

**A LEI DO ATO MÉDICO E O CRIME DE EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA: A
REGULAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS****THE MEDICAL ACT LAW AND THE CRIME OF ILLEGAL EXERCISE OF
MEDICINE: THE REGULATION OF ESTHETIC PROCEDURES**Mayrinkellison Peres Wanderley¹ORCID <http://orcid.org/0000-0003-2905-0872>**RESUMO**

O presente artigo se propõe a analisar o crime de exercício ilegal da medicina a partir das disposições na Lei do Ato Médico – LAM (Lei 12.842/2013), sob o prisma da regulação. Essa lei regula a amplitude e os limites da atuação do profissional médico. Assim, uma interpretação restritiva desta norma sobre a legitimidade do exercício de ato médico, especialmente com relação aos procedimentos invasivos previstos no seu artigo 4º, poderá trazer consequências não apenas administrativas e cíveis, mas também implicações criminais, como o cometimento em tese do crime de exercício ilegal da medicina (artigo 282 do Código Penal), caso algum profissional venha a praticar atividade que seja considerada atividade exclusiva de médico. Recentes decisões do Poder Judiciário vêm reforçando a proteção à atividade médica, alijando profissionais que historicamente atuaram em atividades que passaram a ser consideradas ilegais após a edição da LAM. Tais restrições podem afetar diretamente aspectos regulatórios como a liberdade de profissão, a restrição à entrada e a livre iniciativa, o direito adquirido e a saúde pública, princípios constitucionalmente protegidos.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação – Exercício ilegal da medicina – Ato médico – Saúde pública – Liberdade de profissão.

ABSTRACT

¹ Advogado. Mestre e Doutorando em Direito da Regulação pela FGV – Escola de Direito Rio. Especialista em Direito da Saúde pela PUC-RJ. Avenida Almirante Barroso, nº 63, Sala 2201, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20031-003. E-mail: mwanderley@bwa.adv.br. ORCID <http://orcid.org/0000-0003-2905-0872>.



This paper aims to analyze the crime of illegal practice of medicine based on the provisions of the Medical Act – LAM (Lei 12.842/2013), from the perspective of regulation. This law defines the extent and limits of the medical professional’s performance, therefore the restrictive interpretation of the norm on the legitimacy of the medical practice may bring not only administrative and civil consequences, but also criminal implications, e. g., the crime of illegal exercise of medicine (Article 282 of the Brazilian Penal Code), if someone who is not doctor practices a medical activity. Recent decisions by the Judiciary have reinforced the protection of medical activity, banning professionals who historically endured activities that became illegal after the LAM was enacted. Such restrictions can directly affect regulatory aspects such as freedom of profession, entry restrictions and, public health and acquired rights, all of them constitutionally protected principles.

KEYWORDS: Regulation; Illegal practice of medicine; Medical Act; Public health; Freedom of profession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. A LEI DO ATO MÉDICO E A REGULAÇÃO DA MEDICINA – ASPECTOS JURÍDICOS
 - 1.1. A Lei do Ato Médico e a regulação da medicina
 - 1.2. O princípio da legalidade e o conflito de competência da regulação dos procedimentos invasivos
 - 1.2.1. A cosmiatria ou dermatologia estética
 - 1.2.2. A acupuntura
2. A CRIMINALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DE SAÚDE
 - 2.1. A criminalização das atividades “médicas” e os princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de profissão
 - 2.2. A criminalização das atividades “médicas” e o princípio constitucional da proteção aos “direitos adquiridos”
 - 2.3. A criminalização das atividades “médicas” e o princípio da proteção da saúde dos consumidores

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS



INTRODUÇÃO

A regulamentação da medicina no Brasil tem origem antiga e seu exercício sempre foi objeto de interesse estatal.² O médico, historicamente, representa um dos mais bem remunerados na economia brasileira.³ Além disso, no universo das ciências da saúde, normalmente desempenha papel de destaque.⁴ O médico é detentor de autoridade científica e social reconhecida na sociedade. Como seu objeto de trabalho – a vida, o corpo humano – é também um sujeito de direito, o ordenamento jurídico busca definir o papel do profissional médico e proteger a atividade profissional em si⁵.

O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940), por exemplo, tipificou a conduta do “exercício ilegal da medicina” (artigo 282), sem especificar exatamente, em alguns artigos, o que seriam atividades privativas de médico. A Lei 12.842/2013 – Lei do Ato Médico (LAM) é a norma mais recente que passou a regular seu exercício de forma mais ampla e o CFM – Conselho Federal de Medicina passou a fiscalizar o cumprimento da Lei, criando conflito com outras profissões que já atuavam ou desejavam atuar em determinadas áreas da economia que foram regulamentadas como “atividades privativas de médico”, na forma do artigo 4º da LAM.

Desta forma, o exercício de atividades econômicas como a acupuntura e a cosmiatria⁶ por um profissional não médico pode, em tese, representar uma ilegalidade administrativa, um ilícito civil ou mesmo um crime, conforme a gravidade e extensão da conduta ou a interpretação que se dê aos textos legais que definem o exercício dessas atividades.

² A Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro foi a primeira academia médica, criada pelo príncipe regente D. João, por Carta Régia, em 1808.

³ Segundo *O Globo*, a medicina é a primeira carreira mais bem remunerada do setor privado e a sexta entre todas as profissões. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/carreiras/2019-05-28/conheca-as-dez-carreiras-mais-bem-remuneradas-no-brasil.html/>, acessado em 10/09/2019. Em novo estudo, divulgado pela FGV/IBRE, os médicos especialistas estão no topo, com ganhos que ultrapassam R\$ 18 mil. Disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/noticia/2023/10/17/as-18-profissoes-mais-bem-pagas-do-brasil-em-2023-segundo-a-fgv.ghtml>, acessado em 30/05/2024.

⁴ CORADINI, Odaci Luiz. Grandes famílias e elite “profissional” na medicina no Brasil. *In: História, Ciências, Saúde – Manginhos*, III (3) 425-466, Nov.1996-Fev.1997, p. 425-426.

⁵ WANDERLEY, Mayrinkellison Peres. **Autorregulação e a coordenação regulatória da cosmiatria pelos conselhos de fiscalização profissionais de saúde**. Dissertação (mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2021. 150f. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/bitstreams/e207c18f-ee87-41bd-abd9-0a3f9587cb46/download>, p. 37.

⁶ Para a Sociedade Brasileira de Dermatologia (SBD), a dermatologia cosmiátrica é exclusivamente uma área da medicina, que os procedimentos médicos são privativos para médicos e que seu objetivo é a manutenção da beleza e a aparência. Disponível em: <http://www.sbd.org.br/dermatologia/sobre-a-dermatologia/o-que-e-dermatologia/>.



O presente artigo se propõe a analisar se a prática de procedimentos invasivos por profissionais não-médicos, em particular a cosmiatria e a acupuntura, disciplinados na LAM e regulamentados expedidos pelo CFM, constituiria o crime de exercício ilegal da medicina.

Na primeira parte deste artigo será apresentado (i) um breve histórico da regulação do exercício da medicina no Brasil até a promulgação da Lei do Ato Médico e (ii) os conflitos surgidos na área da saúde em decorrência da interpretação da Lei do Ato Médico, que culminaram na proibição de determinadas atividades por outros profissionais.

Na segunda parte, será discutida a consequência da proibição de algumas atividades por profissionais não médicos, especialmente a subsunção de tal prática ao crime de exercício ilegal da medicina, sob a perspectiva dos princípios constitucionais (i) da livre iniciativa e da liberdade de profissão, (ii) do direito adquirido e (iii) da proteção da saúde dos consumidores.

Deve-se destacar, inicialmente, a relevância do tema atualmente, uma vez que grande parte da doutrina sobre o tema do direito médico se limita a discutir a deontologia da profissão⁷ ou a responsabilidade civil ou penal por “erro médico”⁸ pelos profissionais da saúde em geral⁹. Esse mercado envolve profissões que atuam em atividades econômicas que afetam diretamente a saúde pública, a concorrência, barreira à entrada, a livre iniciativa e a liberdade profissional, cuja atuação “ilegal” pode vir a ser considerada como crime.

O estudo apresenta-se sob perspectiva descritiva e analítica de resoluções dos conselhos profissionais de saúde e decisões judiciais que poderiam ensejar a criminalização do exercício de atividades “privativas” de médico por outros profissionais da área da saúde.

1. A LEI DO ATO MÉDICO E A REGULAÇÃO DA MEDICINA NO BRASIL

⁷ E.g.: FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de ética médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010; DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019; BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de ética médica: comentado e interpretado**. Timburi, SP: Cia do eBook, 2019; entre outras.

⁸ Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça reclassificou na sua Tabela Processual Unificada (TPU) a expressão “erro médico” para “danos materiais e/ou morais decorrentes da prestação de serviços de saúde”. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/justica-elimina-categoria-erro-medico-do-sistema-de-classificacao-de-processos-a-pedido-de-entidades-medicas/>, acessado em 30/05/2024.

⁹ E.g.: KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. **Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos**. Coimbra: Almedina, 2007; PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil Médica**. Lisboa: AAFDL Editores, 2017; SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do Erro À Culpa na Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015; AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Erro Médico: A Responsabilidade Jurídica Pelos Danos Causados aos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016; DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos santos. **Direito Médico**. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2023; entre outras.



1.1. A regulação da medicina no Brasil

Até a edição da Lei Imperial de 3 de outubro de 1832,¹⁰ as atividades da área da saúde eram realizadas por profissionais formados no exterior (médicos), ou por uma série de pessoas dotadas de conhecimento mediano da medicina ou outras ciências médicas, como os antigos sangradores, barbeiros, parteiras e “curiosos”.¹¹

Após diversos decretos imperiais regulamentadores da medicina,¹² e algumas outras leis específicas na República,¹³ a principal norma que regulou a atividade médica e seu exercício foi Decreto 20.931, de 11 de janeiro de 1932.¹⁴ Ao longo de praticamente todo o século XX, esse decreto sofreu poucas modificações e serviu de base legal, tanto para definir o universo do exercício regular da medicina no país, quanto para estabelecer seus limites. Os artigos 15 e 16, por exemplo, preveem os deveres do médico, e desde já se percebe a patente preocupação com o exercício da profissão médica.¹⁵ Contudo, em 2013, foi sancionada a Lei 12.842, que dispõe sobre o exercício da medicina, cuja edição gerou conflitos com diversas outras profissões,¹⁶ as quais exercem atividades que, segundo os médicos, passaram a ser exclusivas dos egressos das faculdades de medicina.

O Projeto de Lei¹⁷ que culminou na Lei do Ato Médico definiu cada atividade a ser exercida exclusivamente pelos médicos, tendo sofrido diversos vetos da Presidência da

¹⁰ Lei Imperial de 3 de Outubro de 1932.

¹¹ Ao longo do Século XIX, houve a busca por se formar uma elite médico-científica no país, distinta das chamadas práticas “não-oficiais”. O Decreto 71/1837 “autorizava as faculdades de medicina a admitir cirurgiões formados ou aprovados depois da Lei de 1832, desde que fizessem os exames das matérias acessórias. FERREIRA, Luiz O.; FONSECA, Maria R. F. da; EDLER, Flávio C. A Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro no século XIX. *In*: DANTES, Maria Amélia M. (Org.). **Espaços da ciência – 1800-1930**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.p. 56. *Apud* Dilma Cabral, 2014.

¹² O primeiro decreto no Brasil que tratou especificamente sobre o exercício legal da profissão de médico data de 1851. Durante o Império, a regulação da atividade esteve mais voltada para o ensino da medicina do que para seu exercício em si, por exemplo: Decretos nº 1.387/1854, 1.764/1856, 3.464/1865, 2.649/1875, 8.024/1881 e 9.314/1884, entre outros decretos e leis imperiais que vigoraram até o Decreto 1.270/1891.

¹³ Decreto-Lei 4.113/1942, Lei 3.268/1957, Decreto 44.045/1958, Lei 6.932/1981, Decreto 8.516/2015.

¹⁴ O Decreto 20.931/1932 “regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira”.

¹⁵ O texto legal praticamente reconhece o médico como o responsável por qualquer prescrição, punindo os demais profissionais que venham a exercer ilegalmente atividade exclusiva da medicina (artigos 38 a 42).

¹⁶ Por exemplo, as profissões que se fazem representar pelos conselhos federais de Odontologia (CFO), Farmácia (CFF), Fisioterapia (COFFITO), Enfermagem (COFEN), Fonoaudiologia (CFFa) e Biomedicina (CFBM).

¹⁷ Projeto de Lei do Senado (PLS) 268/2002 e Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PL) 7703/2006.



República,¹⁸ A insegurança jurídica trazida pelos vetos limitou o correto entendimento de determinados termos que restaram indeterminados ou vagos, como procedimentos invasivos¹⁹.

O Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), no capítulo referente aos crimes contra a saúde pública, prevê um tipo penal em particular que representa uma ameaça real aos que decidem atuar nas atividades ditas médicas sem a devida habilitação: trata-se do crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282).

Trata-se de crime doloso, de perigo abstrato e habitual, que pode ser cometido por qualquer pessoa (1ª parte) ou apenas médico, dentista ou farmacêutico que excede os limites da sua profissão (2ª parte). É sujeito passivo, primeiramente, a coletividade e, em segundo lugar, o paciente que é por atendido pelo sujeito ativo. O bem jurídico tutelado é a saúde pública, e, não, simplesmente, o indivíduo.²⁰

Como a LAM disciplina a atividade da medicina no Brasil, cabe ao CFM, por si ou por seus conselhos regionais, regulamentar a atuação do médico, a qual é normatizada por resoluções, portarias, acórdãos administrativos ou pareceres.

1.2. O princípio da legalidade e o conflito de competência da regulação dos procedimentos invasivos

Algumas atividades, como a cosmiatria e a acupuntura, tornaram-se atividades rentáveis e que em pouco tempo atraíram a atenção de diversos profissionais da área da saúde que passaram a competir com os médicos nesse nicho, autorizados por seus respectivos conselhos profissionais, que são autarquias federais²¹ detentoras de autorregulação delegada,²² que passaram a regulamentar as atividades mediante resoluções, vindicando sua legitimidade

¹⁸ Mensagem de Veto nº 287, de 10/07/2013. A Câmara dos Deputados analisa um projeto de lei do Executivo (6.126/13) que visa restabelecer, com nova redação, partes vetadas na LAM.

¹⁹ LAM, Art. 4º: “São atividades privativas do médico: [...]III: indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias”.

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: Parte Especial: arts. 235-361. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. III, p. 176-181.

²¹ Os conselhos profissionais em geral e, especificamente, os da área da saúde (federais ou regionais), são entidades de classe e se enquadram na categoria de autarquias, conforme acórdão do STF: BRASIL. STF. ADI 1.717 e na forma do Decreto-Lei n.º 200/67, Art. 5º.

²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. Regulação Estatal e Autorregulação na Economia Contemporânea. In: **Revista de Direito Público da Economia**, volume 33, Belo Horizonte, Fórum, jan.-mar./2011, p. 89-90.



para explorar o novo mercado. Algumas dessas atividades passaram a ser consideradas como atividade exclusiva da medicina a partir da edição da LAM.

Como resultado, houve conflitos entre os médicos e outros profissionais da saúde que se viram expressamente tolhidos (ou em alguns casos liberados) de exercerem atividades que até então não eram definidas como “ato médico”, gerando uma série de ações judiciais em todo o Brasil. Coube então aos tribunais definir o que seria, no caso concreto, “ato médico”. Grande parte dos processos se deu por iniciativa do CFM ou de seus conselhos regionais ou, ainda, das sociedades de especialidades médicas, requerendo a anulação de resoluções autorizadoras dos conselhos profissionais ou de associações profissionais de saúde,²³ a partir de 2013, com a edição da LAM.

1.2.1 A cosmiatria ou dermatologia estética

Como exemplo da discordância de profissionais não-médicos acerca das atividades privativas de médico o Judiciário tem enfrentado a polêmica envolvendo a cosmiatria ou dermatologia estética. Até recentemente, o médico era considerado imprescindível para o exercício de qualquer atividade que envolvesse tratar o corpo humano. Os médicos exerceram ao longo dos anos no Brasil o monopólio no tratamento de saúde dos pacientes para fins terapêuticos e também estéticos, seja pela cirurgia plástica, ato médico clássico, seja pela a dermatologia,²⁴ que evoluiu para a criação da cosmiatria ou dermatologia estética.

O primeiro conselho profissional da saúde a desafiar tal monopólio da cosmiatria foi o Conselho Federal de Odontologia – CFO,²⁵ que expediu diversas resoluções disciplinando o exercício da odontologia por cirurgiões-dentistas para fins estéticos. A Resolução CFO 176/2016, por exemplo, permitiu a atividade “exclusivamente estética” pelos cirurgiões-dentistas. Irresignadas, as organizações médicas ajuizaram diversas ações e o TRF-5 suspendeu

²³ As disposições podem ser encontradas nas seguintes resoluções: COFFITO 60/1985, 219/2000, 393/2011 e 394/2011, COFEN 529/2016, CFO 176/2016, CFF 585/2013, 586/2013 e 616/2015, CFBM 197/211, 200/2011, 214/2012 e 241/2014, disponíveis em seus respectivos sítios eletrônicos. Para uma melhor compreensão acerca das diversas disposições dos conselhos profissionais no que concerne à cosmiatria, ler WANDERLEY, Mayrinkellison Peres. **A regulação da cosmiatria no Brasil: o conflito regulatório entre os conselhos profissionais de saúde**. São Paulo: Dialética, 2023.

²⁴ SAMPAIO, Sebastião A. P.; RIVITTI, Evandro A. **Dermatologia**. 3. ed. São Paulo: Artes Médicas, 2007. p. ix.

²⁵ A profissão de cirurgião-dentista é disciplinada pelo Decreto 20.931/1932, o mesmo diploma legal que disciplinava a profissão de médico e pela Lei 5.081/1966, que regula o exercício da odontologia.



dos efeitos da dita Resolução, de forma liminar,²⁶ tendo sido confirmada a decisão em Agravo de Instrumento pelo TRF-5.²⁷ O critério utilizado pelo tribunal para concessão da liminar foi o da legalidade (análise sistemática das normas), pois o CFO teria extrapolado seu âmbito de atuação e legislado em matéria privativa dos médicos, além de riscos à saúde pública.

Outros processos contra resoluções que permitiram a cosmiatria por farmacêuticos,²⁸ enfermeiros²⁹ e biomédicos³⁰ tiveram caminhos distintos, mas aproximados, quanto à aplicação do princípio da legalidade. No caso dos farmacêuticos, no TRF-4, a decisão do Juízo³¹ foi de não suspender a eficácia das resoluções que regulou a atuação de farmacêuticos estetas, decisão esta confirmada em segunda instância.³² Entretanto, em outra ação ajuizada no TRF-5, o Juízo decidiu liminarmente pela suspensão dos efeitos da Resolução do CFF, por vislumbrar usurpação de competência legislativa.³³

No que se refere aos enfermeiros, o TRF-5 proferiu decisão liminar de âmbito nacional suspendendo a resolução COFEN 529/2016,³⁴ sob o argumento de que se estaria invadindo área privativa do médico e extrapolando os limites impostos pela lei à atuação do enfermeiro (princípio da legalidade estrita) e também o risco de externalidades, fundamentado no princípio da legalidade.³⁵ Em outro processo, o TRF-1 deferiu pedido de tutela provisória requerida pelo CFM para suspender a dita resolução do COFEN, por entender que as atividades estéticas são ato privativo do médico.³⁶

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento e Agravo Interno n. 0800083-74.2018.4.05.0000-RN. Publicado no DJ de 03/07/2018.

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Sentença em Ação Ordinária n. 0809799-82.2017.4.05.8400-RN. Publicado no DJ de 27/09/2018.

²⁸ A profissão de farmacêutico é regulada pelo Decreto 20.931/1932 e pelas Leis 5.991/1973 e 13.021/2014, na forma da Resolução 585/2013 do CFF. No entanto, a partir da Resolução 616/2015, passou a fazer parte das atribuições desse profissional da saúde o que foi chamado pela classe de “saúde estética”.

²⁹ A profissão de enfermeiro é regulamentada pelos Decretos-Leis 20.931/1932 e 8.778/1946 e pelas Leis 2.604/1955 e 7.498/1986. O COFEN autorizou a enfermagem estética por meio da Resolução COFEN 429/2016.

³⁰ A profissão de biomédico é regulamentada pela Lei 6.684/1979 e o Decreto 88.439/1983. As Resoluções CFMB 197/211, 200/2011, 214/2012 e 241/2014 criaram a “biomedicina estética”.

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Decisão em Ação Civil Pública n. 5062002-50.2016.4.04.7100-RS. Juiz Federal: Dulce Helena Dias Brasil. Publicado no DJ de 19/09/2016.

³² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento n. 5044487-59.2016.4.04.0000-RS. Publicado no DJ de 10/10/2016.

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Sentença em Ação Ordinária n. 0808737-41.2016.4.05.8400-RN. Publicado no DJ de 22/09/2016.

³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento e Agravo Interno n. 0804884-67.2017.4.05.0000-RN. Publicado no DJ de 03/10/2017.

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Sentença em Ação Ordinária n. 0808737-41.2016.4.05.8400-RN.

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Distrito Federal. Sentença em Ação Ordinária n. 0020778-15.2017.4.01.3400-DF. Publicado no DJ de 20/09/2017.



Igualmente, referente os biomédicos, o TRT-1, em primeira instância, julgou procedente o pedido (com resolução de mérito) para declarar nulas as Resoluções CFBM 197/211, 200/2011, 214/2012 e 241/2014, que regularam a biomedicina estética, sob a alegação de invasão de prerrogativa prevista em lei. Em grau de recurso, o TRF-1 restaurou as atribuições dos biomédicos, concedendo efeito suspensivo ao recurso.³⁷

1.2.2. A Acupuntura

A acupuntura é uma prática oriunda da medicina tradicional chinesa praticada há milhares de anos e em diversos países.³⁸ Segundo o Colégio Médico Brasileiro de Acupuntura (CMBA), a técnica é capaz de complementar os tratamentos da medicina chamada ocidental alopática, e atualmente é reconhecida como especialidade médica pelo CFM.³⁹ De acordo com o CMBA, a especialidade⁴⁰ deve ser praticada apenas por médicos, cirurgiões-dentistas⁴¹ e médicos veterinários,⁴² excluindo outros profissionais, com ou sem formação na área.

O Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – COFFITO já havia regulamentado a acupuntura como técnica e atribuição dos fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, por meio da Resolução COFFITO 60/1985 e COFFITO 219/2000. O TRF-1 declarou nula a Resolução 219/2000, em processo movido pelo CFM, decidindo que a acupuntura seria atividade exclusiva de médico, tendo em vista que haveria, em tese, exercício de diagnóstico e perfusão nos tecidos da pele, o que subsumiria ao previsto no art. 2º,

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento n. 007735-65.2013.4.01.0000-DF. Publicado no DJ de 25/09/2013.

³⁸ Ver correspondência oficial da Embaixada da República Popular da China no Brasil dirigida à Associação de Medicina Chinesa e Acupuntura do Brasil (AMECA). Disponível no Processo nº 1004717-55.2019.4.01.3800-MG (MP-MG x CFM), p. 153.

³⁹ Resolução 1.455/1995. Recentemente o CFM homologou a Portaria CME nº 1/2018, que atualizou a relação de especialidades e áreas de atuação médicas aprovadas pela Comissão Mista de Especialidades, confirmando a acupuntura como especialidade médica. A Resolução 2.330/2023 ampliou este rol.

⁴⁰ O Decreto 8.516/2015 regulamentou no Brasil as especialidades médicas, conferindo ao CFM e outras entidades médicas e públicas a função de disciplinar a forma e os tipos de especialidade.

⁴¹ O Conselho Federal de Odontologia (CFO), na Resolução CFO 160/2015, reconheceu a Acupuntura, a Homeopatia e a Odontologia do Esporte como especialidades odontológicas.

⁴² Em 2014, o Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV) reconheceu a especialidade de Acupuntura Veterinária. A concessão do título se dá pela ABRAVET (Associação Brasileira de Acupuntura Veterinária) (Resolução CFMV 1.051/2014).



parágrafo único, II,⁴³ e art. 4º, III, da LAM, bem como a ausência de legitimidade do COFFITO para regular atividades que extrapolem as atribuições previstas na lei que regulamentou a profissão. O COFFITO interpôs recurso extraordinário contra a decisão, que foi inadmitido e a matéria chegou até o STF. A relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes que o julgou prejudicado por entender que o tema não versava sobre questão constitucional. Nos fundamentos da decisão, porém, assentiu aos argumentos contidos no acórdão recorrido.⁴⁴ O voto foi seguido por unanimidade pelo plenário em 04/04/2018.

A decisão teve efeito que reverberou por toda a classe de fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, gerando diversos manifestos de ambos os lados. Para os médicos, ficou claro que, numa leitura ampliada do acórdão do TRF-1, apenas estes poderiam exercer a acupuntura. Os fisioterapeutas alertaram para o perigo da criminalização do exercício da acupuntura por quem não seja médico.⁴⁵

Já as organizações privadas que promovem e difundem a acupuntura como arte, ofício ou profissão, a reação foi imediata: acusaram o CFM de propaganda enganosa, ao afirmar a exclusividade da classe médica para exercer a acupuntura,⁴⁶ e avocar a existência milenar da técnica e a afronta à liberdade de profissão.⁴⁷ Considerando que a acupuntura e a cosmiatria vêm sendo entendidas pelo CFM como especialidades médicas, os demais profissionais que atuam nessa atividade poderiam, em tese, estar incorrendo no crime de exercício ilegal da medicina.⁴⁸

⁴³ Lei do Ato Médico: “Art. 2º. O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.099.652-DF (Processo Original 0032814-51.2001.4.01.3400-DF). Publicado no DJ de 23/04/2018. “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”.

⁴⁵ Em outro processo que tramita no TRF-1, o CMBA entrou com ação ordinária pedindo a nulidade da Resolução COFFITO 60/1985. A 7ª Turma do TRF-1 manteve o entendimento da ilegalidade da norma. O recurso pendente de julgamento no STJ (Processo nº 0005140-64.2002.4.01.3400-DF). Disponível em <https://www.coffito.gov.br/nsite/?p=14491>, acessado em 13/12/2020.

⁴⁶ O Conselho Regional de Auto-Regulação da Acupuntura de Minas Gerais ofereceu Representação junto ao Ministério Público Federal no Estado de Minas Gerais, assinado por centena de profissionais, o qual ingressou com ACF contra o CFM e CRM/MG. Processo nº 1004717-55.2019.4.01.3800-MG.

⁴⁷ Entre as mais importantes, estão a Associação Brasileira de Acupuntura (ABA), Associação de Medicina Chinesa e Acupuntura do Brasil (AMCAB), Associação Sino Brasileira de Acupuntura Moxabustão e Terapias Holísticas (ASBAMTHO), entre outras.

⁴⁸ WANDERLEY, Mayrinkellison Peres, *Op. Cit.*, p. 51.



2. A CRIMINALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DE SAÚDE

Partindo do pressuposto de que a prática de uma atividade positivada na LAM por profissional não-médico pode significar a ocorrência do crime tipificado no artigo 282 do Código Penal,⁴⁹ há de se analisar se tal restrição respeita princípios constitucionais de bens jurídicos garantidos como direitos fundamentais e que regem as atividades econômicas no Brasil, a despeito das recentes decisões judiciais, das resoluções do CFM, da lacuna legislativa que envolve o tema e da imprecisão das terminologias da LAM.

Recentemente, de acordo com a pesquisa coordenada pelo CFM, entre 2012 e 2023, o País registrou 9.566 casos de crimes classificados como exercício ilegal da medicina, conforme registros nas delegacias e no Judiciário.⁵⁰ A mídia tem contribuído para divulgar notícias de profissionais não médicos sendo indiciados por prática médica ou danos a pacientes em clínicas não autorizadas, seja com a presença ou não de médico, o que afeta a opinião pública.

Primeiramente, o que concerne à importância do Estado nesse jogo de interesses, a partir da Constituição de 1988,⁵¹ a regulação no Brasil decorre de um movimento que envolveu a reestruturação do Estado.⁵² Vivemos a era do estado regulador.⁵³ Numa sociedade contemporânea, o Estado desempenha uma atuação dinâmica que deve privilegiar a livre concorrência, reduzindo os custos ao desenvolvimento econômico. Em segundo lugar, o Judiciário, ao interpretar e aplicar a lei, em termos de regulação profissional, deve levar em consideração que, numa economia de mercado, atividades econômicas são o motor da economia, e evitar considerar como criminosas atividades pelo simples fato de uma norma em abstrato prever disposições desproporcionais aos fatos concretos.⁵⁴

⁴⁹ Segundo Eric Hilgendorf, “[na Alemanha] não existe uma lei especial que regule todo o Direito Penal da Medicina”, e o mesmo ocorre no Brasil. In: HILGENDORF, Eric. **Introdução ao direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 31.

⁵⁰ A cada dia, pelo menos dois casos de exercício ilegal da medicina passaram a ser registrados dos estados. Foram 9.566 casos de crimes classificados como exercício ilegal da medicina. No Poder Judiciário, foram abertos 6.189 novos processos. Nas delegacias de Polícia Civil, foram registraram 3.377 boletins de ocorrência. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/brasil-registra-dois-crimes-de-exercicio-ilegal-da-medicina-por-dia-aponta-levantamento-do-cfm/>, acessado em 31/05/2024.

⁵¹ GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. REI - **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 123-152, ago. 2017. ISSN 2447-5467, p. 144.

⁵² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 252.

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Sérgio Guerra (Org.). Rio de Janeiro, FGV, 2014, p. 115.

⁵⁴ Para Freeman e Rossi, a atuação do Judiciário na coordenação regulatória pode contribuir paralelamente regular desenvolvimento da liberdade econômica num espaço de regulação compartilhada. In: FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency coordination in shared regulatory space. In: **Harvard Law Review**. Harvard, n. 5, vol. 25, mar. 2012, p. 1137-1138.



2.1. A criminalização das atividades “médicas” e o princípio da livre iniciativa e da liberdade de profissão

A República Federativa do Brasil, em seu texto constitucional, tem como fundamentos a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV). Entre os direitos fundamentais correlatos, está o do livre “exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII). Além disso, a ordem econômica no Brasil é baseada na valorização da livre iniciativa, contemplando a livre concorrência (art. 170, IV) e “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170).⁵⁵

Nesse contexto, pelo princípio da reserva legal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). Ao mencionar que algumas atividades profissionais ou econômicas estariam adstritas a “qualificações profissionais que a lei estabelecer” ou “salvo nos casos previstos em lei”, o texto constitucional já preconiza que a liberdade do exercício de uma profissão é uma regra, não uma exceção.

A LAM dispôs em seu artigo 4º que é atividade privativa de médico “III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias”, sem especificar o que seria exatamente “procedimento invasivo”. A polêmica sobre a regulação de atividades como a cosmiatria e a acupuntura tem sua gênese nesse texto legal. Uma análise da Mensagem do Veto a esta Lei permite identificar o que não seria “procedimento invasivo”. O texto original do Projeto de Lei previa nos incisos I e II do artigo 4º: “I - invasão da epiderme e derme com o uso de produtos químicos ou abrasivos” e “II - 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”, os quais foram vetados. O argumento para vetar os incisos seria principalmente a amplitude e imprecisão do que seriam procedimentos invasivos, permitindo uma interpretação extensiva que impediria seu exercício por demais profissionais, alguns dos quais previstos nas políticas públicas do SUS,⁵⁶ entre outros igualmente vetados por sua imprecisão, como injeções e punções. O referido artigo 4º da LAM também previu que

⁵⁵ A Lei 13.874/2019⁵⁵ instituiu a declaração de direitos de liberdade econômica, estabeleceu garantias de livre mercado e consolidou a desburocratização das atividades econômicas iniciada pela Lei 13.726/2018.

⁵⁶ Mensagem nº 287, de 10/07/2013. Razões dos vetos: Art. 4º, §§ 2º e 4º, I e II do § 4º; § 5º, I, II e IV; art. 5º, I.



ficam resguardadas as competências próprias de outras profissões da área da saúde.⁵⁷ A existência desses diversos vetos, pôs em xeque, assim, a pretensa exclusividade do médico para “todo e qualquer” procedimento invasivo.

Feitas essas considerações, a acupuntura é classificada como profissão de nível técnico na Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho e Emprego (CBO 3221-05), cuja atribuição do profissional é fazer “prognósticos energéticos por meio de métodos da medicina tradicional chinesa para harmonização energética, fisiológica e psico-orgânica”.⁵⁸ Ao analisar a palavra “acupuntura”, por exemplo, observa-se que esta deriva do latim *acus*, isto é, “agulha”. O exercício dessa atividade exige procedimento minimamente “invasivo”. Dessa forma, uma norma que limite tal ato a uma única categoria profissional estaria inviabilizando a própria existência da acupuntura, o que não é economicamente aceitável nem eficiente, conforme será explicitado melhor a seguir.⁵⁹

A hipótese defendida pelo CFM de que a acupuntura seria especialidade exclusivamente médica gera uma espécie de monopólio,⁶⁰ pois implica a exclusividade de uma atividade econômica por uma única classe profissional, levando à restrição de outros atores no mercado, prejudicando a concorrência,⁶¹ o que não é desejado numa economia de mercado e num estado regulador que busca maior eficiência da atividade econômica.⁶² Com isso, devem ser reprimidas eventuais práticas anticoncorrenciais desproporcionais,⁶³ como medidas que tornem efetivas as prescrições constitucionais de defesa à livre iniciativa e à liberdade de profissão, quando outros valores não estejam proporcionalmente ameaçados.⁶⁴

O CFM considera a acupuntura como “uma especialidade médica”, mas isso não quer a torna atividade exclusiva de médico. O termo especialidade deve ser compreendido como “uma especialidade a mais”.⁶⁵ Desta forma, criminalizar a atividade da acupuntura por não-

⁵⁷ LAM: Art. 4º. §§ 6º e 7º.

⁵⁸ A profissão se encontra na classe “3 - Técnicos de nível médio”, no grupo “32”, com o CBO (Código Brasileiro de Ocupações) nº 3221-05: “Técnico em acupuntura”, sendo sinônimos “acupuntor”, “acupunturista” ou “técnico corporal em medicina tradicional chinesa”. Disponível em <https://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/322105-tecnico-em-acupuntura>, acessado em 30/05/2024.

⁵⁹ POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: **Teorias da Regulação Econômica in Regulação Econômica e Democracia**: o Debate Norte-Americano. Paulo Todescan Lessa Mattos (coord.), 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 73.

⁶⁰ WANDERLEY, Mayrinkellison Peres, *Op. Cit.*, p. 63.

⁶¹ DIBADJI, Reza R. **Rescuing regulation**. Albany: State University of New York Press, 2006, p. 9.

⁶² SUSTEIN, Sarr R. **After de rights revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 48.

⁶³ CRFB. Art. 173, § 4º.

⁶⁴ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina: 1997, p. 53.

⁶⁵ Cabe uma explicação aqui: A Resolução CFM 1.495/1995, e suas alterações, “transformou” a acupuntura em especialidade médica. Historicamente, a primeira resolução do CFM que tratou de acupuntura afirmava



médicos, por exemplo, a partir de uma interpretação taxativa dos termos imprecisos da LAM ou das Resoluções do CFM seria cancelar a limitação dos princípios citados acima em benefício de um grupo profissional em particular, gerando uma reserva de mercado injustificável, e ferindo a garantia do exercício deste ofício que, durante décadas, foi praticado pelos acupuntadores.⁶⁶

Desta forma, o profissional não-médico que pratica a acupuntura não comete o crime de exercício ilegal da medicina, primeiramente porque não há norma no direito brasileiro disciplinando a acupuntura ou que esta seja exclusiva da medicina, conforme já se manifestou o STJ em caso semelhante;⁶⁷ em segundo lugar, porque os vetos à LAM e as políticas do SUS ilidem o alcance do conceito de procedimento invasivo, e, também porque a restrição viola os princípios da reserva legal, da liberdade de profissão e da livre iniciativa.

2.2. A criminalização das atividades “médicas” e o princípio da proteção aos “direitos adquiridos”

O “direito adquirido” é um direito fundamental que permite limitar a retroatividade dos efeitos da lei, sendo encontrando no art. 5º, XXXVI, da Constituição,⁶⁸ bem como na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), em seu art. 6º, § 2º. Conforme afirmou Celso Bastos, “a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra”.⁶⁹

A leitura da Mensagem de Veto 287, de 10/07/2013 novamente traz luz ao tema. Ao regular sobre a formulação do diagnóstico nosológico (identificação da doença) e a prescrição

textualmente que “acupuntura não é considerada especialidade médica” (Resolução CFM 467/1972). Duas décadas depois, pela primeira vez, a Resolução CFM 1.495/1995 estabeleceu a acupuntura como especialidade médica. Isso porque, para uma parte dos médicos, a acupuntura não era ciência e, portanto, não poderia ser medicina. Em 1972, houve a criação da Associação Brasileira de Acupuntura (ABA), quando havia muita resistência por parte dos conselhos de medicina. Para melhor compreensão histórica: ROCHA, Sabrina *et al.* A trajetória da introdução e regulamentação da acupuntura no Brasil: memórias de desafios e lutas. **Ciências & Saúde**. São Paulo: UFSP, 20 (1), Jan.2015 p. 156. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232014201.18902013>.

⁶⁶ Segundo informações do Ministério da Saúde, em 2017, foram realizados mais de 1,4 milhão de atendimentos aos usuários, como acupuntura, auriculoterapia e yoga. O Brasil passou a contar com 29 práticas integrativas pelo SUS. Disponível em <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42737-ministerio-da-saude-inclui-10-novas-praticas-integrativas-no-sus>, acessado em 11/10/2019.

⁶⁷ Ver julgado sobre trancamento de ação penal contra optometrista: HC 90.033/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 12/04/2010.

⁶⁸ CRFB, Art. 5º, XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁶⁹ BASTOS, Celso. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43.



terapêutica (tratamento), conforme previa o vetado inciso I do *caput* do art. 4º, a mensagem deixou clara que “o texto inviabiliza a manutenção de ações preconizadas em protocolos e diretrizes clínicas estabelecidas no Sistema Único de Saúde e em rotinas e protocolos consagrados nos estabelecimentos privados de saúde”, isto é, feriria direito adquirido, pois “impediria a continuidade de inúmeros programas do Sistema Único de Saúde [...] com a realização do diagnóstico nosológico por profissionais de outras áreas que não a médica”.⁷⁰ Até 2013 não havia lei regulamentando de forma expressa a prática de procedimentos invasivos, e só havia consenso de que apenas uma cirurgia seria atividade exclusiva de médico.⁷¹

No processo CFM x COFFITO, para ilustrar, o julgamento do AgRE nº 1.099.652-DF (Processo Original 0032814-51.2001.4.01.3400-DF) aparentemente teria consolidado a interpretação de que “nem diagnóstico clínico nem essa prescrição de tratamento [acupuntura] podem ser realizados por profissional de fisioterapia ou terapia ocupacional, por lhe faltar competência legal para fazê-lo”.⁷² Após a decisão, o CFM declarou em nota oficial, em fevereiro de 2018, que o STF teria decidido que a acupuntura era atividade exclusiva de médicos.⁷³ No entanto, o próprio Conselho Nacional de Saúde (CNS) do Ministério da Saúde, em abril do mesmo ano, divulgou nota questionando tal exclusividade e afirmando que “a acupuntura é praticada no Brasil de forma multiprofissional há mais de 100 anos em todos os níveis de atenção à saúde [...]”.⁷⁴

Efetivamente, a atividade dos acupunturistas está consolidada no mercado de saúde brasileiro,⁷⁵ e o SUS já decidiu que a acupuntura é uma das práticas integrativas e complementares (PICS), e não é exercida exclusivamente por médicos.⁷⁶ Os acupunturistas têm uma profissão classificada MTE, possuem representação de âmbito nacional⁷⁷ e tramita no

⁷⁰ Mensagem nº 287, de 10/07/2013. Inciso I do *caput* e § 2º do art. 4º.

⁷¹ WANDERLEY, Mayrinkellison Peres, *Op. Cit.*, p. 64.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.099.652-DF (Processo Original 0032814-51.2001.4.01.3400-DF). Publicado no DJ de 23/04/2018.

⁷³ Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27444:2018-02-16-19-51-18&catid=3:portal, acessado em 19/10/2019.

⁷⁴ Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/472-nota-de-esclarecimento-acupuntura-nao-e-pratica-exclusiva-da-classe-medica>, acessado em 30/05/2024.

⁷⁵ ROCHA, Sabrina *et al*, *Op. Cit.*, p. 156.

⁷⁶ Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/472-nota-de-esclarecimento-acupuntura-nao-e-pratica-exclusiva-da-classe-medica>, acessado em 19/10/2019; e WANDERLEY, M. P., *Op. Cit.*, p. 66.

⁷⁷ No sítio eletrônico [Acupunturista.net](http://www.acupunturista.net), há uma lista de quase 20 instituições que dão respaldo aos praticantes da acupuntura. Disponível em: <http://www.acupunturista.net/content/association/251/associacao-brasileira-de-acupuntura/>, acessado em 30/05/2024.



Congresso Nacional projeto de lei para regulamentar a profissão de acunputurista⁷⁸, a luta pela criação de um conselho profissional, nos moldes dos demais conselhos-autarquias.⁷⁹

A interpretação da decisão no AgRE nº 1.099.652-DF, julgado sem resolução de mérito, como já referido, não tem o alcance que o CFM quis fazer parecer, pois não proibiu o exercício da acupuntura por não-médicos. Na realidade, para os fisioterapeutas, diretamente afetados pela decisão judicial, respaldados por parecer do MPF, a acupuntura não é uma atividade exclusiva do médico, mas de caráter multiprofissional⁸⁰.

Assim como no caso da cosmiatria, ainda que as ações propostas pelo CFM sejam julgadas procedentes, pelos exemplos já mencionados, “seria desarrazoado se postular a penalização penal pretérita dos profissionais não médicos que agiram com o respaldo das respectivas resoluções [de seus conselhos profissionais], pois isso afrontaria os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade”.⁸¹ Além do mais, é de se considerar que esses profissionais já exercem a atividade, investiram em suas clínicas e consultórios, movimentam a economia e detêm carteira de clientes, não incidindo a sua prática na conduta típica do crime de exercício ilegal da medicina.⁸²

No mais, deve-se atentar ao que a teoria da regulação menciona acerca da utilização da “licença” para o exercício de determinada atividade. Sabe-se que “a licença é uma efetiva barreira à entrada porque a prática profissional sem licença é uma prática delituosa”, sendo uma patente barreira à entrada.⁸³ Assim, uma classe profissional pode conduzir “legalmente” seus concorrentes à “ilegalidade”.

2.3. A criminalização das atividades “médicas” e o princípio da proteção da saúde dos consumidores

⁷⁸ Projeto de Lei nº 1549/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=125811>, acessado em 30/04/2024.

⁷⁹ Disponível em: <http://www.acupunturista.net/content/association/248/associacao-de-medicina-chinesa-e-acupuntura-do-brasil/> e http://www.abapuntura.com.br/pagina_simples.php?titulo=MISS%C3O&pagina=missao, acessados em 10/10/2023.

⁸⁰ COFFITO. Prática de acupuntura não é exclusiva de médicos, defende MPF. Disponível em: <https://www.coffito.gov.br/nsite/?p=10354>, acessado em 19/10/2019.

⁸¹ Marcos Henrique Mendanha. Requisitos para qualificação do crime de exercício ilegal da medicina. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/2018/03/exercicio-ilegal-da-medicina-o-crime-e-o-principio-da-razoabilidade.html>, acessado em 15/09/2023.

⁸² <https://cmba.org.br/esclarecimento-sobre-o-exercicio-legal-da-acupuntura-no-brasil/>.

⁸³ STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: **Teoria da Regulação Econômica in Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano**. Paulo Todescan Lessa Mattos (coordenação), 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 (Coleção Capitalismo & Democracia), p. 45.



O bem jurídico tutelado no crime de exercício ilegal da medicina é a incolumidade pública, especificamente a saúde pública.⁸⁴ A tese de que o médico tem formação completa sobre saúde humana e está preparado para lidar com eventuais intercorrências de um procedimento mal sucedido é razoável, e tem sido aceita, inclusive, em algumas decisões judiciais, o que conspira em seu favor.⁸⁵ Por outro lado, a saúde pública não é um bem particular de um determinado grupo profissional. As ciências da saúde se desenvolveram nos últimos anos e cada vez mais os egressos das universidades estão capacitados para lidar com diversos problemas de saúde da população.

Com respeito a essas práticas, deve-se analisar o tipo penal amiúde. Embora boa parte da doutrina reconheça que o crime de exercício ilegal da medicina seja de perigo abstrato⁸⁶ ou outros entendam que seja de perigo concreto,⁸⁷ tratando-se de atividades que muitas vezes dependem de regulação específica, por se tratar de uma norma penal em branco,⁸⁸ é necessário verificar a lesividade da conduta do procedimento invasivo no caso concreto.

A regulação em sentido amplo tem uma função não apenas econômica mas também social, como a de proteger a coletividade e defender os cidadãos e consumidores de externalidades, sendo a saúde pública uma das principais.⁸⁹ No entanto, é preciso ter provas de que a conduta de um profissional não-médico signifique um risco real para a sociedade. A autorregulação dos conselhos profissionais aparentemente não tem conseguido solucionar esse problema atualmente,⁹⁰ tendo cabido ao Judiciário decidir o tema, como já observado.⁹¹

⁸⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 477.

⁸⁵ E.g.: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento e Agravo Interno n. 0800083-74.2018.4.05.0000-RN. Publicado no DJ de 03/07/2018 e BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento e Agravo Interno n. 0804884-67.2017.4.05.0000-RN. Publicado no DJ de 03/10/2017.

⁸⁶ Posição majoritária: DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 562; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: Parte Especial: arts. 235-361. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. III, p. 180; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 149.

⁸⁷ Minoritário: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 476.

⁸⁸ Como a regulamentação de muitas atividades depende de normas infralegais, questiona-se se a prática da cosmiatria ou acupuntura afrontaria os princípios da legalidade e da lesividade, sobretudo quando, em decisões liminares, um juiz não proíbe a prática da atividade regulada pelo conselho profissional enquanto não se julga o mérito. Nesse passo, o STJ reconhece que não há regulamentação da prática da Acupuntura, sendo da União a competência privativa para legislar sobre as condições para o exercício das profissões, consoante previsto no art. 22, XVI, da CF (RMS 11.272-RJ, Segunda Turma, DJ 04/06/2001). Assim, ausente complementação da norma penal em branco, o fato seria atípico. RHC 66.641-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 03/03/2016, DJE 10/03/2016 (Informativo nº 578)”.
⁸⁹ WINDHOLTZ, Eric. HODGE, Graeme A. **Conceptualising social and economic regulation: implications for modern regulators and regulatory activity**. *Monash University Law Review*. 38.2 (Sept. 2012), p. 6.

⁹⁰ MOREIRA, Vital, *Op Cit.*, p. 21.

⁹¹ WANDERLEY, Mayrinkellison Peres, *Op. Cit.*, p. 34.



A argumentação de que apenas o médico dermatologista estaria habilitado para, por exemplo, aplicar “botox”, não significa dizer necessariamente que não possam ocorrer problemas decorrentes de isquemias em um paciente (ou em um paciente atendido por um biomédico com pós-graduação em cosmiatria, ou qualquer outro profissional devidamente capacitado). Não há como se presumir que a conduta de atender pacientes, nestes casos, seja considerado um crime, por absoluta falta de razoabilidade.

No caso da cosmiatria, por exemplo, as diversas resoluções, hoje questionadas, mas em vigor, que passaram a legitimar seus profissionais a exercerem a atividade preveem, de forma expressa, formação em curso de pós-graduação ou especialização *lato sensu* e habilitação comprovada pelos respectivos conselhos profissionais. A criminalização da conduta deve ser mensurada pela qualificação do profissional, não pelo procedimento em si. O tipo penal precisaria ser revisitado e atualizado, pois há procedimentos modernos que não poderiam ter sido contemplados quando este crime foi tipificado.⁹²

No que concerne à acupuntura, a COFFITO Resolução 97/1988 previu expressamente carga horária mínima, registro no órgão regulador, entidade educacional reconhecida e comprovação das bases científicas da prática para que um fisioterapeuta exerça a acupuntura.⁹³ Além disso, é uma prática complementar e multidisciplinar, comprovadamente de baixo risco, que não chega a penetrar nas partes mais interiores da pele.⁹⁴

Com isso, verifica-se que a crise de legalidade instaurada entre os conselhos profissionais e algumas atividades na área da saúde parece se dar mais por um viés econômico que social, pois o tratamento de doenças em geral e a estética constituem importante fonte de renda para quem a exerce. A dermatologia encontrou nessa área⁹⁵ um nicho que vem sendo por ela avocado, sob a acusação pelos demais profissionais de ser prática de reserva de mercado.⁹⁶

⁹² *Ibidem*, p. 103.

⁹³ Resolução COFFITO 97/1988. Art. 1º.

⁹⁴ Para melhor compreensão do tema “pele”, ler: SMALL, Rebecca; HOANG, Dalano; LINDER, Jennifer. **Guia prático de peelings químicos, microabrasão & produtos tópicos**. Rio de Janeiro: Di Livros, 2013. p. 12-15, *passim*; e *In*: AZULAY, Rubem David; AZULAY, David Ruben; AZULAY-ABULAFIA, Luna. **Dermatologia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015, p. 2.

⁹⁵ Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/dermatologia-vive-criese-de-identidade-com-a-estetica-imp/>, acessado em 30/05/2024.

⁹⁶ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *In*: **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), p. 13-14.



Como a acupuntura, a cosmiatria ou mesmo atividades estéticas básicas⁹⁷ podem vir a caracterizar um crime, é necessário “compatibilizar os planos da realidade e da legalidade”,⁹⁸ para se evitar excessos indesejáveis na regulação desses procedimentos. Como há incerteza sobre a exclusividade do exercício da cosmiatria e da acupuntura por médicos, e inexistindo lei que regulamente de forma expressa a competência para sua execução, não há que se falar em dano à saúde pública e, como tal, atípica a conduta por quem não seja médico, devendo-se levar em conta, apenas, se o profissional é habilitado tecnicamente para o exercício da atividade.⁹⁹

CONCLUSÃO

O avanço das ciências da saúde possibilitou ampliar o conhecimento e as práticas médicas. Além das atividades tipicamente curativas, a saúde passou a ser encarada para além da ausência de doença, mas a busca pelo bem-estar. Com isso, o conceito de atividade médica também se alterou, permitindo que outros profissionais ingressassem no mercado da saúde, até então monopolizado pelos médicos.

O advento da LAM trouxe tensão entre os médicos e demais profissionais da saúde, devido especialmente à imprecisão de alguns termos contidos na lei, entre os quais o conceito de “procedimento invasivo”, afetando diretamente o exercício da cosmiatria e da acupuntura. Sendo um termo amplo, permite interpretação extensiva que, em sendo praticado por um profissional não médico, poderia ensejar subsunção do crime de exercício ilegal da medicina.

No entanto, com a evolução das ciências médicas e os critérios para o exercício de certos procedimentos, comprovada a capacidade técnica dos profissionais não-médicos, a cosmiatria não se constitui necessariamente em ameaça à saúde pública nem dos consumidores. Alguns procedimentos, como a acupuntura, já fazem parte, inclusive, das políticas do SUS.

Excluir os profissionais não-médicos de qualquer procedimento considerado invasivo seria permitir que uma atividade econômica fosse criminalizada, privilegiando um único grupo profissional, o que geraria uma injustificável reserva de mercado. Por outro lado, a regulação dos procedimentos invasivos precisa levar em conta o desenvolvimento da ciência, as mudanças

⁹⁷ As Leis 12.592/2012 e 13.643/2018 regulamentaram as profissões na área da estética, mas ressaltaram, expressamente, que não compreendem as atividades em estética médica, nos termos no art. 4º da LAM.

⁹⁸ BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro do crime de evasão de divisas. *In*: ESTELITA, Heloísa (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, vol. 101, mar-abr/2013, p. 128.

⁹⁹ WANDERLEY, Mayrinkellison Peres, *Op. Cit.*, p. 103.



e as necessidades da sociedade, sem a qual a norma penal, dissociada de seu tempo, não produzirá efeitos positivos, supervalorizando bens jurídicos sem o devido filtro constitucional e regulatório.¹⁰⁰

Finalmente, o crime de exercício ilegal da medicina não pode ser interpretado atualmente como foi concebido em 1940, pois, se for aplicado de forma anacrônica, como em relação aos chamados “procedimentos invasivos” constantes da LAM, considerará um ilícito penal o ato praticado por um profissional não-médico desde uma cirurgia até uma tatuagem, podologia, manicura ou a mera colocação de um brinco na orelha de uma criança, o que fere a razoabilidade, e empurra ao Judiciário, como criminosos, uma gama de pessoas que, juntamente com os médicos, apenas desejam exercer sua profissão, sem amarras.¹⁰¹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de; COSTA, Thiago Brhanner Garcês (Org.). **Aspectos polêmicos do direito penal luso-brasileiro**. São Paulo: Garcia Edizioni, 2019.
- AZULAY, Rubem David; AZULAY, David Ruben; AZULAY-ABULAFIA, Luna. **Dermatologia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.
- BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro do crime de evasão de divisas. *In*: ESTELITA, Heloísa (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, vol. 101, mar-abr/2013.
- CORADINI, Odaci Luiz. Grandes famílias e elite “profissional” na medicina no Brasil. *In*: **História, Ciências, Saúde – Manginhos**, III (3) 425-466, Nov.1996-Fev.1997.
- DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- DIBADJI, Reza R. **Rescuing regulation**. Albany: State University of New York Press, 2006.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- HILGENDORF, Eric. **Introdução ao direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial, 2019.
- HOANG, Dalano; LINDER, Jennifer. **Guia prático de peelings químicos, microabrasão & produtos tópicos**. Rio de Janeiro: Di Livros, 2013.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. Regulação Estatal e Autorregulação na Economia Contemporânea. *In*: **Revista de Direito Público da Economia**, volume 33, Belo Horizonte, Fórum, jan.-mar./2011.

¹⁰⁰ BOTTINO, Thiago, *Op. Cit.*, p. 132.

¹⁰¹ WANDERLEY, Mayrinkellison Peres, *Op. Cit.*, p. 51.



- MELLO, Renato de; SILVEIRA, Jorge. **Direito penal econômico como direito de perigo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: Parte Especial: arts. 235-361. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. III.
- MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina: 1997.
- MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2012.
- POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. *In: Teorias da Regulação Econômica in Regulação Econômica e Democracia*: o Debate Norte-Americano. Paulo Todescan Lessa Mattos (Coord.). Coleção Capitalismo & Democracia. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ROCHA, Sabrina *et al.* A trajetória da introdução e regulamentação da acupuntura no Brasil: memórias de desafios e lutas. **Ciências & Saúde**. São Paulo: UFSP, 20 (1), Jan.2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232014201.18902013>.
- SAMPAIO, Sebastião A. P.; RIVITTI, Evandro A. **Dermatologia**. 3. ed. São Paulo: Artes Médicas, 2007.
- STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. *In: Teoria da Regulação Econômica in Regulação Econômica e Democracia*: O Debate Norte-Americano. Paulo Todescan Lessa Mattos (Coord.). Coleção Capitalismo & Democracia. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. The theory of economic regulation. *In: The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3-21.
- SUNSTEIN, Cass R. **After de rights revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- WANDERLEY, Mayrinkellison Peres. **A regulação da cosmiatria no Brasil**: o conflito regulatório entre os conselhos profissionais de saúde. São Paulo: Dialética, 2023.
- _____. **Autorregulação e a coordenação regulatória da cosmiatria pelos conselhos de fiscalização profissionais de saúde**. Dissertação (mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2021. 150f. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/bitstreams/e207c18f-ee87-41bd-abd9-0a3f9587cb46/download>.
- WINDHOLTZ, Eric. HODGE, Graeme A. **Conceptualising social and economic regulation: implications for modern regulators and regulatory activity**. *Monash University Law Review*. 38.2 (Sept. 2012).