



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL 2002.34.00.005143-3/DF

Processo na Origem: 200234000051433

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA (RELATOR):

Cuida-se de apelação interposta pelo Colégio Médico de Acupuntura – CMA contra sentença prolatada pelo Juízo Federal da 5ª. Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que julgou improcedente o pedido formulado com a finalidade de afastar a Resolução do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional COFFITO nº 60/85 e de suas derivadas (97/88, 201/99, 219/00), por nulidade. Fixou a verba honorária em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Sustenta a recorrente que referida Resolução autorizou profissionais sem a formação legal mínima necessária a realizarem a prática de acupuntura, que somente pode ser exercida por profissional habilitado, no caso, o médico.

Diz, ainda, que o referido Conselho não pode regulamentar a atividade de acupuntura via Resolução, sem amparo em legislação editada pelo Parlamento.

Recorda, no ponto, que somente o CFM pode regulamentar a atividade, uma vez que é especialidade médica (Resolução CFM 1.455/95).

Aduz que o próprio COFFITO, em seu Código de Ética Profissional, proíbe a realização de ato cirúrgico pelos fisioterapeutas, não podendo, assim, autorizar o exercício da atividade em tela, que é classificada como ato invasivo-cirúrgico.

Invoca, em favor de sua tese, o disposto nos arts. 6º, 196, 197 e 5º, XIII, todos da CF/88, bem assim dispositivos das Leis 3.268/57 e 6.316/75 e do DL 938/69.

Espera, assim, o provimento do recurso, para fins de decretação da nulidade da Resolução COFFITO 60/85, que reconhece a acupuntura como especialidade profissional do fisioterapeuta – para impedir que aquele Conselho habilite seus inscritos a exercer o ofício.

Resposta do COFFITO pela manutenção da sentença, uma vez que não há lei que autorize o exercício exclusivo da acupuntura por médicos. Assim, não estando a referida profissão regulamentada em lei, pode ser exercida por profissional da área de saúde, com habilitação específica, com alicerce em Resolução editada pelo Conselho Profissional correspondente.

Recorda, ainda, em favor de sua tese, a Portaria 84, de 04/05/2006 do Ministério da Saúde, que aprovou a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) no Sistema Único de Saúde – SUS.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA (RELATOR):

Sobre o tema em debate, 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. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PRÁTICA ACUPUNTURISTA. ATIVIDADE NÃO REGULAMENTADA NO BRASIL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL POR PSICÓLOGOS. RESOLUÇÃO 005/2002 DO EGRÉGIO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. EXTENSÃO DO CAMPO DE ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA DE PSICOLOGIA. NULIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Realmente, 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, como a Resolução 005/2002, editada pelo Conselho Federal de Psicologia, atribuir ao Psicólogo 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.*

2. *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.*

3. *Além do mais, não é admissível aos profissionais de Psicologia 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 (Lei 4.119/62).*

4. *Recurso Especial desprovido.*

(REsp 1357139/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 24/04/2013).

Em seu douto voto, disse o eminente Relator, com clareza e objetividade:

(...) 2.É certo que, 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.

3.Realmente, não existe legislação que proíba a certos profissionais a prática da Acupuntura ou mesmo que a preveja apenas em favor de outros; no entanto, não se vislumbra que possa a Resolução 005/2002, editada pelo Conselho Federal de Psicologia, ora recorrente, atribuir ao Psicólogo a prática da Acupuntura, porquanto dependeria de autorização expressa o exercício de tal técnica médica.

4. Como bem ressaltado pela parte recorrida, nas contrarrazões, a Acupuntura é um método cirúrgico invasivo, que se vale de material perfurante que atinge neuroreceptores específicos e desencadeiam uma resposta neuro-endócrino-imuno-humoral com efeitos potencializadores do sistema endógeno de inibição da dor e também efeitos sobre a atividade funcional de órgãos e sistemas corporais (fls. 427).

5. É certo que os Psicólogos não podem fazer diagnósticos clínicos, prescrições de tratamento, e nem mesmo realizar intervenções invasivas (mini-cirurgia), devendo, portanto, ser praticada apenas por profissionais da área médica.

6. 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.

7. Além do mais, como bem observou o Tribunal de origem, a Lei 4.119/62 que regulamenta a profissão de Psicologia, estabeleceu no seu art. 13, § 1o., 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.

8. Assim, não é possível aos profissionais de psicologia estender seu campo de trabalho por meio de Resolução, pois suas competências já estão fixadas em lei que regulamenta o exercício da profissão.

9. Dessa forma, escorreito o acórdão recorrido que anulou a Resolução 005, de 29 de maio de 2002, do Conselho Federal de Psicologia, na medida em que estendeu o campo de atuação dos profissionais da área de Psicologia ao possibilitar a utilização da Acupuntura como método complementar de tratamento.

Aliás, 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. A propósito, confirmam-se:

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ementado nos seguintes termos: “ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ACUPUNTURA. ATIVIDADE NÃO REGULAMENTADA. LEI 4.119/62. REGULAMENTAÇÃO DE PROFISSÃO DE PSICÓLOGO. 1. A Lei n. 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 de 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 9 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”. (eDOC 2, p. 95) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, sustenta-se, em preliminar, a repercussão geral da matéria deduzida no recurso. No mérito, aponta-se violação ao art. 5º, XIII, do texto constitucional. Alega-se, em síntese, que o aresto recorrido viola a liberdade de exercício profissional ao considerar ilegal a utilização de recurso de acupuntura por psicólogo. Decido. A irresignação não merece prosperar. Isso porque o acordão recorrido está em 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. Nesse sentido, cito: ADI 3587, de minha relatoria, DJe 22.2.2008 e RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 10.10.2011, assim ementados: “1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei Distrital n o 3.136/2003, que disciplina a atividade de transporte de bagagens nos terminais rodoviários do Distrito Federal. 3. Alegação de usurpação de competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (CF, art. 22, I) e/ou sobre condições para o exercício de profissões (CF, art. 22, XVI). 4. Com relação à alegação de violação ao art. 22, I, da CF, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o caso de declarar a inconstitucionalidade formal da Lei Distrital n o 3.136/2003, em razão da incompetência legislativa das unidades da federação para legislar sobre direito do trabalho. Precedentes citados: ADI n o 601/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, unânime, DJ 20.9.2002; ADI n o 953/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, DJ 2.5.2003; ADI-MC n o 2.487/SC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, unânime, DJ 1.8.2003; ADI n o 3.069/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, DJ 16.12.2005. 5. Quanto à violação ao art. 22, XVI, da CF, na linha dos precedentes do STF, verifica-se a inconstitucionalidade formal dos arts. 2º e 8º do diploma impugnado por versarem sobre condições para o exercício da profissão. Precedente citado: ADI-MC n o 2.752/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, maioria, DJ 23.4.2004. 6. Ainda que superado o reconhecimento de ambas as inconstitucionalidades formais indicadas, com relação ao art. 1º da Lei Distrital, verifica-se violação ao art. 8º, VI, da CF, por afrontar a liberdade de associação sindical, uma vez que a norma objeto desta impugnação sujeita o exercício da profissão de carregador e transportador de bagagens à prévia filiação ao sindicato da categoria. 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da legislação impugnada” “DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX, e XIII, DA CONSTITUIÇÃO. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.” Na espécie, ademais, o Tribunal de origem concluiu, a partir de análise das atribuições do psicólogo previstas na Lei 4.119/62, que é ilegal “a atribuição de competência para a prática de acupuntura por profissional psicólogo através de Resolução”. (eDOC 2, p. 91) Dessa forma, para a

adoção de entendimento diverso, far-se-ia necessária a prévia análise e interpretação da referida legislação infraconstitucional, o que obsta o prosseguimento do recurso extraordinário, pois eventual ofensa à Constituição Federal, se existente, dar-se-ia de maneira reflexa ou indireta. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 11 de junho de 2013. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (RE 753475, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 11/06/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 13/06/2013 PUBLIC 14/06/2013).

Decisão: 1. Trata-se de recurso extraordinário em ação anulatória proposta pelo Conselho Federal de Medicina em face do Conselho Federal de Psicologia, em cuja inicial se pleiteia o reconhecimento da nulidade da Resolução 5/2002 do CFP, tendo em vista (a) ser o exercício da atividade de acupuntura atribuído exclusivamente aos profissionais da medicina, por força do disposto na Lei 3.268/1957 e na Resolução 1.455/1995 do CFM; (b) ter a mencionada resolução do CFP, sem qualquer suporte legal e em confronto com o previsto na Lei 4.119/1965, possibilitado a prática da acupuntura aos psicólogos, profissionais destituídos de competência par a realização de diagnósticos clínicos nosológicos. O pedido foi julgado improcedente, ao entendimento de que, não obstante seja incontroversa a vinculação da prática aos profissionais de saúde, o CFM “não logrou elucidar qual o nível de complexidade da acupuntura, e mesmo a possibilidade de risco à saúde, que levariam ao convencimento em se admitir que se devesse limitar aquela atividade ao exercício exclusivo do médico” (fl. 314). Em grau de apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento ao recurso do Conselho Federal de Medicina, reformando a sentença pelos seguintes fundamentos: (a) a Resolução 5/2002 do Conselho Federal de Psicologia, que atribuiu competência aos profissionais do ramo para a prática de acupuntura, é ilegal, pois ampliou indevidamente o campo de atuação dos psicólogos, desbordando das competências previstas na Lei 4.119/1962, que regulamenta a profissão; (b) o Conselho Federal de Psicologia, ao editar a resolução sob exame, adentrou âmbito de competência legislativa reservada à União; (c) a atividade de acupuntor, embora careça de disciplina legal, requer profissional habilitado a realizar diagnósticos clínicos, excluindo, portanto, os psicólogos, por se tratar de medida invasiva ao corpo humano, a reclamar cuidados para com a segurança no procedimento; e (d) conquanto a Constituição Federal estabeleça o livre exercício profissional, e o princípio da legalidade nela insculpido determine que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a qualificação daquele que pretende se dedicar à prática da acupuntura é indispensável. No recurso extraordinário, o recorrente sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC. Aponta ofensa ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal, asseverando, em suma, que (a) o acórdão recorrido incorreu em equívoco ao interpretar o princípio do livre exercício profissional, porquanto sua leitura mais adequada seria a de que, na ausência de proibição legal à prática da acupuntura por profissionais da psicologia, entender-se-ia permitida a atividade; (b) somente diploma legal poderia estabelecer restrições aos profissionais da área da psicologia, no que diz respeito ao exercício da acupuntura, mas a Lei 4.119/1962 não o faz, tampouco existindo legislação que exija especial qualificação para a prática ora questionada, razão pela qual deve prevalecer a liberdade profissional; (c) caso prevalecesse o entendimento do Tribunal a quo, de que a ausência de

previsão legal impede que psicólogos atuem como acupuntores, a atividade deveria também ser vedada aos médicos, pois igualmente omissa a lei que regulamenta a profissão; (d) a acupuntura nunca foi regulamentada mediante legislação federal ou atribuída privativamente aos médicos; e (e) a acupuntura é atividade passível de exercício em caráter multiprofissional por aqueles que trabalham na área de saúde. 2. O Tribunal de origem decidiu a questão com base em diferentes argumentos. Confirmam-se os seguintes trechos do aresto impugnado: Por ter elastecido a matéria já regulada em lei, a atribuição de competência para a prática de acupuntura por profissional psicólogo através de Resolução é ilegal, por dela desbordar. Ademais, o CFP não tem legitimidade para legislar sobre o exercício das profissões, ao dispor que a acupuntura pode ser realizada por psicólogos, 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. 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). (fl. 388) O acórdão recorrido amparou-se em razões de natureza constitucional e infraconstitucional, cada qual apta, por si só, à manutenção do julgado. Em que pese ter a parte interposto o presente recurso extraordinário, visando à reforma dos fundamentos de índole constitucional, de se ver que, concomitantemente, foi interposto recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse reexaminada a matéria legal que servira de suporte ao acórdão recorrido. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao recurso especial (REsp 1.342.467/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 30/04/2013), confirmando o entendimento do Tribunal a quo, ao asseverar que: (...) em sessão realizada em 18/4/13, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de apreciar a questão em caso idêntico ao dos autos, tendo decidido pela ilegalidade de tal resolução, por ter estendido de forma indevida o campo de trabalho dos profissionais da psicologia. A referida decisão transitou em julgado, conforme certidão de fl. 502, restando imutáveis fundamentos infraconstitucionais suficientes para manter o acórdão recorrido. Por conseguinte, afigura-se inadmissível o presente recurso extraordinário, uma vez que incide, por analogia, o óbice da Súmula 283/STF. Nesse sentido: RE 720524 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 11-03-2013; RE 573827 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 11-10-2011. 3. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Intime-se. Brasília, 12 de junho de 2013. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente

(RE 750384, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 12/06/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18/06/2013 PUBLIC 19/06/2013).

Nesse sentido, incide, na espécie, a mais recente orientação desta Corte a respeito do assunto, em diversos precedentes:

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, elastecendo-os.

4. Apelação a que se dá provimento.

(AC 2001.34.00.032976-6/DF, Rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.264 de 03/04/2012). Negritei.

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.

(AC 2002.34.00.017788-4/DF, Rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.265 de 03/04/2012).

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 farmácia praticar atos que sua legislação profissional não o habilita, sob pena de ferir-se o inciso XIII do artigo 5º da Constituição.

3. O Conselho Federal de Farmácia não pode regulamentar atos que não estão previstos em lei como privativos dos profissionais de farmácia, elastecendo-os.

4. Apelação a que se dá provimento.

(AC 2001.34.00.033219-7/DF, Rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.265 de 03/04/2012)

No que tange aos profissionais da fisioterapia, pertinentes são as ponderações do Juiz Federal Convocado Carlos Eduardo Martins:

(...) No mérito, dispõe o Decreto-Lei 938/69:

Art. 3º É atividade privativa do fisioterapeuta executar métodos e técnicas fisioterápicos com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física do cliente.

Art. 4º É atividade privativa do terapeuta ocupacional executar métodos e técnicas terapêuticas e recreacional com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade mental do paciente.

Art. 5º Os profissionais de que tratam os artigos 3º e 4º poderão, ainda, no campo de atividades específica de cada um:

I - Dirigir serviços em órgãos e estabelecimentos públicos ou particulares, ou assessorá-los tènicamente;

II - Exercer o magistério nas disciplinas de formação básica ou profissional, de nível superior ou médio;

III - supervisionar profissionais e alunos em trabalhos técnicos e práticos.

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 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, 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.

Ademais, o COFFITO 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.

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).

.....

Sendo assim, entendo que não estão os profissionais de Fisioterapia ou Terapia Ocupacional habilitados para a prática do diagnóstico clínico e prescrição de tratamento, por isso, entendo que a Resolução aqui combatida, de número 219, de 14 de dezembro de 2000, por ter tratado de matéria não prevista na Lei que regulamente a profissão de Fisioterapeuta ou Terapia Ocupacional, é ilegal e deve ser anulada. (AC 2001.34.00.032976-6/DF).

Por fim, anoto que tentar justificar a prática de acupunturista com base em Portaria do Ministério da Saúde (Portaria 84, de 04/05/2006, que aprovou a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares - PNPIC) é, *data venia*, tese ainda mais absurda. Portaria é ato infralegal e não supre a atividade indispensável do Parlamento.

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO à apelação** para julgar procedente o pedido e proclamar a nulidade da Resolução COFFITO nº 60/85 e de suas derivadas. Inversão dos ônus da sucumbência. Custas na forma da lei.

É como voto.

