** (negritei)

Desta forma, deve ser reformada a r. sentença de 1ª instância para **ser concedida em parte a segurança pleiteada** pela apelante, notadamente a declaração de nulidade do auto de infração nº 002259, que promoveu a interdição do estabelecimento da apelante, com fundamento nos artigos 46 e 118, inciso X, da Lei Municipal nº 13.725, de 09/01/2.004, e no artigo 38 do Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1.932.

Quanto ao pedido de abstenção de autuação pela interessada com base no Decreto Federal nº 20.931, de 11/01/1.932 e no Decreto Federal nº 24.492, de 28/06/1.934, que baixou instruções acerca do primeiro decreto, este não merece acolhimento, pois, entendendo não ser possível impedir a interessada que atue na fiscalização de eventuais estabelecimentos que estejam infringindo o Decreto nº 20.931, de 11/01/1.932 e o Decreto Federal nº 24.492, de 28/06/1.934, posto que,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

conforme exposto acima, não é possível a instalação de consultórios para atender clientes relativamente às atividades privativas de médico.

Desta forma, justifica-se a impossibilidade de impedir a fiscalização pela interessada.

Assim, desnecessários mais argumentos.

Ante a inversão do julgamento, diante da sucumbência de parte mínima da apelante, deve o apelado ser condenado a restituir as custas/despesas processuais eventualmente pagas pela apelante, conforme disposto no artigo 6º da Lei Estadual nº 11.608, de 29/12/2.003².

Sem fixação de honorários, ante o rito eleito do mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2.009³.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO EM PARTE** à presente **apelação**, para **reformar** a r. **sentença**, para declarar a **nulidade do Auto de Infração nº 002259**, que promoveu a interdição do estabelecimento da apelante. Ante a sucumbência de parte mínima da apelante, condeno o apelado à restituição de custas/despesas processuais eventualmente pagas pela apelante, conforme disposto no artigo 6º da Lei Estadual nº 11.608, de 29/12/2.003.

KLEBER LEYSER DE AQUINO
RELATOR
(Assinatura Eletrônica)

² Art. 6º. A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária.

³ Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.