

Normativas

[Home](#) > [Normativas](#) > Mandado de Segurança - Parecer nº. 487 /2004



Mandado de Segurança - Parecer nº. 487 /2004

O Ministério Público, por seu representante infra-assinado, tendo em vista o constante do r. Despacho de fls. 102, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, manifestar-se nos seguintes termos:

Cuida-se de Ação Mandado de Segurança com pedido de liminar interposta por CARLOS ROBERTO KINDLMANN em face da Chefe da Divisão de Vigilância Sanitária do Município de São José dos Pinhais –PR Srª Márcia Goretti dos Santos, alegando que ferindo direito líquido e certo, a mesma não concedeu autorização para a instalação de seu consultório de acupuntura, e que ficou pendente a presença do responsável técnico, sendo que a alegação é que o responsável técnico é o próprio Impetrante, que fez curso para exercer a atividade de acupuntor.

Com despacho às fls. 18, apreciação da liminar foi postergada para após as informações da Impetrada.

Regularmente notificada a Autoridade Impetrada, esta apresentou informações às fls. 24/101, dizendo que já existe decisões judiciais nas quais o entendimento é que somente o médico é o profissional habilitado para a prática da acupuntura, e no referente ao direito líquido e certo, o mesmo inexistente, posto que o estabelecimento responsabilização por um profissional técnico habilitado, no caso, médico (fls. 26).

Com fulcro em tais fundamentos sustentou a preliminar de carência do direito de ação, pois entende impresente qualquer abuso, desvio de poder ou ilegalidade, uma vez que teria atuado em conformidade com a legislação vigente.

A preliminar suscitada pela Impetrante guarda liame com o mérito e, por tal razão, será junto com este enfrentada.

Ancorado nas disposições constantes dos artigos 5º, inciso XIII; 22, inciso XVI; 170, parágrafo único e 60 § 4º, todos da Constituição Federal, aduz o Impetrante que a lei municipal que exige um responsável técnico para o exercício da acupuntura é incabível porque ao Município é vedado legislar sobre o exercício de profissões, cuja competência privativa é da União Federal.

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

I – (...);

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...);

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

A propósito da questão, nunca é demais lembrar que o constituinte de 1988 reservou um capítulo especial, autônomo, para tratar dos direitos e garantias fundamentais. "A consagração no texto constitucional é importante porque, dada a hierarquia das normas legais, faz com que tais disposições se sobreponham, quer ao legislador ordinário, quer ao administrador público".

Prosseguindo no ensinamento complementa que: "O conjunto de direitos individuais forma o patrimônio jurídico do indivíduo, o qual é completado por todos os demais direitos subjetivos que a pessoa adquire dentro da ordem jurídica. Os direitos subjetivos servem de fundamento lógico e jurídico para os outros direitos considerados de hierarquia inferior".

Dissertando acerca da supremacia dos princípios constitucionais Agustin Gordillo nos ensina: "O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo respeitem seus limites e, ademais, tenham o seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção, realcem seu mesmo espírito. Mas ainda mais, esses conteúdos básicos da Constituição regem toda a vida comunitária e não somente os atos a que mais diretamente se referem ou as situações que mais expressamente contemplam; por serem 'princípios' são a base de uma sociedade livre e republicana, são os elementos fundamentais e necessários da sociedade e de todos os atos de seus integrantes" _.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, a ordem constitucional "forma-se, informa-se e conforma-se pelos princípios adotados (caixa alta própria). São eles que a mantêm em sua dimensão sistêmica, dando-lhe fecundidade e permitindo a sua atualização permanente. É na recriação de seu texto que se permite à Constituição renascer, adequando-se ao sentido do Justo que o povo acolhe em cada momento histórico, legitimando-se pelo movimento incessante, mas sem conduzir à perda da natureza harmoniosa que preside o sistema e que fica assegurada pela integratividade que a observância dos princípios possibilita" _.

Em arremate, diz a procuradora mineira: "A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados de constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam" e, concluindo a lição, assevera: "Sendo a Constituição uma lei, não se pode deixar de concluir que todos os princípios que nela se incluem, expressa ou implicitamente, são leis, normas jurídicas postas à observância insuperável e incontornável da sociedade estatal" _.

"Os direitos e liberdades fundamentais do homem e do cidadão merecem o amparo da lei, numa sociedade livre, solidária, aberta, fraterna, pluralista, sem preconceitos, comprometida com soluções pacíficas de todas as controvérsias, na ordem interna e internacional, sociedade onde se coloca, em primeiro plano, o respeito à dignidade humana... Complementando, o mesmo autor sustenta: "O vocábulo "lei" não abrange os "atos administrativos", o decreto, o regulamento, a portaria, o aviso, a instrução, a circular. No regime da Constituição de 1946, como, agora, no da de 1988, a lei, só a lei, é ato normativo primário, princípio quebrado em 1967 e 1969, com o decreto-lei, que se equiparava à lei" _ (caixa e negrito próprios).

Sabe-se que o ordenamento jurídico é um todo harmônico, não podendo haver colidência entre os diversos princípios e normas que o compõem.

Assim, para o esclarecimento da mens legis constante de determinada norma, não pode o interprete focá-la desavisadamente de forma isolada ou interpretá-la literal e isoladamente.

Necessário se faz o uso de regras de hermenêutica, trabalhando com técnicas e métodos para a obtenção de seu exato alcance. A simples interpretação literal poderia conduzir o hermenêuta a um aparente conflito entre princípios, o que é incabível em nosso sistema jurídico, sabidamente rígido. Disso resulta não poder prosperar a interpretação formulada pela digna Autoridade Impetrada, posto que é incompatível com a coerência e harmonia do ordenamento jurídico.

Em se tratando de hermenêutica constitucional, qualquer um sabe não haver hierarquia normativa entre os diversos princípios existentes na Constituição, sejam eles fundamentais, gerais ou especiais.

Por tais fundamentos, para que se pudesse sustentar alguma violação de um princípio normativo, dever-se-ia visualizar o sistema como um todo, e não apenas um determinado princípio, isoladamente, como se fosse um micro-sistema, compatibilizando a situação fática com a ordem jurídica.

Deparando-se o intérprete com um apenas aparente conflito normativo, a solução a prevalecer é aquela que melhor se harmonize com o interesse público e tenha, como sustentáculo, o princípio da razoabilidade, sob pena de vilipêndio ao sistema normativo, este tomado na sua globalidade.

Nesse sentido, vale trazer à colação a acertada doutrina de Flávia Piovesan asseverando que A nenhuma norma constitucional pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente Por pertinente, vale destacar que a discussão sobre a regulamentação da Acupuntura começou na Câmara dos Deputados em 1984, desencadeado pelos médicos Mário Hato (PL 3838/84) e Antônio Salim Curiati (PL 852/88), continuado por Antônio Carlos Mendes Thame (PL 935/91) e terminou com o PL 383/1991 de Marcelino Romano Machado, aprovado em 1994, indo para o Senado como PLC 67/95. Todos estes projetos apresentaram em comum o caráter democrático social estendendo o exercício da Acupuntura para todos os profissionais da área de saúde, exigindo boa formação dos acupunturistas. No Senado, começaram as discussões sobre Acupuntura através de Fernando Henrique Cardoso (PL Nº337/91) e houve prosseguimento na CAS a partir de 1995 com o PLC 67/95, relatado por Valmir Campelo a favor dos acupunturistas; passou por Audiência Pública e foi aprovado em duas votações. Foi, enfim, encaminhado para a Comissão da Educação onde teve parecer contrário do Senador Geraldo Althoff. Na votação, o médico Lúcio Alcântara se absteve e outros dois médicos, Tião Viana e Sebastião Rocha, ficaram do lado dos acupunturistas. Houve o encaminhamento para CCJC onde acabou sendo arquivado em 2002.

Atualmente existem três projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei nº 1549, apresentado em 24/07/2003 pelo Deputado Celso Russomanno, do PP de São Paulo; o Projeto de Lei nº 2284, apresentado em 14/10/2003 pelo Deputado Nelson Marquezelli, do PTB de São Paulo e o Projeto de Lei nº 2626, apresentado em 27/11/2003 pelo Deputado Chico Alencar, do PT do Rio de Janeiro, estando estes dois últimos apensados ao PL nº 1549/03.

Os projetos de lei ora em tramitação contemplam em seus artigos a preservação do direito adquirido a todos os profissionais que, até a data da promulgação da legislação em gestação, estejam comprovadamente exercendo a prática profissional da Acupuntura.

Assim, o projeto de autoria do Deputado Celso Russomanno estabelece que são considerados habilitados para o exercício profissional da Acupuntura os praticantes de Acupuntura com exercício profissional efetivamente comprovado até a data da publicação da Lei regulamentadora da profissão (artigo 2º, inciso IV).

No projeto de lei apresentado pelo Deputado Federal Chico Alencar encontra-se estabelecido que os profissionais que estejam comprovadamente exercendo a prática profissional da Acupuntura até a data da promulgação desta Lei receberão o título de "Acupuntor", desde que requeiram seu registro no órgão regional da administração pública responsável pela Vigilância Sanitária (artigo 18).

De igual modo, o Deputado Federal Nelson Marquezelli contemplou em seu projeto de lei que pode exercer a acupuntura o portador de diploma de técnico em acupuntura, expedido por escola técnica e devidamente registrado pelos órgãos competentes (artigo 3º, inciso II).

Conforme constam das justificativas ofertadas pelos proponentes dos projetos de lei em tramitação, a Acupuntura é uma técnica terapêutica de origem chinesa, sendo praticada há mais de 3.000 anos, e que visa a atuar no equilíbrio e na restauração da saúde através da inserção de pequenas agulhas em pontos localizados na superfície da pele. Atua também com a utilização de técnicas adjuntas como a laser-acupuntura, eletro-acupuntura, moxabustão, ventosas e massagem. Hoje existem inúmeros estudos científicos sobre a Acupuntura e a sua eficácia já é comprovada em mais de 87 doenças diferentes.

Há 50 anos vêm sendo popularizada a utilização de micro-sistemas pelos acupunturistas, como Auriculoterapia, Craniopuntura e Quiropuntura, usando agulhas minúsculas, reduzindo ainda mais a teórica periculosidade das agulhas.

Num trabalho publicado em 2003, abrangendo o período de 1965 a 1999, localizaram no mundo apenas 202 incidentes relacionados com Acupuntura, a maioria irrelevantes. A incidência das infecções ficou muito reduzida a partir de 1988 devido à introdução das agulhas descartáveis ou individuais. Em muitos países desenvolvidos, como EUA, Canadá, Inglaterra e Alemanha, a Acupuntura já foi regulamentada como terapêutica multiprofissional. Para o exercício da Acupuntura, os conhecimentos científicos modernos e os diagnósticos médicos são úteis, vêm para confirmar e apoiar esta valiosa descoberta chinesa. Entretanto, o mais importante é dominar a Filosofia Oriental e o circuito energético. Há 5.000 anos, os acupunturistas fazem avaliação energética através da conversa, olhar e palpar os pacientes, e assim, executam os tratamentos com grande eficácia, tanto que conseguiram a adesão dos médicos ocidentais.

A Acupuntura tradicional ou energética se propõe a manter a saúde das pessoas normais ou a tratar os distúrbios das pessoas doentes. O bom acupunturista deve estudar integralmente o ser humano nos seus aspectos físico, mental e espiritual. São condenáveis os tratamentos sintomáticos adotados pela Acupuntura Médica, que considera folclóricas as abordagens filosóficas do Yin-Yang e dos Cinco Elementos, e denigrem a boa imagem da Acupuntura, obtida com muito sacrifício pelos acupunturistas tradicionais.

No Brasil, a Acupuntura foi trazida pelos imigrantes japoneses há 100 anos. Em 1953, Frederico Spaeth, fisioterapeuta, começou a praticar Acupuntura. Os médicos só acreditaram na técnica na década de 80. Os acupunturistas foram muito perseguidos e alguns inclusive presos, antes como charlatões e a partir 1995, após o reconhecimento da Acupuntura como especialidade médica pelo CFM, por exercício ilegal da medicina.

Atualmente, existem no país 25.000 acupunturistas (profissionais de saúde e técnicos) e 5.000 médicos acupuntadores. São consistentes os movimentos de organização dos acupunturistas, evidenciando um desenvolvimento profissional da classe no país, e existem desde 1989 sindicatos e federação dos acupunturistas. No Estado de São Paulo e Município de Curitiba já há até o "Dia do Acupunturista", comemorado em 23 de março. Os profissionais de saúde tiveram melhor percepção do seu potencial curativo e a reconheceram como especialidade muito antes dos médicos. O COFFITO (fisioterapia) aceitou a Acupuntura em 1985, o CFBM (biomedicina) em 1986, o COFEN (enfermagem) e o CFM (medicina) em 1995, o CFF (farmácia) em 2000, CFFo (fonoaudiologia) em 2001, e CFP (psicologia) em 2002.

Defendendo a prática multiprofissional da Acupuntura, existem leis implantando Acupuntura no serviço público, como a Lei 3181/99 do Estado de Rio de Janeiro e da Lei nº. 5741 de Guarulhos. Existem leis criando Conselhos Municipais de Acupuntura com representantes multiprofissionais, como a Lei N.º 5756/01 de Guarulhos e a Lei N.º 13.472/02 de São Paulo.

Atualmente, devido à falta de regulamentação, os acupunturistas têm formações diversificadas. Existem cursos de especialização supervisionados por alguns Conselhos Federais dos profissionais de saúde. Há cursos técnicos reconhecidos pelas Secretarias de Educação em RJ, SP, MG e SC. O MEC autorizou em 2000 o funcionamento do Curso Superior de Acupuntura do IMAM em Belo Horizonte e reconheceu em 24/2/2003 os diplomas de Acupuntura da Universidade Estácio de Sá. Há um consenso entre os acupunturistas de lutar por uma formação profissional em nível superior de modo que a longo prazo, vá diminuindo o número de técnicos.

A Organização Mundial de Saúde (O.M.S.) considera que a saúde é um direito humano fundamental e que os governos têm a obrigação de proporcioná-la a seus povos. Considera que a Medicina Convencional não é acessível para grande parcela da população. Os cuidados primários de saúde seriam compostos de práticas não convencionais e métodos terapêuticos populares aceitos pelas comunidades, implantados a um custo que possa ser mantido em cada estágio do seu desenvolvimento. Os governos devem adotar medidas sanitárias e sociais adequadas, contando com a participação de médicos, enfermeiros, parteiras, auxiliares e praticantes das medicinas populares, para trabalhar como equipes multiprofissionais atendendo as necessidades de saúde das comunidades. A Acupuntura é uma das técnicas considerada modelo pela O.M.S. por ser eficiente e barata. Utiliza instrumentos de baixo custo e dispensa medicamentos caros.

Ultimamente, há crescente busca da Acupuntura pelo povo brasileiro mas que, infelizmente, tem o acesso dificultado devido à falta da especialidade no serviço público de saúde. A única forma de aumentar a oferta da Acupuntura é aumentar as equipes incluindo outros profissionais de saúde.

Impende salientar que a acupuntura, tratando-se de uma prática oriunda da cultura oriental, onde é exercida ou executada por práticos treinados sistematicamente, prática esta repassada de geração em geração, portanto não vinculada a qualquer categoria profissional, encontrando-se classificada como profissão de nível técnico na Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho e Emprego, incluída que foi no Catálogo Brasileiro de Ocupações, editado pelo Ministério do Trabalho, em 1977, em convênio com a Organização Internacional do Trabalho – OIT (Min.Trab./OIT/Unesco/BRA/70/550 n° 0.79-15 – Acupunturista), enquanto não regulamentado por lei o seu exercício, não se cuidando de prática privativa do profissional da medicina, não cabe ao Conselho Federal de Medicina ou mesmo a qualquer outro Conselho Profissional fazê-lo através de resolução, sob pena de violação da competência privativa da União para legislar sobre as condições para o exercício das profissões (Constituição Federal, art. 22, inciso XVI).

Os Conselhos da Área de Saúde, a propósito do Seminário sobre o Exercício da Acupuntura no Brasil, realizado em 1993 e promovido pela Secretaria de Vigilância Sanitária – MS/SVS/DETEN DSERV – DEHSA, em ofício assinado pelos conselhos federais da área da saúde, recomendou o exercício democrático da acupuntura pelos profissionais da área de Saúde no Brasil, desde que formados em curso específico.

D'outro vértice, preceitua o art 37 da Constituição Federal que "A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e também, ao seguinte: ...

Leciona o mestre DIÓGENES GASPARINI que "Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda o âmbito demarcado pela lei é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular.

De fato, este pode fazer tudo o que a lei não proíbe. A administração pública só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. ... A esse princípio também se submete o agente público"...

O Art. 5.º da Lei das Leis dita o princípio – referindo-se à esfera privada - da legalidade. Assim "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Já para Administração Pública, o princípio é o oposto.

Esta agirá estritamente de acordo com a lei, pois claro está que só a lei vinculará os administrados à realização de determinadas condutas. À mingua de legislação regulamentadora da profissão de acupunturista, a solução buscada pela Autoridade Impetrada para fundamentar seu ato, além de não lhe socorrer, viola frontalmente o princípio constitucional da isonomia encarnado no art. 5º, caput, da Carta Maior, materializando patente ato abusivo, sanável pela via mandamental.

Consta dos autos, às fls. 09, o certificado nº 201020, expedido pelo Instituto de Cultura e Medicina China do Brasil, o qual nos dá conta que o Impetrante concluiu, com aproveitamento, o curso realizado no período compreendido entre 22/06/01 e 20/06/02, com 600 horas/aulas prática e teórica, estando, portanto, tecnicamente habilitado para o exercício profissional.

Estando o Impetrante tecnicamente habilitado para o exercício da acupuntura sistêmica chinesa, inclusive filiado ao Sindicato dos Acupunturistas e Terapias Orientais do Estado do Paraná (fls.08), abusivo é o ato da Autoridade Impetrada ao exigir um médico como responsável técnico para o estabelecimento, porque, pelos fundamentos já expostos, inaplicável na espécie a Resolução CFM nº 1455/95.

Também se revela abusiva a exigência de qualificação profissional reconhecida pelo MEC, uma vez que assim não exige a lei. O que se exige é a habilitação técnica, e isto se encontra satisfeito pelo documento de fls. 09.

Ante o exposto, nosso parecer é no sentido do afastamento da preliminar de carência de ação suscitada pela Impetrada e, no mérito, dúvida alguma paira quando ao direito líquido e certo que milita em favor do Impetrante, uma vez que a interpretação dada pela digna Autoridade aos dispositivos legais, por ela invocados, para negar o deferimento da Licença Sanitária para a Clínica de Acupuntura de Carlos Roberto Kindmann é de toda incompatível com os princípios e garantias fundamentais insertos no art. 5º e incisos, da Constituição Federal, como também carece de substrato material a Resolução CFM nº 1455/95, no que tange à competência para legislar sobre as condições para o exercício das profissões, bem como para legislar em causa própria, definindo a acupuntura como uma especialidade privativa da medicina, impondo-se, assim, a concessão da segurança pleiteada.

São José dos Pinhais, 28 de julho de 2004.

DIVONZIR JOSÉ BORGES

Promotor de Justiça