



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO
PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

JOSÉ ROBERTO LOPES DA SILVA FILHO

OPTOMETRIA E PRESTAÇÃO AUTÔNOMA DE SERVIÇO: A CONDIÇÃO
JURÍDICA DA OPTOMETRIA NO BRASIL PÓS-88

FORTALEZA-CEARÁ

2015

JOSÉ ROBERTO LOPES DA SILVA FILHO

OPTOMETRIA E PRESTAÇÃO AUTÔNOMA DE SERVIÇO: A CONDIÇÃO JURÍDICA
DA OPTOMETRIA NO BRASIL PÓS-88

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, em parceria com a Escola Superior do Ministério Público do Ceará, como requisito parcial de obtenção da certificação de Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional.

Orientador: Prof. Ms. Gustavo Tavares Cavalcante Liberato

FORTALEZA-CEARÁ

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Estadual do Ceará

Sistema de Bibliotecas

Filho, José Roberto Lopes da Silva.

Optometria e prestação autônoma de serviço: a condição jurídica da optometria no Brasil pós-88 [recurso eletrônico] / José Roberto Lopes da Silva Filho. - 2015.

1 CD-ROM: 4 ¼ pol.

CD-ROM contendo o arquivo no formato PDF do trabalho acadêmico com 47 folhas, acondicionado em caixa de DVD Slim (19 x 14 cm x 7 mm).

Monografia (especialização) - Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional, Fortaleza, 2015.

Orientação: Prof. Me. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

1. Optometria. 2. Optometrista. 3. Legalidade. 4. Livre exercício profissional. 5. Ato Médico. I. Título.

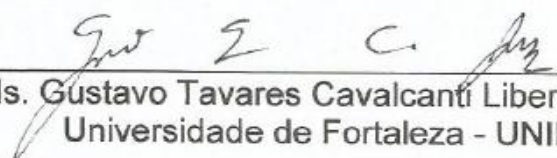
JOSÉ ROBERTO LOPES DA SILVA FILHO

OPTOMETRIA E PRESTAÇÃO AUTÔNOMA DE SERVIÇO: a condição jurídica da
optometria no Brasil pós -88

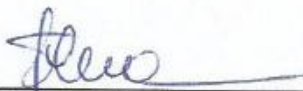
Monografia apresentada ao Curso
de Especialização em Direito
Constitucional e Direito Processual
Constitucional do Centro de
Estudos Sociais Aplicados da
Universidade Estadual do Ceará,
como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista.

Aprovada em: 10/12/2015

BANCA EXAMINADORA


Profº Ms. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato (Orientador)
Universidade de Fortaleza - UNIFOR


Profª. Drª. Rosila Cavalcante de Albuquerque
Universidade Estadual do Ceará- UECE


Profª. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima Paleni
Universidade Estadual do Ceará – UECE

RESUMO

Há anos existe uma divergência jurídica entre oftalmologistas e optometristas sobre de quem é a real competência para prescrever órteses e próteses oftalmológicas. Vale esclarecer que órteses: são objetos utilizados junto ao corpo temporariamente como, por exemplo, óculos e lentes de contato; enquanto próteses: são objetos implantados ao corpo. Os oftalmologistas defendem que tal prescrição é exclusiva de ato médico enquanto os optometristas defendem argumentação contrária e advogam que a atividade da optometria, é reconhecida desde 1932 pelo decreto 20.931 e que sua atividade está regulamentada pelo Código Brasileiro de Ocupações. Este trabalho pretende primeiramente conceituar tanto a palavra “Optometria”, como a atividade do “Optometrista”, analisando os aspectos jurídicos e legais existentes na Constituição atual e em demais Leis infraconstitucionais, demonstrando que a competência para prescrição dessas órteses e próteses oftalmológicas não pertencem exclusivamente aos profissionais médicos. Do tipo exploratória, a pesquisa focou-se sobre os direitos fundamentais da Constituição atual, principalmente no que diz respeito ao valor social do trabalho e da livre iniciativa, bem como o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer, onde foram utilizados métodos de pesquisa bibliográfica e observância do respeito à dignidade humana do profissional em Optometria, uma vez que se partiu do princípio de que: o trabalho dignifica o homem. Tem o objetivo de demonstrar, dentro do plano constitucional, o direito de uma pessoa optar em exercer livremente, ou seja, sem interferência dos órgãos públicos todo e qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações legais exigidas, caso haja tal qualificação expressa em Lei. Essa demonstração será feita através da evolução histórica e jurídica do ordenamento jurídico brasileiro, analisando todas as Leis inerentes à categoria de Optometrista até o momento atual, demonstrando quais aspectos constitucionais são relevantes para constatar a legalidade da profissão e concluindo que qualquer cidadão tem o direito de exercer livremente a profissão de Optometrista e sem a intervenção do Estado desde que legalmente habilitado.

Palavras-chave: Optometria. Optometrista. Legalidade. Livre Exercício Profissional . Ato Médico.

ABSTRACT

For years there is a legal difference between ophthalmologists and optometrists about who is the real power to prescribe orthotics and prosthetic eye. It is worth clarifying that orthotics: objects are used by the body temporarily, for example, glasses and contact lenses; while prostheses: objects are deployed to the body. Ophthalmologists argue that such prescription is exclusive of medical act as optometrists defend and advocate that argument contradicts the activity of Optometry, has been recognized since 1932 by Decree 20,931 and its activity is regulated by the Brazilian Code of Occupations. This paper aims first to conceptualize both the word "Optometry" as the activity of "Optometrist", analyzing the legal and juridical aspects existing in the current Constitution and other infra-constitutional laws, showing that the power to prescribe these implants and ocular prostheses do not belong exclusively to medical professionals. The exploratory, research focused on fundamental rights of the current Constitution, especially with regard to the social value of work and the free initiative and the free exercise of any work, office or profession, met the qualifications that law establish, where they were used methods of literature and observance of respect for human dignity Professional Optometry, since it is assumed that: the work dignifies man. It aims to demonstrate, within the constitutional level, the right of a person chooses to exercise freely, ie without interference from all public agencies and any work, trade or profession, provided that the required legal qualifications met, if there is such a qualification expressed in law. This statement will be made through the historical and legal evolution of the Brazilian legal system, analyzing all laws related to the category of Optometrist to the present time, showing which constitutional aspects are relevant to establish the legality of the profession and concluding that any citizen You have the right to freely exercise the profession of Optometrist without state intervention since legally qualified

Keywords: Optometry. Optometrist. Legality. Free professional exercise. Medical Act Law

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	NOÇÕES DE TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1	DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: EXPRESSÕES SINÔNIMAS?.....	10
2.2	DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUA EVOLUÇÃO E COMPREENSÃO ATUAL.....	12
2.3	CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.4	PERSPECTIVAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
2.5	NATUREZA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: NORMAS–REGRA VERSUS NORMAS–PRINCÍPIO.....	19
3	EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	21
3.1	CLASSIFICAÇÃO DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA VISÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA.....	21
3.2	EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
3.2.1	Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais.....	24
3.2.2	Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.....	25
4	CONDIÇÃO JURÍDICA DA OPTOMETRIA NA REALIDADE CONSTITUCIONAL PÓS-88.....	27
4.1	4.1 RECORTE HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO REGIME JURÍDICO DA OPTOMETRIA NO BRASIL.....	27
4.2	TEORIA DA RECEPÇÃO E OS ARTIGOS 38 E 39 DO DECRETO Nº 20.931/32.....	29
4.3	STATUS DA QUESTÃO APÓS A “LEI DO ATO MÉDICO” (LEI Nº 12.842/13): UMA INTERFACE COM A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO AO CASO.....	32
5	CONCLUSÃO.....	37
	REFERÊNCIAS.....	39
	ANEXOS.....	41

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (2010, p. 1514), optometria é um substantivo feminino que deriva de duas palavras gregas, *opto*: que significa visão, mais *metria*: que quer dizer medir, sendo assim optometria nada mais é do que medida da visão.

Com essa definição fica fácil de perceber que *optometrista* equivale a um especialista em optometria, ou seja, um especialista em medida da visão, segundo dicionário Aurélio da língua portuguesa (2010, p. 1514,).

De Lima (2014, p. 13), traz definições mais abrangentes sobre Optometria e Optometrista dizendo o seguinte:

A Optometria é a ciência da área da saúde ligada à física que trata da visão principalmente dos problemas de saúde primários, não patológicos, sobre o ponto de vista físico. O Optometrista não utiliza nenhum procedimento ou conhecimento invasivos, ele só observa e aplica técnicas de avaliação quantitativa e qualitativa do sistema de visão do paciente e é considerado preventivo. Caso o profissional encontre qualquer problema ou alteração ocular de origem patológica, ele está apto a reconhecê-lo e a encaminhar a um especialista. O papel do Optometrista é avaliar e medir a estrutura da visão em aspectos funcionais e comportamentais, além de propor meios ópticos de correção dos defeitos encontrados no globo ocular.

O mesmo autor fecha sua linha de raciocínio e informação sobre a área e o profissional pesquisado com uma importante informação (2014, p. 15):

O optometrista é preparado para resolver alterações visuais não patológicas, que representam quase 80% de todos os casos de problemas visuais.

A escolha da pesquisa se deu após prestação autônoma de assessoria jurídica a esses profissionais, momento em que se observa que, muito embora a maioria dos cursos de Optometria no país tenha o nível técnico, a carga horária utilizada para a formação destes profissionais, é bem maior que a carga horária utilizada nas residências médicas (para formação de oftalmologistas), no que diz respeito a exames de refração e acuidade visual, restando ao optometrista uma importante função social uma vez que estes, ao contrário dos oftalmologistas, desbravam os lugares mais afastados nos Estados do nosso país, levando, com muita qualidade, acesso a atenção primária da saúde visual para pessoas que dificilmente teriam essa oportunidade, salvando-as de uma possível cegueira absoluta.

Observou-se também que pessoas, após várias consultas com oftalmologistas, foram também saídas da cegueira absoluta após consulta com um profissional da área da optometria, devido ao maior preparo do conhecimento ofertado por essa maior carga horária,

legitimando assim a grande importância social que este profissional exerce perante a sociedade.

Alheio ao comentário acima, o Art. 1º, da nossa Constituição (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) traz como um dos seus princípios fundamentais: “os valores sociais do trabalho”, isso significa dizer que o trabalho é algo fundamental para nossa lei maior que é a Constituição Brasileira, pois sem trabalho a pessoa não tem, na sua plenitude, o alcance à sua dignidade humana contemplada, pois o trabalho dignifica o homem.

O Art. 5º, inciso XIII, também da nossa Constituição (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) determina que: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a Lei estabelecer”, porém a minoria das profissões no Brasil não possui leis estabelecendo essas qualificações.

E quando essas qualificações não estão postas em Lei infraconstitucional, o direito fundamental de exercer livremente seu trabalho, ofício ou profissão pode deixar de ser concretizado? Sendo assim, se não existe Lei estabelecendo que a prescrição de órtese prótese oftalmológica seja ato exclusivo de médico, o optometrista pode fazer essa prescrição?

Desta forma, o Optometrista pode ou não atuar na atenção primária da saúde visual, uma vez que, quem expõe o quê o profissional da Optometria pode executar, é a portaria 397 elaborada pelo Ministério Público do Trabalho e Emprego e apresentada neste trabalho em anexo?

Como se deve interpretar os artigos 38 e 39 do decreto lei 20.931/1932, conforme o princípio da máxima efetividade, uma vez que o médico, após a lei do ato médico, não detém mais a competência exclusiva para prescrever órtese e prótese oftalmológica? Será possível nos dias atuais afirmar que a lei 12.842/2013 (Lei do Ato Médico), revogou ou derogou os artigos 38 e 39 do decreto 20.931/1932, possibilitando assim, aos profissionais da Optometria atuarem na atenção primária da saúde visual? Ou, o que esta lei fez foi apenas autorizar aos profissionais da Optometria atuarem de forma a auxiliar os profissionais médicos?

Ai estão os questionamentos que deverão ser enfrentados de forma constitucionalmente técnica neste trabalho que, do tipo exploratória focou-se sobre os direitos fundamentais da Constituição atual, principalmente no que diz respeito ao valor social do trabalho e da livre iniciativa, bem como o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou

profissão, onde foram utilizados métodos de pesquisa bibliográfica e observância do respeito à dignidade humana do profissional em Optometria.

Para tanto, a pesquisa adentrou nas noções da teoria dos direitos fundamentais diferenciando inicialmente os direitos humanos dos direitos fundamentais, tratou da evolução e compreensão atual das dimensões dos direitos fundamentais e de algumas características, se propôs a investigar a importância das perspectivas subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais e diferença entre normas-regra e normas-princípio.

Num segundo momento a pesquisa preocupa-se em investigar a eficácia das normas constitucionais analisando principalmente a fundamental classificação na visão do jurista José Afonso da Silva bem como o comportamento da eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais.

Por fim a pesquisa mostra a condição jurídica da Optometria perante a realidade constitucional após 1988 inicialmente apresentando um recorte histórico-evolutivo do ordenamento jurídico da Optometria no Brasil, posteriormente analisa se os artigos 38 e 39 do decreto 20.931/32 foram recepcionados pela Constituição atual e finaliza a pesquisa demonstrando essa condição jurídica após publicação da Lei do Ato Médico, com fundamento no princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Informa-se ainda que todos os capítulos da pesquisa tem o objetivo e a finalidade de demonstrar o direito tecnicamente constitucional que esses profissionais tem de exercer sua profissão, assim como a população menos favorecida tem o direito de receber esse atendimento tão importante para sua saúde visual.

2 NOÇÕES DE TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este capítulo versa inicialmente apresentar a diferença entre “direitos humanos e “direitos fundamentais” demonstrando como os direitos fundamentais podem evitar abusos de autoridade possivelmente cometidos pelo próprio Estado.

Em seguida trata da evolução histórica dos direitos fundamentais através de suas dimensões esclarecendo que uma dimensão não se extingue com o surgimento de uma nova dimensão constitucional.

Informa ainda características peculiares dos direitos fundamentais passando pela distinção e importância da atuação das perspectivas subjetivas e objetivas e é finalizado com a explanação da diferença entre a natureza das normas-regra e das normas-princípio, demonstrando sua importância para a sociedade bem como para o profissional pesquisado.

2.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: EXPRESSÕES SINÔNIMAS?

Segundo Marmelstein (2014, p. 23,24), “Direitos Humanos” é uma expressão utilizada para identificar valores normativos trazidos em tratados, pactos ou convenções internacionais enquanto “Direitos Fundamentais” são expressões utilizadas para identificar valores normativos positivados em uma Constituição.

Seguindo essa linha de raciocínio Bonavides (p. 560, 2010) ensina que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tal”.

O trazido até o momento, não foi ainda, capaz de expressar a importância dos direitos fundamentais em uma Constituição e visando preencher essa lacuna, pode - se citar Marmelstein, o qual aduz (2014, p. 15):

Os direitos fundamentais são os valores básicos para uma vida digna em sociedade e eles estão intrinsecamente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, pois em um ambiente de opressão do Estado não há espaço para uma vida digna.

O mesmo Marmelstein (2014, p. 17) ensina ainda que:

Os Direitos Fundamentais, que tem a Constituição como fonte primaria, são normas jurídicas intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais são tão importantes para a vida de um cidadão, que Bulos (2007, p.401), afirma que: “Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.

Para exemplificar a importância das garantias fundamentais para os indivíduos, observa-se o que determina o princípio da legalidade, que está posto no inciso II, do Art. 5º da Constituição Federal (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) e que traz a seguinte redação: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Bem, este princípio é exercido de forma diferente entre o particular e a administração pública, quer dizer, para o particular: nada que está proibido, está permitido, ou seja, para que o particular não possa fazer algo ou alguma coisa, isso deve estar previsto em Lei, por exemplo: é proibido ingerir bebida alcoólica e logo após dirigir. Em contra ação, a administração pública só poderá fazer algo caso a Lei obrigue ou permita.

Ainda a título de exemplo muitas vezes a vigilância sanitária, ao fiscalizar uma óptica, argumenta uma infração instada no Art. 16 do Decreto 24.492/1934 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24492.htm) que traz a seguinte redação:

O estabelecimento comercial de venda de lentes de grau não pode ter consultório médico, em qualquer de seus compartimentos ou dependências, não sendo permitido ao médico sua instalação em lugar de acesso obrigatório pelo estabelecimento.

O que se pode perceber é que existe uma vedação de consultórios de **médicos e não de Optometristas** no interior de uma óptica, porém, geralmente, o fiscal sanitário ao encontrar um Optometrista com seu consultório no interior de uma óptica, automaticamente faz uma análise prejudicial ao profissional, análise essa não contemplada ou permitida por Lei.

Ora, se não existe uma Lei proibindo um Optometrista de atender no interior de um estabelecimento de venda de lentes de grau, é por que essa prática lhe é permitida, o que não ocorre com relação aos médicos, caracterizando assim, crime de abuso de autoridade, caso a autoridade sanitária intente revogar o alvará de funcionamento do estabelecimento por esse motivo, conforme Art. 3º, alínea j. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm)

Lei 4.898/1965;

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Sendo assim concluímos que enquanto os direitos humanos estão presentes nas cartas internacionais os direitos fundamentais são facilmente encontrados em nossa constituição de modo que ambos carregam a mesma importância e buscam também frear a atuação da administração pública, impossibilitando ofensa à dignidade da pessoa humana.

2.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUA EVOLUÇÃO E COMPREENSÃO ATUAL

A sociedade como um todo, desenvolve sua cultura, seus comportamentos e suas necessidades ano após ano e, como não poderia deixar de ser, o direito, obrigatoriamente acompanha esses desenvolvimentos sociais proporcionalmente.

Sendo assim as dimensões dos direitos fundamentais dizem respeito a evolução dos direitos do homem e levantam, os valores do lema da bandeira defendida na Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, conforme pensamento de Novelino (2010, p.355), “ocorreu no final do século XVIII com as revoluções liberais (francesa e norte-americana) onde a principal reivindicação era a limitação do poder do Estado em razão das liberdades individuais”.

Nesta época nasceram as primeiras Constituições escritas consagrando os direitos civis e políticos no mundo, que por sua vez valoraram o lema da *liberdade*, consagrado na Revolução Francesa, Marmelstein, (2014, p.31), ensina que:

Os direitos fundamentais foram criados, inicialmente, como instrumento de limitação do poder estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade. Ou seja, eles surgiram como barreira ou escudo de proteção dos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado em sua vida privada e contra o abuso do poder.

São exemplos de Direitos Fundamentais de primeira dimensão dentre outros, princípio da legalidade, já exemplificado no final do tópico **1.1**, a liberdade profissional garantida pela nossa Constituição, bem como à inviolabilidade de domicílio, trazida pela Constituição de 1988, no seu Art. 5º, inciso XI o qual reza que: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, segundo Marmelstein (2014, p. 44,45,46;48), surgiram com um propósito diferente dos direitos fundamentais de liberdade negativa, é que no século XIX após a revolução industrial o mundo presenciou um momento de grande desenvolvimento, porém, este desenvolvimento acontecia sem o devido respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais de grande parte da população principalmente aos trabalhadores.

Desta forma, o Estado não estabelecia carga horária semanal de trabalho, salário mínimo, direito a descanso remunerado semanal, muito menos férias. Estes problemas acarretaram revoltas entre os trabalhadores que aos poucos foram se organizando politicamente para dia após dia lutarem por melhores condições de trabalho e, conseqüentemente por melhores condições de vida.

Desta forma, se percebeu que o Estado deveria atuar de “forma positiva”, ao contrário do que acontecia na primeira dimensão dos direitos fundamentais, para que se pudesse impor e, conseqüentemente, assegurar os direitos: sociais, culturais e econômicos dos seus trabalhadores e do seu povo.

Bulos (2007, p.403) assinala:

A segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais consagra o terceiro lema da bandeira defendida na Revolução Francesa: a “fraternidade”.

Essa dimensão de direitos fundamentais nasceu, no final do século XX com a preocupação de amenizar as diferenças entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos e objetiva privilegiar os direitos difusos (direitos destinados à todos sem distinção de grupos sociais) bem como os direitos coletivos (direitos destinados à um determinado grupo social), segundo ensina Novellino (2010, p.356). Nesse sentido Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p.103) destacam:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão não se destinam especificamente a proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado. Sua titularidade é difusa ou coletiva, haja vista que tem por preocupação a proteção de coletividades, e não do homem individualmente considerado. Representam uma nova e relevante preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras, expressando a idéia de fraternidade e solidariedade entre os diferentes povos e Estados soberanos.

Bonavides (2010, p.569) ao exemplificar os direitos desta dimensão como “os relacionados ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.

Vale salientar, segundo Novelino (2010, p.356) que:

Com base na doutrina de Karel Vasak, “o direito à paz” era classificado por Bonavides como um direito de terceira geração. Todavia, atualmente o grande mestre cearense vem sustentando que “a paz” enquanto axioma da democracia participativa é um direito fundamental de quinta geração.

Novelino (2010, p.14) ensina ainda que:

A quarta dimensão de direitos fundamentais pode ser associada à pluralidade. São direitos como a democracia, a informação, e o pluralismo, os quais foram introduzidos no âmbito jurídico em razão da globalização política.

Bonavides (2010, p. 572) observa que:

Esses direitos compreendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social, sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Lenza, (2012, p.960) diz ainda que:

Segundo orientação de Norberto Bobbio, referida dimensão de direitos decorreria dos avanços na engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético. Segundo o mestre italiano: ... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta dimensão, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos de pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio de cada indivíduo.

Bonavides (2010, p.590, 591) tecendo comentários ao direito fundamental de quinta dimensão, entende que a paz dever ser classificada em dimensão autônoma pois a “a paz” é axioma da democracia participativa e supremo direito da humanidade, aduzindo ainda que:

O direito a paz é direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.

Direito ora impetrado na qualidade de direito universal do ser humano.

Quem conturbar essa paz, quem a violentar, quem a negar, cometerá, à luz desse entendimento, crime contra a sociedade humana.

Após o comentário das dimensões mais difundidas na nossa doutrina até o momento, interessante se faz apresentar o ensinamento dos autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p.104) os mesmos dizem:

Finalmente, vale ressaltar que uma nova dimensão de direitos fundamentais não implica substituição ou caducidade dos direitos das gerações antecedentes. Ao revés, os direitos das dimensões antecedentes permanecem plenamente eficazes, e atuam como infraestruturais das dimensões seguintes. O que acontece, na maioria das vezes, é que os direitos integrantes de uma geração antecedente ganham uma outra dimensão, novo conteúdo e alcance, com o surgimento de uma dimensão sucessiva. Os direitos das dimensões posteriores se transformam em pressupostos para compreensão e realização dos direitos da geração anterior. Por exemplo: o direito individual de propriedade, de primeira dimensão, nasceu no Estado liberal, com feição tipicamente privada, portanto; com o surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais, adquiriu feição tipicamente social, a partir da exigência dos textos constitucionais de que a propriedade atenda à sua função social; modernamente, com o reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, a propriedade deverá respeitar, também, as leis ambientais.

Concluimos então que as dimensões dos direitos fundamentais se deram da necessidade da construção de direitos inerentes ao homem, através de um processo histórico que foi evoluindo conforme a evolução da própria sociedade no que diz respeito às relações entre o Estado e o particular, de modo que esses direitos fundamentais nunca deixam de existir com o surgimento das novas dimensões.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo ensinamento de Novellino (2010, p.353) “Os direitos fundamentais possuem certas características particulares que os identifica e distingue dos demais direitos”.

Da Silva (2006, p.180, 181) ensina ainda que:

Esse tema desenvolveu-se à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis.

Vale salientar que não existe consenso entre os doutrinadores na descrição dessas características, pois enquanto um autor traz um rol mais amplo, outro apresenta uma descrição menor na quantidade dessas características.

Universalidade: destina os direitos fundamentais, a todos os seres humanos de forma indiscriminada, pois a dignidade da pessoa humana é um valor que deve estar presente em qualquer sociedade independente de credo, raça, sexo, convicção política, filosófica, mesmo que os aspectos culturais ou costumeiros devam ser respeitados segundo Novellino (2010, p.353).

Canotilho (2003, p.416, 417) ensina ainda que:

O processo de constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou, a pessoa, o homem como centro da titularidade de direitos, de modo que os direitos

humanos são direitos de todos os humanos e não apenas direitos dos cidadãos, a não ser quando a constituição ou a lei (com autorização constitucional) estabeleça uma reserva de direitos.

Historicidade: é mais uma característica dos direitos fundamentais e segundo Da Silva (2006, p.181) ensina que os direitos fundamentais “são históricos como qualquer direito. Nasceram, modificaram-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos”.

Imprescritibilidade: é uma característica dos direitos fundamentais pois, segundo os ensinamentos de Da Silva (2006, p.181) diz que:

Nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrença temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Inalienabilidade: essa propriedade implica dizer que uma pessoa não pode transferir seus direitos fundamentais para outra pessoa. Nesse ponto Da Silva (2006, p.181) comenta: “São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer porque são indisponíveis”.

Indisponibilidade: é uma particularidade que segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo (2013, p. 145, 146) tem o mesmo significado da característica anterior (inalienabilidade) e garante que uma pessoa, não pode dispor a título gratuito ou oneroso, dos seus direitos fundamentais, ou seja, “não é livre o suficiente para se desfazer dos seus direitos fundamentais”.

Inviolabilidade: é a característica que segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p.101), garante que uma pessoa não pode ter seus direitos fundamentais violados pelas autoridades, muito menos por uma lei infraconstitucional.

Efetividade: é a característica que obriga que o poder público a garantir e viabilizar a eficácia do cumprimento dos direitos fundamentais conforme ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p. 101).

Interdependência: essa propriedade é apresentada por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p. 101), da seguinte forma:

As várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas interpretações para atingirem suas finalidades; assim, a liberdade de locomoção esta

intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como à previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial.

Complementaridade: essa característica ensina que “os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente e sim de forma conjunta com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador”, conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012 p. 101).

Essas características dotam os indivíduos de direitos fundamentais para o convívio em sociedade, que por sua vez estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade humana, princípio este tão debatido devido sua grandeza e importância para nossa Constituição.

2.4 PERSPECTIVAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, diz respeito a obrigação que o Estado tem, de garantir os direitos fundamentais à cada pessoa da sociedade de forma individual, garantindo inclusive o desenvolvimento de mecanismos eficazes de respeito, proteção e promoção desses direitos fundamentais.

A garantia desses direitos se dá, em primeiro plano, através de normas jurídicas negativas, que por sua vez freiam a atuação do Estado bem como de quem quer que esteja obrigado com o sujeito passivo, a fim de se evitar possíveis abusos de autoridades, e geralmente vêm insculpidos na constituição de um País estando diretamente ligados a idéia de dignidade da pessoa humana, que no Brasil, é um dos principais fundamentos estruturante da República.

Esses direitos fundamentais exercem uma força normativa tão importante, que Marmelstein (2014, p. 298) faz o seguinte comentário:

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas, são direitos exigíveis e justificáveis, ou seja, podem ter aplicação forçada através do Poder Judiciário. É o que os constitucionalistas chamam de (perspectiva) “dimensão subjetiva”, expressão que simboliza a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para seus titulares, reivindicáveis na via judicial. Assim, caso o Poder Público deixe de cumprir com os deveres de respeito, proteção e promoção a que está obrigado, poderá ser compelido a fazê-lo forçadamente por força de um processo judicial.

Após análise de tudo que foi dito até agora, interessante se faz a seguinte pergunta: e quando o direito fundamental não está posto nem na Constituição e nem em norma infraconstitucional? Marmelstein (2014, p.302) aponta.

Em hipótese alguma um direito fundamental pode deixar de ser concretizado pela ausência de lei. Se determinado direito fundamental está deixando de ser efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao judiciário tomar as medidas cabíveis para que o direito não fique sem efetividade. Em outras palavras: o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar dado direito fundamental, pode (e deve) atuar independente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir autorização a ninguém muito menos ao legislador.

A aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais implica, ainda, o reconhecimento da possibilidade de surgirem direitos subjetivos diretamente da Constituição. Ou seja, a norma constitucional torna-se fonte direta de comandos e obrigações aos órgãos públicos, com força normativa autônoma, independente de qualquer regulamentação.

Sendo assim, qual a análise que se deve fazer, dentro de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, de uma profissão cujas qualificações de seu exercício, não foram estabelecidas em Lei, conforme mandamento do Art. 5º, inciso XIII, da Constituição vigente?

Art. 5º

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer.

Em 2002 foi dada entrada no Senado Federal, através do Senador Benício Sampaio, do Piauí, o projeto de lei de número 268 apelidado por projeto do ato médico que por sua vez, teve o objetivo de estabelecer quais os atos e procedimentos terão competência exclusiva dos profissionais médicos (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/53750>).

Neste projeto, mais precisamente no artigo 4º, inciso IX, dizia que: “São atividades privativas do médico a prescrição de órteses e próteses oftálmicas” (http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_médico).

Em 2013 nasceu a Lei 12.842 conhecida pela alcunha de Lei do Ato Médico (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm) que vetou o mandamento acima citado retirando dos médicos, a competência privativa da prescrição de órteses e próteses oftálmicas, ocasião em que a justificativa utilizada para tanto, foi a de que: “a manutenção do texto original do projeto 268 traria impacto negativo ao atendimento à saúde nessas hipóteses, segundo as razões do veto” apresentadas na mensagem presidencial de número 287 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-287.htm).

Além do que fora explicado acima, os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p.143), ensinam que:

Assim, enquanto não estabelecidas em lei as qualificações para o exercício de determinada profissão, qualquer indivíduo poderá exercê-la. Quando estabelecidas as qualificações

profissionais pelo legislador, somente aqueles que cumprirem tais qualificações poderão exercer a profissão.

Sendo assim, o Optometrista pode ou não atuar na atenção primária da saúde visual, uma vez que, quem expõe o quê o profissional da Optometria pode executar, é a portaria 397 elaborada pelo Ministério Público do Trabalho e Emprego e apresentada neste trabalho em anexo?

Já a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, se dá dentro de uma idéia de que os direitos fundamentais exercem um valor axiológico dentro do ordenamento jurídico de um país, de modo que a interpretação das normas infraconstitucionais deve se dar sempre a demanda axiológica da Constituição, ou seja, em especial conforme os direitos fundamentais. Marmelstein, (2014, p.332) faz a seguinte consideração:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ordem de valores que eles representam. Ela é fruto de um dever específico de proteção que obriga que os direitos fundamentais sejam levados em conta na hora da tomada de decisões pelos agentes públicos. Imagine, a título meramente ilustrativo, que os direitos fundamentais funcionem como uma espécie de óculos especial. Toda vez que o jurista tiver analisando uma norma jurídica – constitucional ou infraconstitucional – deverá colocar esse óculos para conseguir captar o sentido da norma à luz dos valores constitucionais, de modo que a solução buscada seja sempre compatível com esses valores.

Deste modo, qual análise que se deve fazer, dentro de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a respeito dos limites de atuação de uma categoria de profissionais, cujas qualificações profissionais não foram estabelecidas em Lei, conforme o Artigo 5º, inciso XIII, da Constituição de 88?

2.5 NATUREZA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: NORMAS–REGRA VERSUS NORMAS–PRINCÍPIO

As normas-regra determinam ações ao indivíduo, ou seja, ela determina que uma pessoa, física ou jurídica, ou algum órgão faça algo que está posto, como por exemplo: a norma-regra que diz que se deve contribuir com o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) por no mínimo 35 anos para poder ter direito à aposentadoria por tempo de contribuição, caso contrário só se poderá obter a aposentadoria aos 70 anos.

Já a norma-princípio orienta como se deve proceder em determinada ocasião servindo não apenas como regra, e sim como um sistema orientador, principalmente em situações colidentes, otimizando um mandamento em todo ordenamento jurídico.

Novelinno (2010, p.139), ensina que:

As regras, ao prescreverem determinações, impõem resultados. Se uma regra jurídica é válida, verificados os pressupostos de fato abstratamente previstos, ela deverá ser aplicada automaticamente. Por serem mandamentos de definição, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições.

Alexy (2002, p.86,87) falando em normas-princípio, ensina ainda que:

Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. A medida devida do cumprimento dos princípios depende, portanto, da análise das circunstâncias:

- I) fáticas, as quais são determinadas pelas peculiaridades do caso concreto; e,
- II) jurídicas, cujo âmbito é determinado por princípios e regras opostos.

Pode-se concluir que a norma-regra é um mandamento posto, que o indivíduo pode até não concordar com o que está determinado, mas não poderá se opor a cumprir; enquanto uma norma princípio orienta as decisões a serem tomadas conforme os fundamentos que validam uma Constituição.

3 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Este capítulo tem o condão de esclarecer primeiramente de que forma as normas constitucionais produzem seus efeitos, na busca de um bom resultado e dentro da visão teórica de José Afonso da Silva; em seguida explica como esses efeitos se dão nas relações entre particular e poder público; sendo finalizado quando da explicação desses mesmos efeitos entre as relações particulares na busca sempre de um bom resultado das normas constitucionais conforme os direitos fundamentais.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA VISÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

Preliminarmente deve-se esclarecer que segundo o dicionário Aurélio (2010, p.756) a palavra eficácia tem o significado de: “que produz o efeito desejado; que dá um bom resultado”.

Da Silva (2012, p.44) ensina que: “Normas constitucionais são todas as regras que integram uma constituição rígida”.

Assim sendo pode-se concluir que a eficácia das normas constitucionais nada mais é que: o efeito desejado, ou o bom resultado das regras que integram uma constituição rígida.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p.60) destacam que:

O professor José Afonso da Silva formulou uma classificação das normas constitucionais, que, sem dúvida, é a predominantemente adotada pela jurisprudência pátria.

Desta forma o eminente constitucionalista pátrio classifica as normas constitucionais quanto ao grau de eficácia em:

- a) Normas constitucionais de eficácia plena;
- b) Normas constitucionais de eficácia contida;
- c) Normas constitucionais de eficácia limitada.

Para Da Silva as normas constitucionais de eficácia plena, são as que alcançam os efeitos desejados, ou o bom resultado das regras que integram a constituição, na plenitude de sua entrada em vigor, sem que dependa de complementos para que o seu resultado seja alcançado.

Desta forma, o próprio professor Da Silva (2012, p.100) conceitua as normas constitucionais de eficácia plena como sendo:

Aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que possuem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.

As normas constitucionais de eficácia contida são as regras que integram a constituição cujo efeito desejado, ou o bom resultado também produzem efeitos diretos e imediatos, porém outras normas, infraconstitucionais ou não, poderão reduzir seus efeitos.

O professor Da Silva (2012, p.114) apresenta as normas constitucionais de eficácia contida da seguinte forma:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabelecem mediante Lei, ou que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo).

Um excelente exemplo de norma constitucional de eficácia contida é o existente no Art. 5º, inciso XIII, da Constituição Brasileira:

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

Art. 5º

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer.

Interessante se faz trazer a explanação de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p.62):

Essa norma assegura, desde logo, o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas sujeita-se a imposição de restrições por parte do legislador ordinário, devendo ser interpretada da seguinte maneira: (a) enquanto não estabelecidas em lei as qualificações profissionais necessárias para o exercício da profissão, o seu exercício será amplo, vale dizer, qualquer pessoa poderá exercê-la; (b) em um momento seguinte, enquanto a lei vier a estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o exercício dessa profissão, só poderão exercê-la aqueles que atenderem a essas qualificações previstas em lei.

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas regras que integram a Constituição e cujo efeito desejado ou o bom resultado está limitado a publicação de outra norma infraconstitucional.

Da Silva (2012, p.116) ensina que: “as normas constitucionais de eficácia limitada, são aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”.

Da Silva (2012, p.116) ainda ensina que tais normas se dividem em dois tipos:

- a) as definidoras de princípios institutivo ou organizativo, que por brevidade, temos chamado de normas constitucionais de princípio institutivo;
- b) as definidoras de princípio programático, ou simplesmente, normas constitucionais de princípio programático.

Para Da Silva (2012, p. 121) as normas constitucionais de princípio institutivo, obrigam o legislador ordinário a elaborar leis e atos normativos que desenvolvam a aplicabilidade para que lhes seja conferido exequibilidade plena; de modo que a principal característica das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de elas indicarem legislação futura para que lhes seja alcançado o efeito desejado ou um bom resultado, como é o caso do Art. 33 da Constituição que diz: “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

Já as normas de eficácia limitada programática são aquelas normas que ao invés de impor mandamentos jurídicos, traçam metas, objetivos, programas a serem concretizados pelo Estado, nesse sentido, Da Silva (2012, p.135) assevera como programáticas”:

Aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas de respectivas atividades visando à realização dos fins sociais do Estado.

Muito embora as normas programáticas visem orientar os caminhos a serem seguidos pelos órgãos públicos, Da Silva (2012, p.156) adverte:

Mas há normas constitucionais programáticas que já indicam certos critérios a serem seguidos pelo legislador. Assim, por exemplo, o Art. 170 da Constituição diz que a ordem econômica, fundada no valor do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, mas adiciona certos princípios que entende básicos para se alcançar o fim proposto, ou seja: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio

ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Da Silva (2012, p.157) traz uma importante citação de Gomes Canotilho que tem o seguinte teor:

Por conseguinte todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, de tal sorte que o “o poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo actuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos.

Desta forma podemos concluir que as normas constitucionais de eficácia limitada se dividem ainda em duas classificações: as de princípio institutivo, que dependem de outra norma para obter eficácia ou bom resultado; e as de princípio programático, que orientam os poderes públicos a se comportarem moralmente diante de sua sociedade não permitindo que se coloquem de forma oposta as normas programáticas.

3.2 EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este tópico inicia-se tratando como se deve dá os bons resultados da norma constitucional na relação entre o particular e o ente público e termina explicando como esses bons resultados se dão quando da relação entre particulares.

3.2.1 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais

A eficácia vertical dos direitos fundamentais diz respeito às limitações de poder existentes nas relações entre o particular e o poder público; Marcelo Novellino (2010, p.358) de fato informa que:

Na doutrina liberal clássica os direitos fundamentais são compreendidos como limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado (direitos de defesa). Por esta relação jurídica ser hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Portanto as normas constitucionais que tenham o objetivo de impor limites ao poder público em relação ao particular, essa norma será de eficácia vertical, como é o caso do

princípio da ampla defesa e do contraditório, insculpidos no inciso LV, do Art. 5º, da Constituição Federal, por exemplo que diz:

Art. 5º

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Vale salientar que quem exerce a função de regular a relação entre o indivíduo ou o particular e o Estado é a Constituição e nesse sentido Dimitre Dimoulis e Leonardo Martins (2012, p.12) ensinam

O papel regulador entre os dois elementos supra descritos é desempenhado pela Constituição no sentido formal, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual. O texto deve ter validade em todo território nacional e encerrar supremacia, isto é, força vinculante superior aquela das demais.

Como vimos, podemos concluir que a eficácia vertical dos direitos fundamentais, tem o condão de impor limites no que diz respeito a relação entre indivíduos particulares e Estado, de modo que este instituto detém força normativa vinculante, obrigando todo o Estado a respeitar determinadas liberdades individuais evitando assim possíveis abusos de autoridade.

3.2.2 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais diz respeito a obrigatoriedade, no Brasil, de se haver o devido respeito aos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares.

Isso se dá uma vez ser notório e indiscutível a percepção de que uma pessoa, física ou jurídica, de grande potencial econômico seja capaz de causar danos aos princípios constitucionais causando assim opressão aos menos favorecidos economicamente, com força igual ou superior que o Estado.

Marmestein (2014, p.338) assinala:

Em decorrência dessa constatação de que também pode tyrannizar tanto quanto o Estado e também pode cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, fala-se hoje na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, esses direitos deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade, melhor dizendo, em um sistema de valores a orientar toda ação pública e privada. É o que se pode chamar de eficácia horizontal dos direitos humanos.

Deste modo pode-se exemplificar, de forma hipotética, a ocorrência do direito fundamental de eficácia horizontal do seguinte modo: suponhamos que um Optometrista tenha sido excluído dos quadros do CROOCE (Câmara Regional de Óptica e Optometria do Ceará) sem que lhe tenha sido dado o direito da ampla defesa e do contraditório, desta forma, o associado poderá ajuizar uma ação, requerendo seu retorno por violação ao Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

4 CONDIÇÃO JURÍDICA DA OPTOMETRIA NA REALIDADE CONSTITUCIONAL PÓS-88

Este capítulo trata de evolução histórica do ordenamento jurídico da profissão pesquisada, começando pelo seu nascimento juridicamente falando, no ano de 1932, passando pelos percalços de uma regulamentação apenas na esfera administrativa e finalizando com a análise atual dos direitos fundamentais a luz da Constituição de 88.

4.1 RECORTE HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO REGIME JURÍDICO DA OPTOMETRIA NO BRASIL

A atividade de Optometrista se faz reconhecida quando da publicação do artigo 3º do decreto lei 20.931 de 11 de janeiro de 1932 que informa que os Optometristas estão sujeitos a fiscalização e que só podem exercer a profissão aqueles que provarem sua habilitação à autoridade sanitária: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm)

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.

No ano de 2002 o Ministério do Trabalho e Emprego publicou a Portaria 397, aprovando assim a Classificação Brasileira de Ocupações (CBOO-2002) que traz no seu corpo, uma suposta regulamentação da profissão, informando inclusive qual sua formação e quais atividades pode ser exercida por estes profissionais: (www.mtecbo.gov.br). A integra desta portaria poderá ser consultada no anexo deste trabalho.

O grande debate jurídico travado entre os operadores do direito nesse âmbito é o fato de: se o Código Brasileiro de Ocupações tem validade legal (com força de Lei) ou apenas validade administrativa, não tendo valor normativo para regulamentar tal atividade profissional?

Mas, e se o Conselho Federal de Medicina também publicasse uma portaria ou uma resolução determinando que a prescrição de órtese e prótese oftalmológica fosse ato exclusivo de oftalmologista, como seria a interpretação desse ato em confronto com a portaria 397 do Ministério do Trabalho e Emprego?

Alheio a essa discussão, o sitio eletrônico do próprio ministério do trabalho e emprego (<http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/home.jsf>) traz a seguinte informação:

A Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, instituída por portaria ministerial nº. 397, de 9 de outubro de 2002, tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares. Os efeitos de uniformização pretendida pela Classificação Brasileira de Ocupações são de ordem administrativa e não se estendem as relações de trabalho. Já a regulamentação da profissão, diferentemente da CBO é realizada por meio de lei, cuja apreciação é feita pelo Congresso Nacional, por meio de seus Deputados e Senadores, e levada à sanção do Presidente da República.

Ainda no ano de 2002, chegou ao senado o projeto de lei de número 268, mais conhecido como projeto do “ato médico”. Este projeto teve o objetivo de estabelecer quais atividades são de competência exclusiva de profissionais com formação médica.

O projeto 268 teve no seu Art.4º, inciso IX, o condão de taxar exhaustivamente as atividades privativas de médico e se tivesse sido aprovado conforme o projeto original, teria fulminado a profissão de Optometrista:

Art. 4º São atividades privativas do médico:

IX – prescrição de órteses e próteses oftalmológicas;

Esclerecemos que “Orteses: são objetos utilizados junto ao corpo temporariamente, como por exemplo óculos e lentes de contato, enquanto Proteses: são objetos implantados definitivamente”.

Deste projeto, resultou a Lei 12.842 de julho de 2013, que restou conhecida vulgarmente como “Lei do Ato Médico”. Esta lei sofreu alguns vetos por parte da Presidenta em exercício daquele ano, inclusive o que diz respeito ao inciso IX, do artigo 4º, salvando assim a extinção dos profissionais da Optometria em todo País.

Utilizou a chefe do executivo as seguintes razões para justificar o referido veto:

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 268, de 2002 (nº 7.703/06 na Câmara dos Deputados), que Dispõe sobre o exercício da Medicina.

Incisos VIII e IX do art. 4º

IX - prescrição de órteses e próteses oftalmológicas;

Razões dos vetos

Os dispositivos impossibilitam a atuação de outros profissionais que usualmente já prescrevem, confeccionam e acompanham o uso de órteses e próteses que, por suas especificidades, não requerem indicação médica. Tais competências já estão inclusive reconhecidas pelo Sistema Único de Saúde e pelas diretrizes curriculares de diversos cursos de graduação na área de saúde. Trata-se, no caso do inciso VIII, dos calçados ortopédicos, das muletas axilares, das próteses mamárias, das cadeiras de rodas, dos andadores, das próteses auditivas, dentre outras. 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, entendendo 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.

Pelo disposto até o presente, pode-se concluir que a competência para prescrições de órteses e próteses oftalmológicas não é exclusiva de profissionais médicos ou oftalmologistas, uma vez que, conforme o princípio da legalidade, não existe lei que obrigue um profissional ter formação médica ou oftalmológica, para promover tal prescrição.

4.2 TEORIA DA RECEPÇÃO E OS ARTIGOS 38 E 39 DO DECRETO Nº 20.931/32

A teoria da recepção é um instituto que ocorre na seguinte forma. O fundamento de validade de um ordenamento jurídico de um País é simplesmente a sua Constituição e consequentemente os direitos fundamentais nela existentes.

Desta forma quando uma Constituição deixa de existir em virtude da entrada em vigor de uma nova Constituição, os fundamentos de validade da antiga Constituição também deixam de existir dando lugar aos fundamentos de validade da nova Constituição, ocorre que as normas infraconstitucionais não são revogadas com essa nova Constituição, elas apenas passam a ser interpretadas com um novo fundamento de validade constitucional uma vez que se faz quase que impossível obter continuidade das relações jurídico-sociais sem o vigor de determinadas normas.

A respeito do assunto ensina Novellino (2010, p.151):

A revogação de uma Constituição faz com que todas as demais normas do ordenamento jurídico percam seu fundamento de validade e, portanto, sua vigência. Com o objetivo de dar continuidade às relações sociais, tendo em vista a impossibilidade fática de nova regulamentação imediata de todas as hipóteses indispensáveis, as normas infraconstitucionais, cujo conteúdo seja compatível com a da nova Constituição, são recepcionadas por ela (novação legislativa), adquirindo novo fundamento de validade.

Sendo assim, quando uma nova Constituição nasce para o seu povo, as normas infraconstitucionais existentes anteriormente, devem passar por uma ressignação, ou seja, devem ser analisadas a partir dos novos fundamentos de validade trazidos pela nova Constituição para que se possam perceber quais normas serão recepcionadas ou não pela nova ordem Constitucional.

Novellino (2010, p.151) comenta que:

Ao ser promulgada uma nova Constituição, duas situações poderão ocorrer. As normas infraconstitucionais anteriores materialmente compatíveis com a Lei Maior

ganham um novo fundamento de validade e são recepcionadas por ela. As normas materialmente incompatíveis perdem seu fundamentos de validade e deixam de ter vigência (incompatibilidade material superveniente).

Os artigos 38 e 39 do Decreto 20.931/32, dispõem sobre a possibilidade da instalação de consultórios optométricos, suas receitas e trazem em seu bojo a seguinte redação (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm):

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.

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.

Percebe-se, preliminarmente, que o ortopedista também recebe restrição legal quanto à instalação de consultórios, conforme o Artigo 38, acima citado, porém, não se tem notícias de impedimento por parte dos órgãos fiscalizadores na instalação dos mesmos.

O fato é que o STF, já decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade 533-2/MC que continua em vigor o Decreto 20.931/32, como recepcionado, uma vez que o Decreto 99.678/1990, que retirava o Decreto 20.931/32 do ordenamento jurídico foi julgado formalmente inconstitucional.

Ocorre que nossa constituição, traz em sua estrutura vários direitos fundamentais que obviamente servirão como fundamentos de validade para a análise das normas infraconstitucionais anteriores a sua publicação afim de se detectar quais delas poderão ser recepcionadas parcial ou totalmente pela ordem constitucional de 88.

E justamente com base nos direitos fundamentais da atual Constituição de 88, foi que no ano de 2008, quando ainda ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luiz Fux, atual ministro do Supremo Tribunal Federal, proferiu acórdão favorável a expedição de alvará funcional para um profissional da Optometria.

Ementa

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFISSIONAL DA OPTOMETRIA. RECONHECIMENTO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. PRECEDENTE/STJ. LEGITIMIDADE DO ATO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ. DIREITO GARANTIDO SE PREENCHIDOS OS REQUISITOS SANITÁRIOS ESTIPULADOS NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E A LIBERDADE PROFISSIONAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Sendo assim e conforme análise estabelecida pela teoria da recepção, o Decreto 20.931 de 1932 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm), muito embora esteja em vigor no ordenamento jurídico pátrio, deve ter cada artigo analisado conforme os fundamentos jurídicos de validade da Constituição em vigor inclusive com todos seus direitos fundamentais recebendo a mesma autoridade de fundamentos de validade.

Pode-se perceber por tudo que foi argumentado até o momento, que a Optometria é uma profissão legalmente reconhecida, através do artigo 3º do próprio Decreto 20.931 de 1932, porém, sua regulamentação esta posta por um ato administrativo, ou seja, na portaria 397/2002 (http://sindioptica-sp.com.br/documentos/Portaria_397_2002.pdf) estabelecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Desta feita, tem-se duas correntes que tratam a respeito da prestação autônoma do serviço de Optometria, sendo que uma que defende ampla atuação da profissão de Optometria enquanto a outra defendendo que o ato de prescrever órtese e prótese oftalmológica é ato exclusivo de médico, haja vista a falta de regulamentação legal da profissão de Optometrista.

Vale repetir os ensinamentos de Marmelstein (2014, p.302) referentes ao inciso XIII da Constituição, neste momento, que traz a seguinte reflexão:

Em hipótese alguma um direito fundamental pode deixar de ser concretizado pela ausência de lei. Se determinado direito fundamental está deixando de ser efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao judiciário tomar as medidas cabíveis para que o direito não fique sem efetividade. Em outras palavras: o juiz, no atendimento concreto das providencias que se revelem indispensáveis para concretizar dado direito fundamental, pode (e deve) atuar independente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir autorização a ninguém muito menos ao legislador.

A aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais implica, ainda, o reconhecimento da possibilidade de surgirem direitos subjetivos diretamente da Constituição. Ou seja, a norma constitucional torna-se fonte direta de comandos e obrigações aos órgãos públicos, com força normativa autônoma, independe de qualquer regulamentação.

Desta feita resta a seguinte indagação: Quais os limites de atuação da profissão de Optometrista, uma vez que, o que não existe norma específica regulamentadora da profissão e sim um ato administrativo?

4.3 STATUS DA QUESTÃO APÓS A “LEI DO ATO MÉDICO” (LEI Nº 12.842/13): UMA INTERFACE COM A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO AO CASO

Inicia-se este tópico, expondo alguns comentários a respeito do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O professor Novelino (2010, p.124) ensina que:

O postulado desse princípio foi desenvolvido pelo tribunal alemão para conferir maior efetividade dos direitos fundamentais, os quais devem ser submetidos a uma interpretação ampla, impondo-lhes que seja atribuído o sentido que confira a maior efetividade possível dos direitos fundamentais, visando à realização concreta de sua função social.

O professor Marmelstein (2014, p. 361) ao comentar sobre princípio da máxima efetividade ensina:

Os direitos fundamentais podem gerar pretensões subjetivas, exigíveis juridicamente, cabendo ao poder judiciário, ao interpretar normas definidoras de direitos fundamentais, buscar soluções que dê mais eficácia ao direito fundamental em jogo.

Canotilho (2003, p.1224) expressa seu entendimento sobre tal princípio da seguinte forma:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais).

Todas essas citações explicando o funcionamento do princípio da máxima efetividade se faz necessário para que se possa interpretar a lei 12.842 de 2013 (Lei do Ato Médico), mais especificamente o inciso IX, do seu artigo 4º à luz dos direitos fundamentais.

Como já foi comentado no tópico anterior deste trabalho, no ano de 2002, chegou ao senado o projeto de lei de número 268, mais conhecido como projeto do “ato médico” (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/53750>). Este projeto teve o objetivo de estabelecer o exercício da medicina determinando inclusive quais atividades são de competência exclusiva de profissionais com formação médica.

O projeto 268 teve no seu Art.4º, inciso IX, o condão de taxar exaustivamente as atividades privativas de médico e se tivesse sido aprovado conforme o projeto original teria fulminado a profissão de Optometrista:

Art. 4º São atividades privativas do médico:

IX – prescrição de órteses e próteses oftalmológicas;

Deste projeto, resultou a Lei 12.842 de julho de 2013, que restou conhecida vulgarmente como “Lei do Ato Médico”. Esta lei sofreu alguns vetos por parte da Presidenta em exercício daquele ano, inclusive o que diz respeito ao inciso IX, do artigo 4º, salvando assim a extinção de milhares profissionais da Optometria em todo País.

Utilizou a chefe do executivo as seguintes razões para justificar a mensagem do veto 287 de 10 de julho de 2013 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-287.htm):

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 268, de 2002 (nº 7.703/06 na Câmara dos Deputados), que Dispõe sobre o exercício da Medicina.

Incisos VIII e IX do art. 4º

IX - prescrição de órteses e próteses oftalmológicas;

Razões dos vetos

Os dispositivos impossibilitam a atuação de outros profissionais que usualmente já prescrevem, confeccionam e acompanham o uso de órteses e próteses que, por suas especificidades, não requerem indicação médica. Tais competências já estão inclusive reconhecidas pelo Sistema Único de Saúde e pelas diretrizes curriculares de diversos cursos de graduação na área de saúde. Trata-se, no caso do inciso VIII, dos calçados ortopédicos, das muletas axilares, das próteses mamárias, das cadeiras de rodas, dos andadores, das próteses auditivas, dentre outras. 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.

Pelo disposto até o presente, pode-se concluir que a competência para prescrições de órteses e próteses oftalmológicas não é exclusiva de profissionais médicos ou médicos oftalmologistas.

Desta forma como se deve interpretar os artigos 38 e 39 do decreto lei de 20.931/1932, conforme o princípio da máxima efetividade, uma vez que o médico, após a lei do ato médico, não detém mais a competência exclusiva para prescrever órtese e prótese oftalmológica?

Será possível nos dias atuais afirmar que a lei 12.842/2013, revogou ou derogou os artigos 38 e 39 do decreto 20.931/1932, possibilitando assim, aos profissionais da Optometria atuarem na atenção primária da saúde visual? Ou, o que esta lei fez foi apenas autorizar aos profissionais da Optometria atuarem de forma a auxiliar os profissionais médicos?

Fabio Cunha, assessor jurídico do Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (CBOO), instituição de grande importância, porém, de natureza associativa e não autárquica, defendeu no *I Fórum de Discussão Política e Jurídica do CBOO*, realizado do dia 17 de abril 2015 em São Paulo, a tese da revogação dos artigos 38 e 39 do referido decreto.

Segundo o Fábio Cunha, os artigos 38 e 39 não têm mais força contra a atuação profissional dos Optometrista conforme o § 1º, do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que traz a seguinte redação:

Art.2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue

§ 1º-A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

O dito assessor chama a atenção para o objeto das leis em questão, se não vejamos: o Decreto 20.931 de 1932 traz em seu preâmbulo a seguinte redação: “Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm). (Grifou-se)

Já o objeto da lei do ato médico, lei 12.842/2013, trazido em seu preâmbulo, carrega o seguinte texto: “Dispõe sobre o exercício da medicina” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/L Lei/L12842.htm). (Grifou-se)

Desta sorte Fabio Cunha defende a tese que a lei do ato médico revogou o decreto 20.931, com fundamento no parágrafo 1º do artigo, 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, uma vez que a lei do ato médico regulou inteiramente a matéria que tratava o decreto 20.931/32, qual seja *o exercício da medicina*.

Com relação ao tema (revogação) Novelino (2010, p.150) traz um interessante comentário:

Quanto à forma, a revogação pode ser expressa quando a norma posterior enumera as normas revogadas por ela. Nesse caso, devem ser elencados os dispositivos a serem revogados, não bastando a expressão genérica: ficam revogadas as disposições em contrário. A revogação tácita ocorre em razão da (1) incompatibilidade entre duas normas ou quando uma (2) norma posterior regula inteiramente a matéria tratada por uma norma anterior. Esta hipótese é denominada de revogação por normação geral.

Desta forma, já que o artigo 4º da Lei do Ato Médico (12.842/2013) traz um rol taxativo das atividades privativas de médico, e nesse rol não está contido a prescrição de órteses e próteses oftalmológicas, como deverá ser a interpretação dos artigos 38 e 39, do decreto 20.931/32, uma vez que a profissão de Optometrista está legalmente reconhecida no artigo 3º do mesmo decreto e uma vez que o inciso XIII do artigo 5º da constituição diz que o exercício de uma profissão é livre, tendo que ser atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, a luz do princípio da máxima efetividade?

Seguindo o mesmo raciocínio, seria possível um Optometrista ser condenado, ou até mesmo ser prezo por crime de “exercício irregular da medicina, arte dentária ou farmacêutica”, crime este tipificado no artigo 282 do código penal brasileiro (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm), a luz do princípio da máxima efetividade?

Greco (201, p.799), classifica doutrinariamente o artigo 282 como sendo “crime comum no que diz respeito à conduta de exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem outorização legal”.

Mas se um Optometrista, que tem como finalidade medir a visão, estiver de posse de habilitação legal, prescrever uma órtese, ou uma prótese oftalmológica, que não é mais atividade específica de profissional médico, conforme artigo 4º da lei 12.842/2013 poderá mesmo ser condenado pelo crime de exercício irregular da medicina?

É bem sabido que no Brasil existe uma grande escassez de profissionais da área da saúde, prova esta é o programa mais médico do governo federal, que tem como grande objetivo levar profissionais da saúde às pessoas menos favorecidas deste país, vale lembrar que segundo De Lima (2014, p.15), “o Optometrista é preparado para resolver alterações visuais não patológicas que representam quase 80% de todos os casos de problemas visuais”.

Assim sendo, finaliza-se este tópico com uma citação de Greco (2011, p.801) que traz uma reflexão bem humana, sobre estado de necessidade e exercício irregular da medicina, arte dentária ou farmacêutica.

Diz-se:

Há lugares isolados, onde não existem médicos, dentistas ou farmacêuticos. Se alguém nessas localidades, que possui conhecimento básico das profissões mencionadas, com finalidade de auxiliar aquela comunidade carente de recursos, vier a exercê-las com regularidade, não se poderá imputar-lhe o delito em estudo, tendo em vista tratar-se de uma situação pertinente ao raciocínio do estado de necessidade.

Na verdade o crime instado no artigo 282 do Código Penal Brasileiro (exercício ilegal da medicina) passou a ter status de lei penal em branco com o advento da Lei do Ato Médico (12.842/2013) uma vez que para o cometimento da infração penal, o autor deverá praticar algumas das atividades instadas no artigo 4º dessa lei.

Ocorre que a prescrição de órtese e prótese oftalmológica não faz mais parte da competência exclusiva de profissionais médicos, o que isenta outros profissionais do crime de exercício ilegal da medicina ao praticarem essa prescrição, exceto quando para isso se utilizam de métodos invasivos.

5 CONCLUSÃO

Os princípios fundamentais da Constituição atual são fundamentos de validade de todo o ordenamento jurídico em vigor no país, devendo as normas infraconstitucionais ser interpretadas conforme orientação desta constituição, mesmo as elaboradas anteriormente a constituição de 88 e que, por motivos de manterem as relações sociais, foram recepcionadas por esta Constituição.

Desta forma e levando em consideração que uma pessoa para ter a plenitude da dignidade deva ter os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa respeitados, pois o trabalho dignifica o homem, não se concorda com a imposição de uma proibição tácita aos profissionais da optometria, no que diz respeito a prescrição de órtese e prótese oftalmológica uma vez que é totalmente livre o exercício de qualquer ofício ou profissão atendidas as qualificações profissionais que a lei determinar, conforme o inciso XIII, do artigo 5º do mandamento constitucional.

Para chegar a essa conclusão pode se levar em consideração dois pontos: primeiro o fato de não existir lei determinando qualificações onde só o profissional médico poderá fazer tais prescrições, pelo contrário, o que existe é justamente uma Lei que determina quais as atividades são de competência exclusiva desse profissional, porém a competência para a atividade de prescrição de órteses e próteses oftalmológicas não se constam neste rol.

Neste caso se não existe lei estabelecendo que o profissional médico detenha exclusividade para o exercício deste ofício então parece razoável o entendimento de que o optometrista também disponha dessa competência, restando ao STF decidir a respeito do tema indicando se esse profissional tem autorização constitucional de atuar de forma independente ou, de forma a auxiliar um médico oftalmologista, ou seja, o optometrista faz o exame de acuidade visual (atenção primária) e um profissional médico avalia, corrige ou adéqua esse exame vindo posteriormente a respaldá-lo.

O segundo ponto que se deve levar em consideração, é o fato de que a profissão é reconhecida desde o ano 1932, e na ultima década, se criou diversos cursos de graduação nessa área profissional tornando essa atividade, naturalmente, fonte de sustento destes profissionais.

Vale salientar que De Lima (2014, p.15), afirma que “o Optometrista é preparado para resolver alterações visuais não patológicas que representam quase 80% de todos os casos de problemas visuais”, então se pode chegar à conclusão que tal profissão detém importante função social a ser exercida por esses profissionais.

Ainda no tocante ao segundo ponto, pode-se dizer que essa profissão, é capaz de gerar emprego e renda, de forma direta e indireta, não apenas àqueles que trabalham com optometria, mas também à todos que sobrevivem do setor óptico contrariando desta forma o argumento daquela corrente que defende que o optometrista não poderia exercer sua profissão ou se poderia, deveria ser sob supervisão de um médico oftalmologista, dificultando mais ainda o direito das pessoas terem acesso a uma saúde visual primária de qualidade.

Sendo assim só resta uma única maneira desse profissional atuar com o devido respeito a sua dignidade profissional que seria a criação de uma lei federal que regulamentasse toda sua profissão, desde a sua formação acadêmica até a sua atuação determinando ainda a criação de autarquias, ou seja, conselhos brasileiro e regionais que tivessem competência de fiscalizar a atuação desses profissionais.

A história brasileira mostra, que a conquista de uma lei como a sugerida no parágrafo acima é duramente demorada e que por esta demora, os profissionais de uma categoria podem passar anos ou até mesmo décadas passando por desrespeitos e afrontas à sua dignidade, porém acredita-se que a união desta categoria, aliada ao seu amadurecimento político seria capaz de encurtar esse lapso de tempo, dor e sofrimento caso viessem eleger representantes políticos capazes de elaborar e publicar uma Lei que regulamentasse esta profissão.

Desta forma não seria nada extravagante registrar a opinião de que a melhor saída para a solução jurídica desta categoria, seria uma mobilização e organização de preferência de cunho nacional para em todos Estados da Nação se possam eleger representantes políticos (de preferência Optometristas), para que esses representantes possam lutar, junto ao Congresso Nacional, pela publicação de uma lei não só regulamentadora, mas também libertadora de tanta perseguição, opressão e abuso de poder contra esta categoria tão importante para a atenção primária da saúde visual dos brasileiros.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. : Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. (PDF)
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª Edição- Malheiros, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Almeida, 2003.
- DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª Edição. Malheiros, 2012.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª Edição. Malheiros, 2006.
- DE LIMA, Francisco Xavier. **Optometria Legal no Brasil**. Natal/RN, 2014.
- DIMOULIS, Dimitre, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª. Edição. Revisada, atualizada. e ampliada. - São Paulo: Atlas, 2012.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5ª Edição – Curitiba: Positivo, 2010.
- GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª Edição – Niterói: Impetus, 2011.
- http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_médico. Data do acesso: 23/10/2013
- http://sindioptrica-sp.com.br/documentos/Portaria_397_2002.pdf. Data de acesso: 12/03/2014.
- <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/home.jsf> Data do acesso: 01/09/2015
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Data de acesso: 12/03/2014.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-287.htm. Data de acesso: 12/03/2014.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm Data do acesso: 28/09/2014
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24492.htm. Data de acesso: 28/09/2014.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Data de acesso: 21/12/2015.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Data de acesso: 28/09/2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm. Data de acesso: 23/12/2015.

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/53750>. Data de acesso: 21/12/2015.

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4349269&num_registro=200701887642&data=20081103&tipo=5&formato=PDF. Data de acesso 24/12/2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª Edição. Revisada, atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª Edição- São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. Revisada e atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª Edição. Revisada, atualizada e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**—editora Jus Podivm, 2008.

VICENTE, Paulo & ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2012.

ANEXO

CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÕES – CBO 2.002

3223: Ópticos optometristas

3223-05 – Técnico em óptica – Contatólogo, Óptico contatólogo, Óptico esteticista, Óptico montador de óculos, Óptico oftálmico, Óptico refracionista, Óptico surfaçagista, Técnico contatólogo.

3223-10 – Técnico em optometria – Óptico, Óptico optometrista, Óptico protesista, Técnico optometrista.

Descrição sumária:

Realizam exames optométricos; confeccionam lentes; adaptam lentes de contato; montam óculos e aplicam próteses oculares. Promovem educação em saúde visual; vendem produtos e serviços ópticos e optométricos; gerenciam estabelecimentos. Responsabilizam-se tecnicamente por laboratórios ópticos, estabelecimentos ópticos básicos ou plenos e centros de adaptação de lentes de contato. Podem emitir laudos e pareceres ópticos-optométricos.

3223: Ópticos optometristas

Condições gerais de exercício

Exercem suas funções em laboratórios ópticos, em estabelecimentos ópticos básicos e plenos, em centros de adaptação de lentes de contato, podendo, ainda, atuar no ramo de vendas e em atividades educativas na esfera da saúde pública. São contratados na condição de trabalhadores assalariados, com carteira assinada e, também, na condição de empregador. Atuam de forma individual e em equipe, sem supervisão, em ambientes fechados e também em veículos, no período diurno.

Formação e experiência :

O exercício dessas ocupações requer curso técnico de nível médio, oferecido por instituições de formação profissional. O pleno desempenho das atividades profissionais se dá após o período de três a quatro anos de experiência.

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

B- Adaptar lentes de contato

- 1) Fazer avaliação lacrimal
- 2) Definir tipo de lente
- 3) Calcular parâmetros das lentes
- 4) Selecionar lentes de teste
- 5) Colocar lentes de teste no olho
- 6) Combinar uso de lentes (sobre-refração)
- 7) Avaliar teste
- 8) Recolocar lentes de contato
- 9) Recomendar produtos de assepsia
- 10) Executar revisões de controle

C- Confeccionar lentes

- 1) Interpretar ordem de serviço

- 2) Fundir materiais orgânicos e minerais
 - 3) Escolher materiais orgânicos e minerais
 - 4) Separar insumos e ferramentas
 - 5) Projetar lentes (curvas, espessura, prismas)
 - 6) Bloquear materiais orgânicos e minerais
 - 7) Usinar materiais orgânicos e minerais
 - 8) Dar acabamento às lentes
 - 9) Adicionar tratamentos às lentes (endurecimento, anti-reflexo, coloração, hidratação e filtros).
 - 10) Aferir lentes
 - 11) Retificar lentes
- D- Montar óculos
- 1) Marcar centro óptico e linha de montagem das lentes
 - 2) Elaborar gabaritos
 - 3) Modelar lentes
 - 4) Lapidar lentes
 - 5) Encaixar lentes na armação
 - 6) Alinhar óculos
 - 7) Conferir montagem
 - 8) Confeccionar óculos de segurança
- E- Aplicar próteses oculares
- 1) Observar cavidade orbitária
 - 2) Moldar cavidade orbitária
 - 3) Determinar características da prótese
 - 4) Confeccionar prótese ocular
 - 5) Ajustar prótese ocular

6) Fotografar rosto do cliente

7) Readaptar prótese

F- Promover educação em saúde visual

1) Assessorar órgãos públicos na promoção da saúde visual

2) Ministras palestras e cursos

3) Promover campanhas de saúde visual

4) Promover a reeducação visual

5) Formar grupos multiplicadores de educação em saúde visual

G- Vender produtos e serviços ópticos e optométricos

1) Detectar necessidades do cliente

2) Interpretar prescrição

3) Assistir cliente na escolha de armações e óculos solares

4) Indicar tipos de lentes

5) Coletar medidas complementares

6) Aviar prescrições de especialistas

7) Ajustar óculos em rosto de cliente

8) Consertar auxílios ópticos

H- Gerenciar estabelecimento

1) Organizar local de trabalho

2) Gerir recursos humanos

3) Preparar ordem de serviço

4) Gerenciar compras e vendas

5) Controlar estoques de mercadorias e materiais

6) Controlar qualidade de produtos e serviços

7) Administrar finanças

8) Providenciar manutenção do estabelecimento I- Comunicar-se

- 1) Manter registros de cliente
- 2) Enviar ordem de serviço a laboratório
- 3) Orientar cliente sobre uso e conservação de auxílios ópticos
- 4) Orientar família de cliente
- 5) Emitir laudos e pareceres
- 6) Orientar na ergonomia da visão
- 7) Solicitar exames e pareceres de outros especialistas

3223: Ópticos optometristas Competências pessoais

- 1) Zelar pela limpeza do local de trabalho
- 2) Demonstrar compreensão psicológica
- 3) Atualizar-se profissionalmente
- 4) Evidenciar coordenação motora fina
- 5) Calibrar equipamentos ópticos e optométricos
- 6) Empregar equipamentos ópticos e optométricos
- 7) Revelar senso estético
- 8) Prestar primeiros socorros oculares
- 9) Usar equipamentos de proteção individual (EPI)
- 10) Trabalhar com ética

3223- Ópticos optometristas

Recursos de trabalho

Queratometro*

Maquinas surfçadoras

Lâmpada de Burton

Filtros e feltro

Lâmpada de fenda (biomicroscópio)*

Produtos de assepsia

Abrasivos

Retinoscópio*

Lensômetro*

Refrator*

Oftalmoscópio (direto-indireto)*

Pupilômetro

Topógrafo*

Caixa de provas e armação para auxílios ópticos*

Calibradores

Alicates, chaves de fenda.

Máquinas para montagem

Tabela de projetor de optotipos

Torno

Tonometro

Corantes e fluoresceína

Solventes

Polidores e lixas

Foróptero

Especimetro

Moldes e modelos

Títmus

Resinas

(*) ferramentas mais importantes

Ópticos optometristas

Código internacional CIUO 88:

3224 – Técnicos em optometria y ópticos

Fonte: <http://www.mtecbo.gov.br/legislacao.asp>