

PARECER CONSULTIVO n. 01/2023.

Tema: Exercício/atividade de ensino/exercício da Acupuntura por profissionais não médicos.

EMENTA: Constitui prática ilegal o exercício da atividade da Acupuntura por profissionais não médicos.

DA CONSULTA

Trata-se de análise sobre a possibilidade da prática de acupuntura por outros profissionais que não médicos, com fundamento na Lei Federal nº 12.842/2013.

DA ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO LEGAL

A presente tem objetivo de esclarecer e solicitar providências no sentido de não permitir que profissionais não médicos realizem acupuntura, prática exclusiva do médico, odontólogo e veterinários, cada qual na sua área.

Ocorre que para realizar a acupuntura é necessário conhecimentos amplos e acadêmico em diagnóstico clínico e tratamento médico (diagnóstico nosológico).

Antes de quaisquer considerações, é essencial iniciar o estudo deste tópico focando no normativo pátrio máximo, a Constituição Federal Brasileira, já que decorrem dele todas as demais normas vigentes.

Pois bem, a segunda parte do inciso XIII do art. 5.º da Constituição Federal estabelece a possibilidade da restrição legal da liberdade para o exercício das profissões, quando diz: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Neste caso a nossa Carta Magna faz referência às profissões que foram criadas por lei e em cujo diploma legal são estabelecidas as condições, prerrogativas, atribuições etc., para o exercício dessas atividades. **O que resta inequívoca é a imposição constitucional de autorização legal prévia para o exercício das profissões regulamentadas no Brasil.**

Portanto, uma profissão somente pode exercer seu mister quando exista legislação específica que preveja expressamente seus atos e que autorize especificamente sua atuação. Essa é a melhor interpretação dada ao texto constitucional, interpretação esta, aliás, jamais questionada por qualquer operador do direito.

Com a edição da Lei nº 12.842/2013 (Lei do Ato Médico), toda e qualquer dúvida que existia em relação aos atos que podem ser realizados pelos profissionais médicos foi dirimida, já que agora estão expressamente estabelecidos em lei.

A referida lei define no §1º de seu artigo 4º traz o que é diagnóstico nosológico ao dispor que é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios: I - agente etiológico reconhecido; II - grupo identificável de sinais ou sintomas e III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.

Como alertado anteriormente, a lei também responde quem é o profissional autorizado legalmente para a determinação do diagnóstico e do tratamento de doenças, no parágrafo único do artigo 2º, ao dispor que o médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para: I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças e III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.

Assim, atualmente, fazendo uma pesquisa em toda a legislação pátria, é possível concluir que somente o médico é o profissional habilitado legalmente para a realização de diagnóstico clínico nosológico.

Repita-se, nenhuma outra profissão, seja qual for sua área de atuação, ligada ou não à saúde, possui em sua legislação regulamentadora a autorização expressa de realização do diagnóstico nosológico e a conceituação do que é esse diagnóstico.

Essa assertiva detém uma importância sem precedentes na regulamentação da profissão médica. Isto porque nunca houve dúvida sobre o fato do médico ser o profissional competente para realizar o diagnóstico nosológico, ato este que passa pela anamnese, exame clínico, requisição de exames complementares e definição de hipóteses diagnósticas.

O problema é que se criou uma cultura, incitada pelas demais profissões da área da saúde, em especial a fisioterapia e a enfermagem, de que na inexistência de lei específica, qualquer profissional poderia realizar o diagnóstico nosológico. Este pensamento é oblíquo e carece de fundamentação jurídica, legal e lógica.

O ganho trazido pela nova lei é a constatação inequívoca de que o médico está autorizado legalmente, de forma expressa e cristalina, a realizar o diagnóstico nosológico, não sendo mais possível alegar a inexistência de legislação que regule o tema, como será melhor explicado mais adiante.

Em tempo, é essencial ressaltar que a realização do diagnóstico nosológico não poderia ter figurado como atividade privativa do médico, pois sempre devem ser ressalvadas as **competências dos odontólogos e dos veterinários**, em suas respectivas e competentes áreas de atuação, estabelecidas em lei.

Assim, num raciocínio lógico e numa interpretação não só legal, como gramatical, teleológica e finalística, o simples fato da realização de diagnóstico nosológico não figurar como atividade privativa do médico, não é motivo suficiente e autorizador para que qualquer profissional realize esse diagnóstico.

Este é o ponto essencial de todo o entendimento!

Como já foi dito no início, vivemos em um estado democrático de direito, onde o princípio da legalidade objetiva é um balizador da atuação da administração pública. Assim, a lei, em sentido estrito, sempre será o mestre guia e delimitador de atuação profissional.

Nesse sentido, como reflexo de impositivo constitucional já aventado, somente o profissional que tenha em sua legislação a possibilidade e autorização expressa de realização de diagnóstico nosológico pode realizá-lo.

Repita-se, hoje no Brasil, os únicos profissionais que detém essa prerrogativa são os médicos, os dentistas e os veterinários, cada um em sua respectiva área de atuação, sendo que somente o médico possui essa autorização expressa e “*incontesti*” em lei, como já demonstrado.

Salta aos olhos entendimentos flagrantemente imparciais, redondamente equivocados e inequivocamente tendenciosos, no sentido de que como não é atividade privativa do médico a realização de diagnóstico nosológico, todo e qualquer outro profissional pode fazê-lo.

Repita-se que a segunda parte do inciso XIII do art. 5.º da Constituição Federal estabelece a possibilidade da restrição legal da liberdade para o exercício das profissões, quando diz: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Se a Constituição Federal dissesse apenas “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, talvez o raciocínio defendido por profissionais não médicos, especialmente os fisioterapeutas e enfermeiros, fosse aceitável.

No entanto, o mandamento constitucional é expresso e inequívoco no sentido de que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. ***Portanto, a lei regulamentadora da profissão deve estabelecer qualificações específicas para o exercício da profissão, o que não ocorre com os profissionais fisioterapeutas e enfermeiros.***

Repita-se, além de antijurídico, esse entendimento defendido pelos profissionais não médicos, de que por não estar a realização de diagnóstico nosológico no rol de procedimento privativo dos médicos o mesmo pode ser realizado por qualquer profissional, é tendencioso e facilmente contraposto, com base no texto legal ora em debate e na Constituição Federal.

Aliás, esse entendimento foi recentemente ratificado pela Juíza Federal da 20.a Vara/DF, ADVERCI RATES MENDES DE ABREU:

“A Lei no 12.842/2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina, prevê, expressamente, que “a indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biopsias e as endoscopias” são atividades privativas do médico (art. 4o, inciso XII).

De igual modo o inciso X do art. 4o da referida lei, Lei do Ato Médico, estabelece que “a determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico” também é atividade privativa dos médicos.”

O conceito de diagnóstico nosológico, por sua vez, consta do próprio texto legal, verbis:

“Art. 4o São atividades privativas do médico:

...

§ 1o Diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios:

I - agente etiológico reconhecido;

II - grupo identificável de sinais ou sintomas;

III - alterações anatômicas ou psicopatológicas”.

Lado outro, examinando a Lei 7.498, de 28/06/1986, conclui-se que o diagnóstico clínico nosológico não está incluído nas atribuições de enfermeiro, senão vejamos:

(...)

O COFEN, por mera Resolução, atribuiu competência não prevista na lei que regulamenta a profissão e que, a princípio, parece invadir a área de atuação dos médicos, haja vista a Lei no 12.842/2013, é clara ao afirmar que a execução de procedimentos estéticos é de competência privativa dos médicos.

Importante lembrar que as resoluções são apenas diplomas técnicos destinados a integrar normas de hierarquia superior, que são instrumentos adequados para impor condutas e estabelecer atribuições. Nessa ordem de ideias, repise-se, a Resolução 529/2016, ao normatizar a atuação do enfermeiro atribuindo-lhe competência para realizar procedimentos estéticos privativos de médico, em desacordo com o disposto

na Lei no 12.842/2013, certamente extrapolou os limites legais de sua competência normativa.¹”

Assim, de fato hoje no Brasil, somente o médico detém competência legal expressa para a realização de diagnóstico nosológico.

Portanto, a realização de diagnóstico nosológico é atividade exclusiva do médico, em termos fáticos e legais, já que nenhuma outra profissão no Brasil possui autorização legal para realizar tal ato.

Outra decisão nesse sentido do TRF1 preleciona que “por meio de uma simples resolução, o CFF atribuiu competência não prevista na lei que regulamenta a profissão de farmacêutico. A autorização da atividade proposta no teor da Resolução 573/2013, a princípio, parece invadir a área de atuação dos médicos, considerando que nos termos do artigo 4º da Lei 12.842/2013 os procedimentos estéticos ou terapêuticos tidos como invasivos, em qualquer grau, são privativos de médicos”².

Logo, a realidade jurídica atual não permite que qualquer pessoa possa praticar uma técnica já reconhecida por esta Entidade como especialidade médica, por ausência de regulamentação, sob pena de invadir matéria reservada à medicina, especialmente quando por tratamento de doença que necessita de prognóstico.

Recentemente a Justiça Federal de Brasília, ao analisar tema relacionado a um dos vetos da Lei n. 12.842/2013 reafirmou que o Conselho Federal de Biomedicina não tem permissão para regulamentar atos que não estão previstos em lei como privativos dos profissionais que fiscaliza, que aos conselhos profissionais não cabe extrapolar o âmbito de suas atribuições, sob pena de invadir matéria reservada à lei e que sobre o médico recai a responsabilidade pelo erro no procedimento estético, reconhecendo a necessidade da presença do profissional de medicina para verificar o risco de morte do paciente submetido ao tratamento³.

Repita-se, outra conclusão que deve obrigatoriamente ser ressaltada é que o simples fato de algumas atividades não terem sido arroladas como privativas de médicos não autorizam, automaticamente, outros profissionais a realizá-las.

¹ TRF 1 Processo N° 0020778-15.2017.4.01.3400 - 20ª VARA - BRASÍLIA N° de registro e-CVD 00179.2017.00203400.1.00224/00032 PROCESSO N° 20778-15.2017.4.01.3400 CLASSE: 7100- AÇÃO CIVIL PÚBLICA AUTOR: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM RÉU: CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM – COFEN - (<https://portal.cfm.org.br/noticias/procedimentos-esteticos-so-podem-ser-realizados-por-medicos-reitera-decisao-da-justica-federal/?lang=en>)

² TRF1 Processo n. 0061755-88.2013.4.01.3400/DF

³ JFDF N° de registro e-CVD 00116.2016.00033400.1.00385/00128 ou 42020-06.2012.4.01.3400 (sentença – CFM X CFB) – **Nulidade** Resoluções CFBM N° 197/2011, 200/2011 E 214/2012, bem como do anexo I, item 02 da normativa n° 01/2012 (procedimentos dermatológicos e cirúrgicos).

Nunca é demais recordar que estamos sob o manto do princípio da legalidade e nessa ótica, somente é permitido a cada um dos profissionais a realização de atos prévia e expressamente previstos em lei, não podendo norma administrativa abranger essa atuação.

Merece ressaltar, para que não haja dúvida, a frase “é privativo do médico”. Ora, um procedimento tipicamente invasivo é a acupuntura e o texto legal restringe a indicação da execução e a execução desse tipo de procedimento invasivo somente a médico. Não se tem notícia de nenhum veto em relação a este.

Não se trata de interpretação. Para chegar a essa conclusão basta uma simples leitura do texto legal (Lei do ato médico). Neste diapasão, forçoso recordar que as razões de veto não possuem qualquer valor jurídico. Nesse sentido, causa estranheza jurídica a sua menção.

Os argumentos usados para defender a manutenção do veto está na continuidade dos programas do Sistema Único de Saúde (SUS), que muitas vezes funcionam graças ao trabalho dos profissionais que não são médicos. Dessa maneira, o veto na parte que abarca a acupuntura estava apoiado na Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares do Sistema Único de Saúde. Tal parte do veto ainda consignou que “***O Poder Executivo apresentará nova proposta para caracterizar com precisão tais procedimentos.***”.

Em fevereiro de 2006, o documento final da política, com as respectivas alterações, foi aprovado por unanimidade pelo Conselho Nacional de Saúde e consolidou-se, assim, a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares no SUS, publicada na forma das portarias ministeriais nº 971, de 3 de maio de 2006, e nº 1.600, de 17 de julho de 2006.

Tal norma perdeu seus efeitos totalmente para os não médicos, em face da declaração pelo judiciário de nulidade das Resoluções dos Conselhos acima apontados.

Portanto, o documento técnico da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares do SUS, ao qual o veto se refere, atualmente, apenas abrange a classe médica.

Em 12 de setembro de 2012, o Juiz Federal Aalor Piacini da 9ª. Vara Federal de Brasília-DF, corroborou tal entendimento, declarando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos seguintes termos:

“(...) as resoluções que reconheciam a acupuntura como especialidade dos fisioterapeutas, psicólogos, farmacêuticos, fonoaudiólogos e enfermeiros foram consideradas ilegais pelo Tribunal Regional da Primeira Região. Enfim, que o pressuposto inicial utilizado pela Portaria n. 971/2006, ou seja, o de que vários conselhos de profissões de saúde regulamentada reconhecem a acupuntura

como especialidade em nosso país, e os cursos de formação encontram-se disponíveis em diversa unidade federada, não existe mais nos dias de hoje. (...) (negritamos) (Ação Ordinária JFDF 0029207-44.2012.4.01.3400)”.

Ademais, na conveniência do interesse público, as razões do veto do ato médico trazem profundos traços de inconstitucionalidade. Suas argumentações sobre a possibilidade do exercício da acupuntura por outros profissionais da área da saúde feriu o consagrado princípio da separação dos poderes ao legislar dando atribuições além do que permite as legislações das outras profissões, e tornando seus argumentos em texto literal do projeto de lei. Inconcebível que razões de veto sejam interpretadas e utilizadas como acréscimo de dispositivo de projeto de lei ou lei.

Destacamos que **as razões do Veto da Lei n. 12.842/2013 não tem força de lei**, sendo um ato político da então Presidente Dilma Rousseff, para tentar manter a política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares do Sistema Único de Saúde, com atendimento de baixo custo e sem qualificação, mesmo com as resoluções que disponham sobre o exercício da acupuntura dos outros Conselhos já anuladas pelo Judiciário. De qualquer forma, o veto não tem o poder de atribuir aos demais profissionais da saúde, com certa exceção como o odontólogo, prática de atividade de *“invasão da pele atingindo o tecido subcutâneo para injeção, sucção, punção, insuflação, drenagem, instilação ou enxertia, com ou sem o uso de agentes químicos ou físicos”* (Veto: Incisos I e II do § 4º do art. 4ºII).

Ora, o próprio fundamento do veto impede expressamente que um profissional em específico, não-médico, isoladamente, possa “diagnosticar doença e prescrever tratamento”. Afinal de contas, a razão do veto é a “atuação integrada dos profissionais de saúde” no bojo do Sistema Único de Saúde – SUS.

O veto na parte que abarca a acupuntura estava apoiado na Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares do Sistema Único de Saúde. Tal parte do veto consignou que “O Poder Executivo apresentará nova proposta para caracterizar com precisão tais procedimentos.”. Ou seja, o próprio veto considera que o executivo deverá, ainda, se adaptar aos ditames da nova Lei do Exercício da Medicina.

Em hipótese alguma, o veto confere a profissionais outros, não- médicos, a – isoladamente – diagnosticar doenças e prescrever tratamentos, o que é manifesta competência médica.

O veto é expresso ao vincular a impossibilidade da vigência da norma para não impedir a “atuação integrada dos profissionais de saúde” no bojo do Sistema Único de Saúde – SUS, única e exclusivamente. Em momento algum o veto sequer aventou a possibilidade de que profissionais de outras áreas, isoladamente, pudessem realizar diagnósticos de doenças e indicar tratamentos. Sendo a única exceção, a “atuação integrada” de profissionais, no bojo do SUS, e não mais que isso.

Por sua vez, merece também esclarecimento que o veto (e suas razões) é um ato político, por ser uma prerrogativa do Poder Executivo de negar sanção aos projetos de lei aprovados pelo Legislativo. A circunstância desse ato apresentar-se como legislativo, dentro do processo legislativo da CF no art. 66 (§ 1º), não o descaracteriza como ato político. Isso não significa que tem o veto força de lei, ao ponto de que o executivo (Presidente da República – competente para proferir o veto) faça às vezes do legislativo (papel de votar as leis) e, posteriormente, possa o Judiciário legitimar tal ato político como força de lei.

Logo, há que prevalecer o que chamamos de máxima expressa no art. 2º da CF de 1988 – a qual afirma a independência e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com a adoção do princípio da separação de poderes, pelo qual cabe a cada um deles uma função típica: ao Legislativo a atividade legiferante; ao Executivo a administração pública; e ao Judiciário o exercício jurisdicional.

Por certo, ao longo de todo processo legislativo da Lei nº 12.842/2013, a intenção do legislador foi reconhecer como privativo do médico o ato de diagnosticar e tratar doenças.

Desta feita, sob qualquer foco de análise, resta evidente que com base na atual Lei do Ato Médico somente o médico pode praticar a acupuntura.

Posta a melhor análise legal e constitucional sobre o tema, passemos a análise jurisprudencial que é recentíssima e torrencial.

Nesses termos, se manifestou o TRF1, vejamos:

ADMINISTRATIVO. PRÁTICA ACUPUNTURISTA. ATIVIDADE NÃO REGULAMENTADA NO BRASIL. EXERCÍCIO POR PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE, COM BASE EM RESOLUÇÃO E SEM SUPORTE EM LEI AUTORIZATIVA ESPECÍFICA. EXTENSÃO DO CAMPO DE ATUAÇÃO DOS BIOMÉDICOS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. Após acirrada divergência jurisprudencial nos Tribunais pátrios, o colendo Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação no sentido de que a atividade de acupuntura não pode ser regulamentada por Resoluções dos Conselhos Profissionais, sem alicerce em lei autorizativa específica.

2. Nesse diapasão: a) "no Brasil não existe legislação que proíba a certos profissionais da área de saúde a prática da Acupuntura, ou mesmo que a preveja apenas em favor de alguns; no entanto, não se pode deduzir, a partir desse vácuo normativo, que se possa, por intermédio de ato administrativo", atribuir ao Biomédico "a prática da Acupuntura, porquanto dependeria de autorização legal expressa o exercício de tal técnica médica, por ser o agulhamento idêntico a procedimento invasivo, ainda que minimamente". b) convém recordar "que, no domínio do Direito Público, como ensina o Professor

GERALDO ATALIBA, a ausência de previsão legal para o desempenho de certa atividade regulamentada significa a sua interdição àquele agente, por falta de atribuição de competência, que somente a lei pode definir; não se aplica, no âmbito do Direito Público, a famosa teoria da licitude implícita, segundo a qual, a conduta que não é proibida é permitida, tal como é conhecida tradicionalmente nos campos do privatismo jurídico". c) não é admissível aos profissionais da área da saúde "estender o seu próprio campo de trabalho por meio de Resolução Administrativa, pois as suas competências estão fixadas em lei que regulamenta o exercício da notável profissão." (REsp 1357139/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 24/04/2013).

3. Submetida a questão em debate ao controle de constitucionalidade do colendo Supremo Tribunal Federal, os eminentes Ministros GILMAR MENDES e TEORI ZAVASCKI, em recentíssimas decisões, negaram seguimento a dois recursos extraordinários, ao argumento de que a jurisprudência do Excelso Pretório é no sentido de que somente a União pode legislar sobre as condições para o exercício das profissões. É certo que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei (art. 5º, II, da CR), mas também é garantia constitucional que o livre exercício das profissões pressupõe a qualificação necessária para a prática da profissão (art. 5º, XII, da CR) - RE 753475 - DF, DJe 14/06/2013 e RE 750384 - DF, DJe-19/06/201, respectivamente. Nesse sentido: ADI 3587, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 22.2.2008 e RE 414.426, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 10.10.2011.

4. Em suma, apesar de não existir no ordenamento jurídico lei específica regulando a atividade de acupuntor, não pode o profissional de biomedicina, que possui regulamentação própria na Lei 6.684/79 e no Decreto regulamentar n. 88.439/83, "praticar atos que sua legislação profissional não lhe permite, sob pena de ferir-se o inciso XIII do artigo 5º da Constituição". O Conselho Federal de Biomedicina "não pode regulamentar atos que não estão previstos em lei como privativos dos profissionais que fiscaliza, elastecendo-os." (AC 0032814-51.2001.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, 7ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.264 de 03/04/2012).

5. Apelação e remessa oficial não providas.

Brasília-DF, 30 de julho de 2013 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA

Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 2002.34.00.005142-0/DF

Este mesmo raciocínio é direcionado para todos os profissionais não médicos, já que será demonstrado como o Poder Judiciário, antes mesmo da edição e entrada em vigor da lei do ato médico, possuía entendimento sedimentado de que o profissional somente pode praticar atividades prévia e expressamente previstas em sua lei regulamentadora, sob pena de desrespeito à Constituição Federal.

Este entendimento já foi objeto de recentíssima manifestação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre o tema, envolvendo Medida Cautelar n. 20.255, proposta pelo Conselho Federal de Psicologia. Ao analisar o caso, o Exmo. Sr. Ministro Relator foi bastante claro e pontual em suas perfeitas considerações, ao dispor que:

....

9. No caso sub judice, não se verifica a plausibilidade jurídica da tese do Conselho Federal de Psicologia, ora requerente.

10. A Acupuntura é um método terapêutico milenar, parte integrante da Medicina Tradicional Chinesa, utilizada no Brasil há muitos anos. No entanto, a despeito do tempo de exercício dessa atividade no País, a prática da acupuntura ainda não é regulamentada por Lei, sendo, portanto, foco de grandes debates entre os diversos grupos de profissionais interessados em oferecer atendimento à população através dessa técnica.

11. Realmente, não existe legislação que proíba a certos profissionais a prática da Acupuntura ou mesmo que a preveja apenas em favor de outros, em uma análise perfunctória, não vislumbro que possa a Resolução 005/2002, editada pelo Conselho Federal de Psicologia, ora requerente, atribuir ao Psicólogo a prática da acupuntura, porquanto dependeria de autorização expressa o exercício de tal técnica médica.

12. Convém recordar que, no Direito Público, como ensinava o Professor Geraldo Ataliba, a ausência de previsão para o desempenho de certa atividade significa a sua interdição àquele agente.

13. Ante o exposto, INDEFERE-SE a liminar pleiteada.

Brasília/DF, 28 de novembro de 2012.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR

Nessa mesma linha de raciocínio, em decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (29/06/2012), matéria exatamente igual a presente foi posta em análise, tendo o órgão colegiado máximo do STJ chegado à seguinte conclusão:

Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura

Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 278, 6º andar, Sala 4, Bela Vista, São Paulo, SP. CEP: 01318-901

“AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.566 - DF (2012/0082705-4) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE: CONSELHO FEDERAL E ENFERMAGEM COFEN AGRAVADO: COLEGIO MEDICO DE ACUPUNTURA - CMA EMENTA PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. EXERCÍCIO DA ACUPUNTURA. Pretensão que parte de uma petição de princípio, a de que os pacientes desassistidos pelos profissionais de enfermagem seriam prejudicados; inexistindo dilação probatória no pedido de suspensão, não há como demonstrar o acerto de tal afirmação e o conseqüente desacerto daquela segundo a qual o prejuízo à saúde pública resultaria da prática da acupuntura por quem não tem habilitação para esse efeito. Agravo regimental desprovido. “

Nos termos do Voto do Sr. Relator, por unanimidade, entendeu que **“o prejuízo à saúde pública resulta da prática da acupuntura por parte de quem não tem habilitação para esse efeito; ‘somente pode dar-se por profissional que, previamente, esteja habilitado a fazer diagnósticos clínicos’. (grifou-se)**

E mais, o Ministro Presidente do STJ, em decisão monocrática proferida na mesma SLC 1566, deixou claro que “na lógica do acórdão *sub judice*, o prejuízo à saúde pública resulta da prática da acupuntura por parte de quem não tem habilitação para esse efeito; **“somente pode dar-se por profissional que, previamente, esteja habilitado a fazer diagnósticos clínicos.”**

Destaque-se que além desses precedentes cristalinos e recentes sobre o tema, também a Procuradoria Geral da República – PGR já se manifestou sobre o tema (JFDF APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.34.00.017788-4/DF).

O parecer do Parquet em caso análogo é perfeito e elogiável em todos os sentidos, pois entendeu corretamente a matéria, tendo manifestado entendimento pela inexistência dos pressupostos legais para o deferimento da medida cautelar pretendida.

Em sua manifestação, a PGR alertou que NÃO HÁ PERIGO NA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISIDICIONAL, pois a “a privação da prática da acupuntura por psicólogos não impede que tais profissionais exerçam suas atividades típicas e competências fixadas na lei que regulamenta o exercício da profissão”.

Ademais, a PGR entendeu que não existem pressupostos legais para o deferimento do pedido de liminar feito pelos Psicólogos, que pleiteavam a possibilidade de praticar a acupuntura, vez que ***“não há previsão legal para o exercício da acupuntura por psicólogos sendo que não pode a referida prática ser objeto de regulamentação para profissionais sem formação médica específica pois pressupõe diagnóstico, um tratamento, tratando-se pois de ato profissional da área médica.”***

A conclusão do parecer do MPF merece louvor e transcrição:

Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura

Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 278, 6º andar, Sala 4, Bela Vista, São Paulo, SP. CEP: 01318-901

“Daí a conclusão de que não pode uma simples Resolução de Conselho Profissional autorizar profissionais sem formação médica a realizar a acupuntura ou reconhecer tal prática como sendo uma especialidade do psicólogo sob pena de afronta à Constituição Federal e às leis que regulamentam a profissão de psicólogo.”

Recorde-se que no caso específico dos psicólogos, o STJ decidiu, tendo como Relator o MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, que:

“11. Realmente, não existe legislação que proíba a certos profissionais a prática da Acupuntura ou mesmo que a preveja apenas em favor de outros, em uma análise perfunctória, não vislumbro que possa a Resolução 005/2002, editada pelo Conselho Federal de Psicologia, ora requerente, atribuir ao Psicólogo a prática da acupuntura, porquanto dependeria de autorização expressa o exercício de tal técnica médica.”⁴

O Supremo Tribunal Federal, em 13.06.2013 e 18.06.2013, considerou que a decisão do Tribunal Regional Federal - 1a. Região, que entendeu não haver previsão legal para a realização de diagnóstico nosológico pelos psicólogos "está em plena harmonia com a jurisprudência desta Corte, que se firmou no sentido de que compete à União legislar sobre as condições para o exercício de profissões"; e também por entender que "inexiste ofensa à Constituição Federal (RE 753.475) e, ainda, “Apesar de a atividade de acupuntura não estar regulada por lei específica, tenho que a sua realização somente pode dar-se por profissional que, previamente, esteja habilitado a fazer diagnósticos clínicos, para poder, com base nele, prescrever um tratamento para combater o mal que acomete o paciente. É certo que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei (art. 5º, I, da CR), mas também é garantia constitucional que o livre exercício das profissões pressupõe a qualificação necessária para a prática da profissão (art. 5º, XII, da CR).”(RE 750.384).

Vale transcrever a notícia publicada no próprio site do Supremo Tribunal Federal cientificando a população sobre o exercício da acupuntura:

Segunda-feira, 24 de junho de 2013

STF arquiva recursos sobre prática de acupuntura por psicólogos

Dois recursos extraordinários que chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF), tentando, sem êxito, reverter as decisões que consideraram ilegal a prática de acupuntura por psicólogos, foram arquivados, neste mês de junho, pelos ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki. O exercício da atividade por esses profissionais está regulamentado na Lei 4.119/1962 e na Resolução 5/2002 do Conselho Federal de Psicologia (CFP).

⁴ (MEDIDA CAUTELAR Nº 20.255 - DF (2012/0243594-7) MEDIDA CAUTELAR Nº 19.898 – DF (2001201886576-6) RECURSO ESPECIAL Nº 1357139 / DF - RECURSO ESPECIAL Nº1342442/DF)

RE 753475 - O Recurso Extraordinário (RE) 753475, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi interposto pelo CFP contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que, ao julgar recurso de apelação, concluiu que o exercício da atividade de acupuntura por psicólogos não poderia ser regulamentado por meio de resolução, e sim por lei. Aquela corte assentou que a profissão de psicólogo é regulamentada pela Lei 4.119/1962, que estabeleceu como funções do profissional fazer diagnóstico psicológico, e não diagnóstico clínico. “Não é possível a tais profissionais da saúde alargar seu campo de trabalho por meio de resolução, pois suas competências já estão fixadas em lei que regulamenta a profissão”, destacou o acórdão.

A decisão do Tribunal foi comemorada pelos membros do Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura (CBMA). O ex-presidente da entidade e coordenador adjunto da Câmara Técnica de Acupuntura do CFM, Dirceu de Lavor Salles, avalia que “agora os magistrados, os ministros e desembargadores estão percebendo a impropriedade que é a prática não-médica da acupuntura, um procedimento invasivo, que necessita de uma diagnóstico, prognóstico e obviamente só deve ser praticado por médicos, odontólogos, veterinários em seus respectivos campos de atuação. A prática milenar de acupuntura pressupõe a realização de prévio diagnóstico e a inserção de agulhas em determinados pontos do corpo humano, a depender do mal diagnosticado”, ressaltou o TRF-1.

No STF, o Conselho de Psicologia alegou que tal entendimento viola a liberdade de exercício profissional, prevista no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal.

O ministro Gilmar Mendes negou seguimento (não analisou o mérito) ao Recurso Extraordinário por entender que a decisão questionada está em harmonia com a jurisprudência do STF, segundo a qual compete à União legislar sobre as condições para o exercício das profissões. De acordo com o ministro, para se chegar a um entendimento diverso sobre a legislação, seria necessário analisar e interpretar o teor da lei infraconstitucional, o que impede também o prosseguimento do recurso, uma vez que eventual ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de maneira reflexa ou indireta.

A decisão questionada, também do TRF-1 RE 750384 - No RE 750384, de relatoria do ministro Teori Zavascki, destacou que o livre exercício das profissões pressupõe qualificação necessária para a prática da profissão. De acordo com o ministro, “o acórdão recorrido amparou-se em razões de natureza constitucional e infraconstitucional, cada qual apta, por si só, à manutenção do julgado”. Nesse ponto, o ministro fez referência a uma decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que julgou caso idêntico e decidiu pela ilegalidade da resolução por ter estendido de forma indevida o campo de trabalho dos profissionais da psicologia:

“A referida decisão transitou em julgado, restando imutáveis fundamentos infraconstitucionais suficientes para manter o acórdão recorrido. Por conseguinte, afigura-se inadmissível o presente recurso extraordinário, uma vez que incide, por

Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura

Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 278, 6º andar, Sala 4, Bela Vista, São Paulo, SP. CEP: 01318-901

analogia, o óbice da Súmula 283/STF”, concluiu. Conforme prevê a Súmula 283 do STF “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

O Supremo Tribunal Federal, dia 20.08.2013, publicou a decisão final sobre o caso da psicologia, quando sua Segunda Turma, unânime, no AG.REG. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 750.384 DISTRITO FEDERAL, assim entendeu:

06/08/2013 SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 750.384 DISTRITO FEDERAL

RELATOR :MIN. TEORI ZAVASCKI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXERCÍCIO DA ACUPUNTURA POR PSICÓLOGOS. RESOLUÇÃO 5/2002 DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS SUFICIENTES, POR SI SÓS, PARA MANTÊ-LO. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÂNSITO EM JULGADO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APTOS A MANTER O ACÓRDÃO. SÚMULA 283/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Ademais, vale ressaltar que no caso de profissionais de fisioterapia e enfermagem há vedação quanto a prática da acupuntura, já sedimentada nos tribunais. Isso porque, por óbvio que se pretende reduzir o risco de doenças ou agravos à saúde dos usuários de acupuntura.

Dispõe o DECRETO N 94.406/87, que regula a atividade de enfermagem:

Art. 8º – Ao enfermeiro incumbe:

I – privativamente:

- a) direção do órgão de Enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública ou privada, e chefia de serviço e de unidade de Enfermagem;*
- b) organização e direção dos serviços de Enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;*
- c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de Enfermagem;*
- d) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de Enfermagem;*

- e) consulta de Enfermagem;*
 - f) prescrição da assistência de Enfermagem;*
 - g) cuidados diretos de Enfermagem a pacientes graves com risco de vida;*
 - h) cuidados de Enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos científicos adequados e capacidade de tomar decisões imediatas;*
- II – como integrante da equipe de saúde:*
- a) participação no planejamento, execução e avaliação da programação de saúde;*
 - b) participação na elaboração, execução e avaliação dos planos assistenciais de saúde;*
 - c) prescrição de medicamentos previamente estabelecidos em programas de saúde pública e em rotina aprovada pela instituição de saúde;*
 - d) participação em projetos de construção ou reforma de unidades de internação;*
 - e) prevenção e controle sistemático da infecção hospitalar, inclusive como membro das respectivas comissões;*
 - f) participação na elaboração de medidas de prevenção e controle sistemático de danos que possam ser causados aos pacientes durante a assistência de Enfermagem;*
 - g) participação na prevenção e controle das doenças transmissíveis em geral e nos programas de vigilância epidemiológica;*
 - h) prestação de assistência de enfermagem à gestante, parturiente, puérpera e ao recém-nascido;*
 - i) participação nos programas e nas atividades de assistência integral à saúde individual e de grupos específicos, particularmente daqueles prioritários e de alto risco;*
 - j) acompanhamento da evolução e do trabalho de parto;*
 - l) execução e assistência obstétrica em situação de emergência e execução do parto sem distocia;*
 - m) participação em programas e atividades de educação sanitária, visando à melhoria de saúde do indivíduo, da família e da população em geral;*
 - n) participação nos programas de treinamento e aprimoramento de pessoal de saúde, particularmente nos programas de educação continuada;*

o) participação nos programas de higiene e segurança do trabalho e de prevenção de acidentes e de doenças profissionais e do trabalho;

p) participação na elaboração e na operacionalização do sistema de referência e contrarreferência do paciente nos diferentes níveis de atenção à saúde;

q) participação no desenvolvimento de tecnologia apropriada à assistência de saúde;

r) participação em bancas examinadoras, em matérias específicas de Enfermagem, nos concursos para provimento de cargo ou contratação de Enfermeiro ou pessoal Técnico e Auxiliar de Enfermagem.

Como se pode perceber, os referidos profissionais não podem praticar diagnóstico, nem prescrever tratamentos, sendo que a Lei enumera, explicita o que lhes é permitido praticar.

A acupuntura é, antes de tudo, método milenarmente usado pelos chineses, para diagnóstico e tratamento de doenças.

Para tanto, tem-se que o profissional habilitado para praticar tal especialidade, na China, berço do método, é do médico especificamente habilitado para tal mister. Lá, é considerada especialidade médico-cirúrgica.

A própria Portaria n. 971/2006, do Ministério da Saúde disciplina que “é uma tecnologia de intervenção na saúde, inserida na Medicina Tradicional Chinesa (MTC), sistema médico complexo, que aborda de modo integral e dinâmico o processo saúde-doença no ser humano, podendo ser usada isolada ou de forma integrada com outros recursos terapêuticos, e que a MTC de práticas corporais complementares que se constituem em ações de promoção e recuperação da saúde e prevenção de doenças.”.

E, ao contrário de muitos argumentos insólidos, intervenções que necessitam de diagnóstico, como os procedimentos invasivos, praticados por profissional não habilitado, podem acarretar sérios danos à saúde das pessoas.

A utilização das agulhas e sua inserção no corpo humano, ainda que superficialmente, pressupõe a prévia realização de um diagnóstico clínico, que estabeleça, com alguma segurança, qual o mal a ser tratado, bem como a prescrição do tratamento a ser seguido.

Nem esse diagnóstico clínico nem essa prescrição de tratamento podem ser realizados por profissional de fisioterapia ou terapia ocupacional ou enfermeiro, por lhe faltar competência legal para fazê-lo.

É a realidade, a lei estabeleceu o que os referidos profissionais podem fazer e, entre suas atribuições, não está a de realizar diagnósticos clínicos, nem prescrever tratamentos.

Por ter elástico a matéria já regulada em lei, a atribuição de competência para a prática de acupuntura por profissional de Fisioterapia ou Terapia Ocupacional ou de enfermagem, fonoaudiologia, farmacêutico, biomédico, Psicólogos e psicanalistas, Nutricionista, Profissionais de educação física, Naturólogo ou Técnico em acupuntura por meio de Resolução é ilegal, por dela desbordar.

Ademais, no caso da Fisioterapia, em decisão do TRF-1 APELAÇÃO CÍVEL 2001.34.00.032976-6/DF⁵⁶ Processo na Origem: 200134000329766 RELATOR(A) JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS:

“já se reconheceu que o COFFITO, Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, não tem legitimidade para legislar sobre o exercício das profissões, ao dispor que a acupuntura pode ser realizada por profissional de Fisioterapia ou Terapia Ocupacional, tratou de matéria alheia à sua competência legal, disciplinando matérias que não lhe são afetas, uma vez que essa competência é exclusiva da União (art. 22, inciso XVI da Constituição Federal).

Apesar de a atividade de acupuntor não estar regulada por lei específica, tenho que a sua realização somente pode dar-se por profissional que, previamente, esteja habilitado a fazer diagnósticos clínicos, para poder, com base nele, prescrever um tratamento para combater o mal que acomete o paciente.

⁵ Processo N° 0020778-15.2017.4.01.3400 - 20a VARA - BRASÍLIA

No de registro e-CVD 00179.2017.00203400.1.00224/00032

⁶ APELAÇÃO CÍVEL 2001.34.00.032976-6/DF

Processo na Origem: 200134000329766

RELATOR(A) : JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS
APELANTE : CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM
PROCURADOR : GISELLE CROSARA LETTIERI GRACINDO
APELADO : CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL - COFFITO
PROCURADOR : HEBERT CHIMICATTI E OUTROS(AS)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ACUPUNTURA. ATIVIDADE NÃO REGULAMENTADA. LIMITAÇÕES IMPOSTAS POR CONSELHO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A prática milenar da Acupuntura pressupõe a realização de prévio diagnóstico e a inserção de agulhas em determinados pontos do corpo humano, a depender do mal diagnosticado no exame e a prescrição de tratamento.

2. Apesar de não existir no ordenamento jurídico lei específica regulando a atividade de acupuntor, não pode o profissional de fisioterapia e terapia ocupacional, que possuem regulamentação própria no Decreto-Lei 938/69 (artigos 3º a 5º), praticar atos que sua legislação profissional não lhe permite, sob pena de ferir-se o inciso XIII do artigo 5º da Constituição.

3. O Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional não pode regulamentar atos que não estão previstos em lei como privativos dos profissionais que fiscaliza, elástico-os.

4. Apelação a que se dá provimento.

Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura

Contudo, como se pode perceber, somente foi analisada a matéria no que diz respeito à autorização para a prática da acupuntura, não foi analisada a competência legal dos profissionais para o diagnóstico e prescrição de tratamento.

Sendo assim, entendo que não estão os profissionais de enfermagem habilitados para a prática do diagnóstico clínico e prescrição de tratamento, por isso, entendo que o parecer conclusivo aqui debatido, por ter tratado de matéria não prevista na Lei que regulamente a profissão, é ilegal e deve ser anulada.

Nesse sentido, o TRF da 1ª Região noticiou em seu sítio oficial na internet o abaixo disposto:

A 7.ª Turma Suplementar do TRF da 1.ª Região, por unanimidade, de acordo com o voto do relator, juiz federal convocado Carlos Eduardo Castro Martins, entendeu que, apesar de não existir no ordenamento jurídico lei específica regulando a atividade de acupuntor, não pode profissional de saúde praticar atos que sua legislação profissional não lhe permita, sob pena de ferir-se o inciso XIII do artigo 5.º da Constituição.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) e o Colégio Médico de Acupuntura (CMA) se opuseram, na Justiça, à Resolução CFP 005/2002, de 29 de maio de 2002, do Conselho Federal de Psicologia; à Resolução Cofen 197/1997, do Conselho Federal de Enfermagem; à Resolução 272, de 20 de abril de 2001, do Conselho Federal de Fonoaudiologia; e ainda a normas referentes aos profissionais de fisioterapia e terapia ocupacional, que possuem regulamentação própria no Decreto-Lei 938/69 (artigos 3.º a 5.º), e de farmácia. Alegaram que as resoluções em questão alargaram o campo de atuação dos referidos profissionais ao possibilitar a utilização da acupuntura como método complementar de tratamento, pois referidos profissionais não estão habilitados a efetuar diagnósticos clínicos.

O juiz convocado, depois de examinar separadamente a lei que estabelece as atribuições de tais profissionais, esclareceu não ser possível a tais profissionais de saúde alargar seu campo de trabalho por meio de resolução, pois suas competências já estão fixadas em lei que regulamenta o exercício da profissão. Esclarece o magistrado que a prática milenar da Acupuntura pressupõe a realização de prévio diagnóstico e a inserção de agulhas em determinados pontos do corpo humano, a depender do mal diagnosticado no exame.

O magistrado, portanto, deu provimento aos recursos de apelação do CFM e do CMA contra o Conselho Federal de Enfermagem (Cofen), o Conselho Federal de Psicologia (CFP), o Conselho Regional Federal de Fonoaudiologia, o Conselho Federal de Farmácia (CFF) e o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Coffito). APELAÇÃO CÍVEL 2002.34.00.017788-4/DF; APELAÇÃO CÍVEL

Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura

Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 278, 6º andar, Sala 4, Bela Vista, São Paulo, SP. CEP: 01318-901

2002.34.00.027895-7/DF; APELAÇÃO CÍVEL 2002.34.00.027895-7/DF;
APELAÇÃO CÍVEL 2001.34.00.033217-1/DF; APELAÇÃO CÍVEL
2003.34.00.011450-0/DF; APELAÇÃO CÍVEL 2002.34.00.005141-6/DF;
APELAÇÃO CÍVEL 2001.34.00.026747-2/DF; APELAÇÃO CÍVEL
2001.34.00.028791-5/DF; APELAÇÃO CÍVEL 2001.34.00.033219-7/DF;
APELAÇÃO CÍVEL 2001.34.00.023123-2/DF; APELAÇÃO CÍVEL
2001.34.00.032976-6/DF; Assessoria de Comunicação Social Tribunal Regional
Federal da 1ª Região.

Ora, conforme noticiado, as resoluções que reconheciam a acupuntura como especialidade dos fisioterapeutas, psicólogos, farmacêuticos, fonoaudiólogos e enfermeiros foram consideradas ilegais, nos termos dos acórdãos proferidos pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 27 de março de 2012, sendo anulada em sua íntegra e totalidade. Várias dessas decisões já foram referendadas pelo STJ e pelo STF, conforme já foi anteriormente transcrito, **inclusive a da Fisioterapia (AREsp nº 893064 / DF (2016/0081210-2) e AREsp nº 893064 / DF (2016/0081210-2).**

Nesse sentido, transcreve-se umas das ementas dos referidos acórdãos citados, vez que todas as demais são semelhantes (documentos anexos):

APELAÇÃO CÍVEL 2002.34.00.027895-7/DF

Processo na Origem: 200234000278957

RELATOR(A) : JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS

APELANTE : COLEGIO MÉDICO DE ACUPUNTURA

ADVOGADO: HELIO GIL GRACINDO FILHO E OUTROS(AS)

APELADO : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP

PROCURADOR : GABRIELI CORCINO PIRES RIBEIRO E OUTROS(AS)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ACUPUNTURA. ATIVIDADE NÃO REGULAMENTADA. LEI 4.119/62. REGULAMENTAÇÃO DA PROFISSÃO DE PSICÓLOGO.

1. A lei nº 4.119/62, art. 13, parágrafo primeiro, estabeleceu que é função privativa do Psicólogo a utilização de métodos e técnicas psicológicas com os seguintes objetivos: a) diagnóstico psicológico; b) orientação e seleção profissional; c) orientação psicopedagógica; d) solução de problemas de ajustamento.

2. Como se pode verificar do texto acima transcrito, não é possível a tais profissionais de saúde alargar seu campo de trabalho por meio de Resolução, pois suas competências já estão fixadas em lei que regulamenta o exercício da profissão.

3. A prática milenar da Acupuntura pressupõe a realização de prévio diagnóstico e a inserção de agulhas em determinados pontos do corpo humano, a depender do mal diagnosticado no exame.

4. A Resolução CFP 005/2002, de 29 de maio de 2002, do Conselho Federal de Psicologia, alargou o campo de atuação dos referidos profissionais ao possibilitar a utilização da acupuntura como método complementar de tratamento, pois referidos profissionais não estão habilitados a efetuarem diagnósticos clínicos. Somente podem realizar diagnósticos psicológicos.

5. Apesar de não existir no ordenamento jurídico lei específica regulando a atividade de acupuntor, não pode o profissional de psicologia praticar atos que sua legislação profissional não lhe permite, sob pena de ferir-se o inciso XIII do artigo 5º da Constituição.

6. Apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Decide a Sétima Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do relator.

Brasília/DF, 27 de março de 2012. Juiz Federal CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, Relator Convocado.

Ora, salta aos olhos o posicionamento adotado pela ementa acima transcrita, no sentido de que não é possível aos profissionais psicólogos, fisioterapeutas, enfermeiros, fonoaudiólogos e farmacêuticos praticar a acupuntura.

Isto porque as resoluções que reconheciam a acupuntura como especialidade desses profissionais foram consideradas ilegais e restaram anuladas pelo TRF 1 Região.

Assim, o pressuposto inicial utilizado por estas r. entidades de fiscalização profissional para permitir a prática de acupuntura por não médicos caiu por terra. Ou seja, o ato dos citados conselhos de profissões da saúde, que reconheceram a acupuntura como especialidade e também os cursos de formação disponíveis em diversas unidades federadas em nosso país, não existe mais nos dias de hoje.

De se ressaltar que vários acórdãos do TRF da 1ª região decidiram que apesar de inexistir lei que regulamente a acupuntura, as leis que regulamentam as profissões de

psicologia, fisioterapia, fonoaudiologia, farmácia e enfermagem não autorizam a realização de acupuntura por seus profissionais.

E, em decisão publicada em 15.02.2018, o Supremo Tribunal Federal manteve a proibição de que a acupuntura seja praticada por profissional fisioterapeuta, negando seguimento ao recurso extraordinário contra a decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região.

Na apreciação do recurso, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

“No mérito, destaco que o acórdão recorrido decretou a nulidade da Resolução 219/2000 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, por estar em desacordo com a lei que regulamenta a profissão. Nesse sentido, cito trecho do voto: “Nem diagnóstico clínico nem essa prescrição de tratamento podem ser realizados por profissional de fisioterapia ou terapia ocupacional, por lhe faltar competência legal para fazê-lo. É a realidade, a lei estabeleceu o que os referidos profissionais podem fazer e, entre suas atribuições, não está a de realizar diagnósticos clínicos, nem prescrever tratamentos. Por ter elástico a matéria já regulada em lei, a atribuição de competência para a prática de acupuntura por profissional de Fisioterapia ou Terapia Ocupacional através de Resolução é ilegal, por dela desbordar”. (eDOC 12, p. 56)

Logo, conclui-se que o COFFITO e os outros Conselhos extrapolaram a lei ao tratar do assunto inerente área médica, que é a especialidade acupuntura.

Por último, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal inadmitindo o RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.099.652 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapeutas Ocupacionais, entendo que é ilegal a prática da acupuntura por profissional não médico.

A decisão foi assim veiculada pelo Conselho Federal de Medicina:

O Supremo Tribunal Federal (STF) manteve a proibição de que a acupuntura seja praticada por profissional fisioterapeuta. O relator da matéria foi o ministro Gilmar Mendes, que negou, no dia 6 de fevereiro, seguimento ao recurso extraordinário contra a decisão do tribunal de origem, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região.

Na apreciação original, o Tribunal decretou a nulidade da Resolução 219/2000 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (Coffito), que reconhece da acupuntura como especialidade do fisioterapeuta. Em sua fundamentação, o TRF afirmou que o Decreto-Lei nº 938/1969 estabeleceu o que os profissionais fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais podem fazer e, entre essas atribuições, não está a de realizar diagnósticos clínicos, nem prescrever tratamentos (atos intrínsecos à prática da medicina e necessários à prática da acupuntura).

Nesse sentido, o tribunal destacou que houve extrapolação da lei por parte do Coffito ao tratar do assunto: "Por ter elastecido a matéria já regulada em lei, a atribuição de competência para a prática de acupuntura por profissional de Fisioterapia ou Terapia Ocupacional através de Resolução é ilegal, por dela desbordar".

A decisão é considerada uma importante vitória dos médicos brasileiros em defesa da exclusividade das atividades previstas na Lei nº 12.842/2013 (Lei do Ato Médico), e consolida a posição sobre a matéria defendida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que coordena a Comissão Jurídica de Defesa ao Ato Médico.

Esse grupo reúne advogados de diversas entidades médicas – entre elas a Associação Médica Brasileira (AMB), os conselhos regionais de medicina (CRMs) e as sociedades de especialidades – com o objetivo de estudar estratégias jurídicas de contraposição a atos administrativos que contrariam a legislação.

O trabalho compreende medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para suspender e anular judicialmente normativos, requerer a apuração da responsabilidade de gestores que os editaram e denunciar casos concretos de exercício ilegal da medicina, com apuração da responsabilidade civil e criminal dos envolvidos nos inúmeros casos de prejuízo a pacientes.

Entre as vitórias mais recentes estão a nulidade de artigos de resolução do Conselho Federal de Educação Física (Confef), os quais autorizavam aos profissionais desta área a prática de acupuntura e a suspensão, pela justiça, de trechos de resoluções do Conselho Federal de Farmácia (CFF) que permitiam "a consulta farmacêutica em consultório farmacêutico" e da "avaliação de resultados de exames clínico-laboratoriais do paciente" por estes profissionais.

A decisão foi mantida apenas pelo relator da matéria, o ministro Gilmar Mendes, por isso ainda cabe recurso ao Plenário do STF.

(Link para acesso à íntegra da decisão do STF - https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27444:2018-02-16-19-51-18&catid=3)

O COFFITO recorreu da decisão, mas o STF manteve seu entendimento.

Em 1º. de agosto de 2018, o STJ julgou o AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 909.856 - DF (2016/0108118-4), inadmitindo-o, tendo como Relator o MINISTRO OG FERNANDES, mantendo decisão do TRF1 de ação movida pelo COLÉGIO MÉDICO DE ACUPUNTURA – CMBA que anulou a Resolução do COFFITO que permitia a prática ilegal da acupuntura.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) negou seguimento ao agravo no Recurso Extraordinário do CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL – COFFITO em desfavor do COLÉGIO MÉDICO BRASILEIRO DE ACUPUNTURA – CMBA. A decisão publicada, em 02 de agosto de 2019, do Presidente do

STF, Ministro DIAS TOFFOLI, aponta que o caso é de ausência de ofensa constitucional direta, mantendo assim a proibição de fisioterapeutas na realização de acupuntura. O Supremo Tribunal Federal certificou que a decisão transitou em julgado em 14 de setembro de 2019 (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.220.294 DISTRITO FEDERAL – 0005140-64.2002.4.01.3400)

Por fim, ressalta-se que o recente Decreto 8.516/2015 colocou um balizador no dilema que estava se criando na área da medicina e outras áreas de saúde. O Citado decreto, que veio regulamentar a formação do Cadastro Nacional de Especialistas, com o objetivo de subsidiar os ministérios da Saúde e da Educação como fonte de informações para parametrização de ações de saúde pública e de formação em saúde, estabelece que a Comissão Mista de Especialidades, no âmbito do CFM, atribuindo-lhe competência para definir, por consenso, as especialidades médicas do país, cabendo à Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) a determinação da matriz de competência para a formação de especialistas na área de residência médica.

Assim, a Resolução CFM n. 2162/2017, onde se homologou a Portaria CME n. 02/2016, aprovou a relação de especialidades e áreas de atuação médicas aprovadas pela Comissão Mista de Especialidades, constando a acupuntura como especialidade médica.

Logo, a acupuntura é especialidade médica, inclusive reconhecida por dois Ministérios, o da Saúde e da Educação.

Logo, há sim Decreto autorizador da relação das especialidades e áreas de atuação médicas na legislação brasileira, as quais as demais áreas da saúde não podem invadir sem ter na sua legislação criadora autorização para tal.

Agulhamento seco

Sobre o tema registre-se que o Tribunal Regional da Primeira Região INDEFIRIU o pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação na Ação Ordinária n. 1014957 - 42.2019.4.01.3400 em que figura como apelante COFFITO – CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL, pretendendo suspender os efeitos da sentença que deferiu a liminar e anulou o Acórdão 481, proferido em 19/08/2016, em que o conselho profissional, por ato administrativo, autorizou a utilização por fisioterapeutas de agulhas intramusculares (“agulhamento a seco”) no tratamento de inflamações.

O Desembargador do TRF1, Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca, Relator Convocado, entendeu que “No caso dos autos, não verifico a probabilidade do direito, pelo menos neste momento processual. É que, além do “agulhamento a seco” (como dito na sentença, tal técnica se traduz em “introdução de material físico com vistas ao tratamento de inflamações e outras condições”), ser muito semelhante, para dizer o mínimo, à prática de

Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura

Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 278, 6º andar, Sala 4, Bela Vista, São Paulo, SP. CEP: 01318-901

acupuntura, a jurisprudência do STJ tem adotado o entendimento da indispensabilidade de norma legal para a extensão da área de atuação profissional, não bastando para tanto mero ato administrativo.”

Ressalta ainda que “Nesta seara, e sem ultrapassar o preliminar exame do pedido, não vislumbro qualquer contraponto com a Lei do Ato Médico (Lei n. 12.842/2013), pois a sentença se ateve a considerar ilegal a extensão de atribuições profissionais por mero ato administrativo do conselho profissional. No mais, o d. Juiz a quo, de forma clara e suficiente, decidiu pelas provas acostadas aos autos que o “agulhamento a seco” é prática derivada da acupuntura, não se sustentando a alegação de cerceamento de defesa pela falta de realização de perícia judicial.” (TRF1 PROCESSO: 1043177-65.2019.4.01.0000 PROCESSO REFERÊNCIA: 1014957-42.2019.4.01.3400)

Em seguida, o juiz, que já tinha concedido a liminar, sentenciou, reafirmando que “não pode o conselho profissional estender a prática de “agulhamento a seco” a seus profissionais, por ausência total de previsão legislativa sobre o tema específico, podendo ser utilizado como parâmetro o art. 4º, III, da Lei n. 12.843/2013 (Lei do Ato Médico)”. (TRF1 PROCESSO: 1014957-42.2019.4.01.3400).

A referida sentença traz que a prática do agulhamento seco é derivada da acupuntura:

“Primeiramente, cumpre destacar que o “agulhamento a seco” trata-se de prática derivada da acupuntura, ou seja, introdução de material físico, com vistas ao tratamento de inflamações e outras condições, tendo “denominação defectiva, muitas vezes usada por alguns segmentos, para se referir à acupuntura baseada em conhecimentos de anatomia musculoesquelética e de fisiologia miofascial – ou mais apropriadamente “acupuntura de ponto gatilho miofascial” – na qual os locais de inserção são determinados por áreas musculares nodulares dolorosas e músculos tensos. Esses locais podem ser tratados isoladamente ou em combinação com outros pontos de acupuntura conhecidos desde a antiguidade ou determinados nas últimas décadas (uma vez que a acupunturatria, como outras especialidades médicas, não cessa de evoluir e incorporar novos e crescentes conhecimentos)”, conforme esclarecido pela parte autora na réplica.” (JDFD PROCESSO: 1014957-42.2019.4.01.3400)

Em 2020, o CMBA ingressou com ação civil pública contra o Conselho Federal de Biologia e obteve liminar favorável suspendendo a Resolução CFBio Nº. 614/2021 nos pontos específicos tratam da acupuntura e derivados, por ilegalidade, fundamentando que não há nenhum amparo no ordenamento positivo vigente para respaldar a resolução dos Biomédicos para a prática desses atos.

Outra decisão importante foi proferida na ação proposta, também, pelo Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura, que confirmou o mérito da liminar concedida em 12 de março de 2021, na qual o Juiz Federal da 5ª. Vara Cível da SJDF já havia suspenso a eficácia da Resolução CFN nº. 681, de 19 de janeiro de 2021.

Na sentença, de 04 de agosto de 2021, o Meritíssimo Juiz, além de declarar que “não é permitido o exercício da acupuntura pelo profissional da nutrição”, declarou que o Conselho Federal de Nutrição “fica proibido de editar novas resoluções sobre acupuntura e derivações, enquanto mantida a atual disciplina normativa”. (AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL JFDF 1012034-72.2021.4.01.3400).

Por fim, para melhor esclarecer a invasão da medicina por vários profissionais, cita-se recente decisão da Justiça Federal de Minas Gerais que a confirma que prática da acupuntura é exclusiva da classe médica, comentada no sítio do Conselho Federal de Medicina:

O Conselho Federal de Medicina (CFM) e os Conselhos Regionais de Medicina poderão divulgar em suas páginas eletrônicas e nas suas redes sociais a informação de que a prática da acupuntura é exclusiva da classe médica. A decisão é da 7ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais (SJMG), em ações ajuizadas pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 11ª Região (Crefito 11) e pelo Ministério Público Federal (MPF) contra o CFM e o Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais (CRM-MG).

Nas duas ações, as entidades buscavam impedir que o CFM e o CRM-MG divulgassem eletronicamente que a acupuntura é um ato exclusivo dos médicos. O Crefito pedia, ainda, que fosse dado direito de resposta na conta do CFM no Instagram. Como argumento, o Crefito alegou que “a acupuntura não é ato privativo de médico, conforme dispositivos vetados da Lei nº 12.842, podendo sim ser praticada livremente por fisioterapeuta”.

Apesar da justificativa, o pedido foi indeferido. Na decisão contrária ao Crefito 11, o juiz da 7ª Vara Federal Cível da SJMG afirmou que nada havia de ilegítimo nos atos do CFM e CRM-MG, até porque, essas autarquias “detêm a atribuição de fiscalizar o exercício da profissão do médico e velar pelo livre exercício legal dos direitos dos médicos”.

Além de rejeitar o argumento, a sentença aprovada afirma, ainda, que o sistema conselhal não está vinculado ao entendimento do Conselho Nacional de Saúde, já que o mesmo “não detém a função de normatização do exercício das profissões na área de saúde”. Conheça AQUI a decisão relacionada à ação do Crefito.

Direito constitucional – A segunda ação sobre o tema ajuizada contra os Conselhos foi proposta pelo MPF, para que o CFM fosse “compelido a retirar de seu portal eletrônico toda e qualquer notícia que sugira, insinue e/ou afirme que a prática da acupuntura é exclusiva da classe médica”. Ao tratar do mérito da questão, o Juízo da 7ª Vara Federal Cível da SJMG ponderou que o acolhimento do pedido causaria “grave violação ao direito constitucional à livre manifestação do pensamento, representando inadmissível cerceamento de garantia fundamental, sem estarem evidenciados minimamente quaisquer abusos no seu exercício. Ao contrário, o direito à manifestação plena que se reconhece ao CFM e ao CRM-MG acaba por conferir concretude ao próprio direito constitucional à saúde que esta ação civil pública visa proteger primariamente”, observou o fórum. Das decisões, cabe recurso perante o

Tribunal Regional Federal da 1ª Região”. (Acesso a íntegra da SENTENÇA. (JFMG 1071108-91.2020.4.01.3400).

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, algumas conclusões são inafastáveis, quais sejam:

a) a segunda parte do inciso XIII do art. 5.º da Constituição Federal estabelece a possibilidade da restrição legal da liberdade para o exercício das profissões, quando diz: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Assim, somente o profissional que possui em sua lei autorização expressa para realizar determinado ato é que pode fazê-lo;

b) No Brasil, hoje, somente existe uma lei (Lei do Ato Médico) que preveja a possibilidade de o profissional médico realizar o diagnóstico nosológico, classificando, ainda, o que é diagnóstico nosológico;

c) A prática milenar da Acupuntura pressupõe a realização de prévio diagnóstico e a inserção de agulhas em determinados pontos do corpo humano, a depender do mal diagnosticado no exame e a prescrição de tratamento;

d) Essa mesma Lei do Ato Médico, na alínea b do artigo 4º., é expressa ao prever que é privativo do médico a indicação da execução e execução de procedimentos invasivos. Ora, um procedimento tipicamente invasivo é a acupuntura e o texto legal restringe a indicação da execução e a execução desse tipo de procedimento invasivo somente a médico;

e) Apesar de não existir no ordenamento jurídico lei específica regulando a atividade de acupuntor, não pode qualquer profissional não médico, praticar atos que sua legislação profissional não lhe permite (acupuntura), sob pena de ferir-se o inciso XIII do artigo 5º da Constituição;

f) Não existe fundamento jurídico, doutrinário ou jurisprudencial para que profissionais não médicos pratiquem a acupuntura no Brasil nos dias de hoje;

g) Permitir a prática de acupuntura por profissionais que não possuem autorização legal para tanto (não médicos), é assumir responsabilidade solidária com a realização desses atos e desrespeita o princípio constitucional mais importante da Administração Pública que é o Princípio da Legalidade;

h) Assim, outro profissional da saúde ou não e/ou qualquer técnico, mesmo que se diga capacitado e com certificado/diploma de curso, não tem habilitação legal para a prática da acupuntura, seja Biomédico, Biólogo, Enfermagem, Farmacêutica, Fisioterapeuta ou Terapêutica Ocupacional, Fonoaudióloga, Nutricionista, Psicóloga, ou Profissional de Educação Física;

h) o agulhamento a seco” é prática derivada da acupuntura; e

Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura

Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 278, 6º andar, Sala 4, Bela Vista, São Paulo, SP. CEP: 01318-901

i) o fato de intervenções que necessitam de diagnóstico, com procedimentos invasivos, praticados por profissional não habilitado pode acarretar sérios danos à saúde das pessoas.

Assim, permitir a realização da prática da acupuntura e/ou atividade de ensino por ou para não médicos, configura exercício ilegal da profissão e publicidade enganosa, vedada pelo ordenamento pátrio, conforme previsão contida no art. 37, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, causando danos à coletividade, especialmente à saúde pública.

Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2023.



Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura - CMBA

André Wan Wen Tsai
Presidente



Assessoria Jurídica do Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura

Hélio Gil Gracindo Filho
OAB/DF 9.293