



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

LILIA MESQUITA TEIXEIRA ALVES

**OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL NO
BRASIL - DA ÉTICA DA CONSERVAÇÃO À ÉTICA DA
TRANSFORMAÇÃO – CASO DOS CONSELHOS DE MEDICINA**

Salvador-Ba
2012

LILIA MESQUITA TEIXEIRA ALVES

**OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL NO
BRASIL - DA ÉTICA DA CONSERVAÇÃO À ÉTICA DA
TRANSFORMAÇÃO – CASO DOS CONSELHOS DE MEDICINA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Doutor Nelson Cerqueira

Salvador-Ba
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

LILIA MESQUITA TEIXEIRA ALVES

OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL NO BRASIL - DA ÉTICA DA CONSERVAÇÃO À ÉTICA DA TRANSFORMAÇÃO – CASO DOS CONSELHOS DE MEDICINA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor Nelson Cerqueira

Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia

Profa. Doutora Maria Guadalupe Medina

Salvador, ____/____/2012.

Dedico este trabalho à Alvinho e Lucas, meus amores, para vocês, e por aqueles que virão, o Direito deve ir além da conservação em direção à efetiva transformação.

AGRADECIMENTOS

AGRADEÇO à Deus, força maior que me conduz. Aos meus pais, Luiz e Teresinha, por me ensinarem a não temer desafios. Aos meus irmãos Livia e Pedro, pela força, confiança e inspiração. Ao meu esposo, Paulo José, por compreender a sede de conhecimento que me faz ausente em muitos momentos e por acreditar que posso ir sempre adiante.

Ao Professor Nelson Cerqueira, pela orientação magistral, apresentando questionamentos que se desdobraram em estudos e na certeza de que pesquisa jurídica pode ter a pretensão, sim, de mudar o mundo.

Ao Professor Saulo Casali Bahia, mestre admirado à distância nos tempos de graduação e que me estimulou, durante as discussões travadas nas disciplinas do mestrado e, através de um convívio profícuo no tirocínio orientado, a buscar o melhor em mim, pensando o direito em suas dimensões sem distanciá-lo da realidade.

À Professora Maria Guadalupe Medina por se fazer presente neste rito de passagem, demonstrando interesse pelo tema, e ratificando a minha compreensão acerca da riqueza de novos olhares sobre o direito e a pesquisa, fazendo-me ver como é grandioso este labor.

Como agradecer ao Professor Antônio Nery Filho? Mestre e amigo, que redimensionou para mim o exercício do pensar e, como mentor, proporcionou-me o contato com a docência, mostrando-me que compartilhar pensamentos é a melhor forma de produzir conhecimento.

Ao Professor Celso Braga de Castro e demais mestres do PPGD, pela atenção dispensada e por me fazer acreditar que o Direito é um construído e a pesquisa jurídica deve ser sua aliada no processo de transformação.

Aos Colegas do PPGD, com destaque, a Pedro Sabino, Guilherme Luwing, Lorena Boente e Emanuel Lins, colegas que se fizeram amigos durante a jornada, companheiros de todas as horas. Valeu!

Registro ainda o apoio dos amigos, nas pessoas de Daiane Rocha, pela paciente e atenta leitura dos meus textos, Rita de Cássia Nunes pelo suporte incondicional e Cássia Barretto, pelo acolhimento na chegada e durante minha longa caminhada no CREMEB.

Aos alunos da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia, em especial, aos membros da Acadêmica, que me mostraram o quanto aprendemos tentando ensinar.

Aos Doutores Jorge R. de Cerqueira e Silva e José Abelardo Garcia de Meneses por apoiarem a minha pesquisa.

E, de forma especial, ao Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, instituição que me possibilitou uma vivência profissional rica em discussões jurídicas e de muitos desafios, resultando neste estudo e, ainda mais, no fortalecimento do meu encanto pelo direito e da minha certeza de que ele se espalha por toda parte, das mais diversas formas.

Agradecer, agradecer, agradecer, não poderia ser outra a tônica deste trabalho, porque nenhum caminho é solitário, os horizontes se fundem e a força do questionamento deve ser sempre maior do que o nosso pudor ou temor em pensar e fazer pensar.

Muito obrigada!

Desconfiai do mais trivial, na aparência,
singelo.

E examinai, sobretudo, o que parece habitual.
Suplicamos expressamente:

Não aceiteis o que é de hábito como coisa
natural, pois em tempo de desordem
sangrenta, de confusão organizada, de
arbitrariedade consciente, de humanidade
desumanizada, nada deve parecer natural,
nada deve parecer impossível de mudar. (Nada
é Impossível de Mudar - Bertold Brecht)

RESUMO

Este estudo se dedica a investigar os mecanismos utilizados para fiscalização do exercício profissional através do Tribunal de Ética Médica e propor alternativas para a maior efetividade na atuação judicante dos Conselhos de Fiscalização Profissional. O trabalho apresenta a auto-regulação profissional como uma realidade posta pelo modelo brasileiro de Estado e reconhece as profissões regulamentadas como expressão de poder que vem ganhando um perfil cada vez mais democrático. Examinando os Conselhos de Medicina, através de pesquisa realizada no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, analisa a formação do Tribunal de Ética Médica e o processo ético-profissional como espécie de processo disciplinar. Considerando a força normativa da constituição, salienta os princípios constitucionais aplicáveis e defende a possibilidade de existência de infrações a um código de ética e de aplicação de sanções, merecendo estas serem redimensionadas e adequadas ao novo modelo de sociedade e de discurso jurídico. Percebendo o momento histórico vivido e identificado, por alguns, como pós-modernidade, como um tempo de transição, no qual a velocidade da informação dá o ritmo para a expectativa de solução dos dilemas éticos, não se reconhece a pós-deontologia como caminho, mas se afirma que as normas éticas acordadas deverão ser observadas por meio de uma idéia de cooperação mútua que valoriza a perspectiva de individualidade atual e de autonomia, que para ser exercida necessita da capacitação dos atores da relação para a tomada de decisões. Neste contexto, encontra-se a ética da transformação, denominação dada à ética aplicada que, não exauriente na solução dos dilemas da atualidade, reconhece sua normatização como válida, sem descuidar da necessidade de eficiência do seu procedimento.

Palavras Chave: Conselho de fiscalização profissional. Discurso Jurídico. Tribunal de Ética Médica. Processo Disciplinar. Ética da conservação. Pós-modernidade. Ética da Transformação.

ABSTRACT

This research studies the mechanisms used at the professional inspection by the Court of Medical Ethics and wants to propose alternatives for greater effectiveness in the adjudicative role of the Board of Supervisory Training. The monograph shows the professional self-regulation as an imposed reality by the Brazilian model of state regulated professions and acknowledges as an expression of power that has become an increasingly democratic profile. Examining the Medical Council, through research conducted by the Regional Council of Medicine of Bahia analyzes the formation of Medical Ethics, professional and ethical process as a kind of disciplinary proceedings used by the court. Considering the normative force of the constitution, the constitutional principles applied stresses and supports the possibility to violations a code of ethics and to impose sanctions, they deserve to be scaled and appropriate to the new model of society and legal discourse. Realizing the historical moment lived and identified by some as post-modernity as a time of transition in which the speed of information gives the rhythm to the expected resolution of ethical dilemmas, the studies doesn't recognize the post-ethics as a way but states that agreed ethical standards because they must be observed by means of an idea of mutual cooperation that enhances the current view of individuality and autonomy, which needs to be exercised in the training of actors in relation to decision making. In this context, is the ethics of transformation, name given to applied ethics that, exauriente in solving the dilemmas of today, recognizes her norms as reality, without neglecting the need for efficiency of your procedure.

Keywords: Board of professional surveillance. Legal Discourse. Court of Medical Ethics. Disciplinary Proceedings. Conservation Ethic. Postmodernity. Transformation Ethic.

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR – Agravo Regimental
AI – Agravo de Instrumento
CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CBDM - Código Brasileiro de Deontologia Médica de 1984
CEM - Código de Ética Médica
CF - Constituição Federal
CFM - Conselho Federal de Medicina
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CREMEB - Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia
CRM - Conselho Regional de Medicina
EUA – Estados Unidos da América
MEC - Ministério da Educação e Cultura
MS – Mandado de Segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
PC do B - Partido Comunista do Brasil
PDT - Partido Democrático Trabalhista
PEP – Processo Ético Profissional
PT - Partido dos Trabalhadores
RE – Recurso Extraordinário
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL.....	24
2.1 DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL NO BRASIL.....	28
2.1.1 Auto-regulação profissional.....	31
2.1.2 A opção brasileira na nova ordem constitucional.....	33
2.1.3 O que diz ainda o Supremo Tribunal Federal? – Outras decisões acerca dos Conselhos de Fiscalização Profissional.....	35
2.2 PROFISSÃO – PARADIGMAS QUE INFLUENCIAM EM SUA COMPREENSÃO	40
2.3 O DESENHO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL NO BRASIL.....	47
3. ANAMNESE DA MEDICINA E DE SEUS CONSELHOS.....	53
3.1 A REGULAMENTAÇÃO DA MEDICINA NA HISTÓRIA – PASSAGENS INTERESSANTES.	54
3.2 A CRIAÇÃO DOS CONSELHOS DE MEDICINA	61
3.3. AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS DOS CONSELHOS À LUZ DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	67
3.4 CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA	75
4. TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA.....	86
4.1 PROCESSO ÉTICO PROFISSIONAL COMO ESPÉCIE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	89
4.2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS	97
4.3 AS SANÇÕES DISCIPLINARES – DA CRÍTICA A IDÉIA DE SANÇÃO À SUA APLICAÇÃO RAZOÁVEL	107
4.4 CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DA BAHIA – DADOS HISTÓRICOS.....	118
4.5 PROBLEMAS A SEREM ENFRETTADOS DIANTE DA NECESSIDADE DE EFETIVIDADE NA ATUAÇÃO DOS CONSELHOS	129
5. DA ÉTICA DA CONSERVAÇÃO À ÉTICA DA TRANSFORMAÇÃO.....	135
5.1 A DEONTOLOGIA E SEUS MECANISMOS DE CONSERVAÇÃO	138
5.2 OS DESAFIOS A CAMINHO DA FLEXIBILIDADE DEMOCRÁTICA	143

5.3 A ÉTICA PÓS MODERNA E A PERSPECTIVA DE TRANSFORMAÇÃO	149
6. CONCLUSÃO	161
REFERÊNCIAS	170
ANEXO -	185

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é investigar os mecanismos utilizados para fiscalização do exercício profissional, através do Tribunal de Ética Médica, e discutir alternativas para a maior efetividade na atuação judicante dos Conselhos de Fiscalização Profissional.

O trabalho concentra-se na atuação do Conselho de Medicina, utilizando, para as reflexões propostas, dados extraídos de pesquisa realizada no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia.

Examinar os meios utilizados para composição de conflitos nos Conselhos de Medicina faz-se necessário para buscar alternativas para evitar a disjunção entre esta estrutura e a realidade subjacente. Marcelo Neves¹ esclarece que este fenômeno ocorre quando o direito produzido não acompanha os avanços das demais esferas sociais acarretando a inadequação da ordem jurídica à realidade e, em conseqüência, ensejando a ineficácia social das normas.

Durante a verificação do estado da arte sobre o tema “conselhos de fiscalização profissional”, um artigo de 1975 de autoria de João Leão de Faria Júnior², publicado na Revista dos Tribunais, chama atenção, não pelas respostas apresentadas, mas pela constatação da indefinição e ausência de doutrina que delineasse a filosofia dos Conselhos Profissionais no Brasil.

Passados quase quarenta anos, é possível reafirmar, após cautelosa revisão bibliográfica, que ainda é rudimentar o tratamento dado a matéria pela doutrina jurídica brasileira, existindo breves considerações em obras gerais de direito administrativo, alguns poucos livros específicos sobre o tema, artigos esparsos em revistas especializadas e dissertações/teses cadastradas no banco de dados da CAPES³ com foco, entretanto, em áreas diversas ao Direito.

¹ NEVES, Marcelo. **O Direito como fator de desenvolvimento**, Revista do Instituto de Advogados de Pernambuco, Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 1990. p. 109.

² FARIA JÚNIOR, João Leão de. Ordens e Conselhos Profissionais: Noções (Excerto de um parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 64. V. 475. maio 1975. p. 217-219.

³ Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/servicos/banco-de-teses>> Acesso em: 29jul.2011.

Diferente não é a constatação vinda de além mar, quando Vital Moreira⁴ revela o quão estimulante se mostra o estudo sobre administração representativa em geral e, especificamente, os organismos profissionais públicos em face da sua escassez também no direito português.

Demonstra-se, diante da exigüidade de trabalhos sobre o tema, a relevância do presente estudo e a necessidade para sua construção de uma análise sócio-histórica da regulação do exercício profissional, dos Conselhos de Fiscalização Profissional no Brasil e, em especial, dos Conselhos de Medicina possibilitando dimensionar a complexidade da questão ora posta.

A perspectiva metodológica surge com o objetivo de auxiliar o controle do arbítrio e da obtenção de conhecimento por meio da mera experiência pessoal, que poderia prejudicar o pensamento científico.

Antonio Carlos Gil⁵ apresenta diversas formas de classificação da pesquisa, sendo interessante, nesta oportunidade, defini-la quanto à finalidade, como uma pesquisa aplicada, porquanto visa propor alternativas para tratar o problema identificado no âmbito da sociedade, qual seja: Na perspectiva trazida pela sociedade atual, a ética aplicada pelos Conselhos de Medicina, através da atuação do Tribunal de Ética Medicina, mostra-se efetiva?

Além da pesquisa bibliográfica e documental, será utilizado o estudo de caso, sem temer a possível proximidade atribuída ao pesquisador diante desta opção metodológica. Foram utilizadas informações advindas de dados coletados em processos ético-profissionais e, portanto, diante da sua natureza, o estudo pode ser classificado ainda como qualitativo e eminentemente exploratório, podendo alcançar caráter descritivo e explicativo.

Adota-se a concepção de Boaventura de Souza Santos⁶ que reconhece, pelo paradigma emergente, o caráter racional a outras formas de conhecimento que não se pautando em princípios epistemológicos e regras metodológicas rígidas. Nesta nova ordem a pesquisa jurídica é compreendida de maneira bem mais flexível e encontra na pluralidade de métodos a fórmula para auxiliar na construção do pensamento científico contemporâneo. Aplicar o

⁴MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra, Almedina, 1997, p. 14.

⁵GIL, Antônio Carlos, **Como elaborar um projeto de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23.

⁶SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p.21

paradigma emergente é ainda visualizar a realidade de forma transdisciplinar⁷, percebendo não a diversidade de disciplinas e sim de temas que para serem estudados deverão ser examinados sob as diversas óticas disponíveis, ampliando assim, os horizontes do estudo do problema formulado.

Neste ponto, filia-se ainda ao entendimento de Thomas Khun⁸ quanto ao reconhecimento da contribuição de teorias distintas que se intersectam ocasionalmente em aplicações importantes.

Não houve a pretensão de definir o caminho ou alcançar uma resposta única e definitiva para qualificar a atuação dos Conselhos porquanto visa discutir alternativas para uma maior efetividade destas estruturas no modelo de Estado atual.

O conhecimento científico da pós-modernidade é prático e dialógico, sua produção é posta para a sociedade e se mantém em constante refazer através da interpretação dada, existindo, assim, uma espécie de co-autoria: Esta é a expectativa deste trabalho, que traz uma abordagem interdisciplinar, transitando pelo direito e para além das disciplinas jurídicas formais, buscando dialogar com pensadores que possibilitam analisar os conceitos prontos e o paradigma dominante com o senso crítico imprescindível para a evolução do discurso jurídico da atualidade.

Os capítulos apresentam arcabouço teórico próprio o que enriquece a discussão para a construção da idéia de uma ética da transformação, esta será tratada no capítulo intitulado: Da Ética da Conservação à Ética da Transformação, encontrando respaldo em Boaventura de Souza Santos, Jean Francois Lyotard e Zygmunt Baumann.

Importante delinear o estudo, que tem início sob o título Conselhos de Fiscalização Profissional⁹, apresentando-os em sua gênese e o surgimento destes na história recente do Brasil. Discorrendo acerca da natureza jurídica destas instituições, com respaldo na doutrina administrativista¹⁰¹¹¹² e na

⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p.76.

⁸ KHUN, Thomas. **O caminho desde a estrutura**. Tradução Cesar Mortari, São Paulo: UNESP, 2006. p. 226.

⁹ PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos Conselhos de Fiscalização profissional In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Conselhos de Fiscalização Profissional Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 17-25

¹⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 156.

intelecção esposada pelo Supremo Tribunal Federal¹³, restou concluído que os Conselhos no Brasil detém personalidade jurídica de direito público.

Foram identificadas decisões que tratam da natureza jurídica dos Conselhos na perspectiva brasileira, em pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal, o que merecerá considerações específicas, entretanto, a compreensão da auto-regulação como opção do Estado brasileiro, precede estas referências casuísticas.

A auto-regulação¹⁴ aparece quando o regulador é o próprio interessado, logo, regulador e regulado se confundem. É uma forma de regulação coletiva que impõe a seus membros certas regras e disciplinas, podendo ser pública ou privada. Quando de natureza pública, as instâncias de auto-regulação são impostas ou reconhecidas pelo Estado e dotadas de poderes de normatizar ínsitos aos da estrutura estatal, sendo sua disciplina obrigatória.

A abordagem acerca da sociologia das profissões¹⁵ é proveitosa para uma melhor compreensão da evolução conceitual do termo profissão e da perspectiva simbólica do poder que esta exerce na sociedade. Claude Dubar¹⁶, salientando que a profissão parece constituir uma implicação social, observa que sua estruturação depende sobremaneira da capacidade dos seus membros “para se coligar, para desenvolver uma argumentação convincente e para se fazer reconhecer e legitimar mediante ações coletivas múltiplas”.

A nova ordem jurídica brasileira redimensionou o papel do Estado¹⁷, sendo ratificada a importância das suas instâncias, que devem utilizar a Constituição Federal como parâmetro de validade infraconstitucional e ainda como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

¹¹ MEDAUAR, Odete. Novas configurações dos conselhos profissionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Ano 87. v. 751. maio 1998.

¹² GAMBA, Luisa Hickel. **A Fiscalização do Exercício das profissões e los Conselhos e Ordens**. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2011.

¹³ Disponível em: <pesquisajurisprudencia@stf.jus.br> Acesso em: 15jul.2011

¹⁴ CUELLAR, Leila. **Auto-regulação profissional: exercício de atividade pública**. RDPE - Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 73-98, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 21 Jul. 2011.

¹⁵ DUBAR, Claude. **A socialização: construção das identidades sociais e profissionais**. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p.163.

¹⁶ Ibidem, p. 188.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.

Deste modo, necessário observar que o desenho constitucional da liberdade do exercício profissional tem conotação sócio-ideológica¹⁸ e a restrição ao exercício deve possuir suporte constitucional, sendo este o parâmetro que norteia o exame dos mecanismos jurídicos que podem ser utilizados por este organismo estatal, num processo de diálogo entre profissionais e sociedade, para solucionar conflitos.

Sob o título Anamnese da Medicina e de seus Conselhos são apresentadas passagens históricas da medicina que ilustram o estudo apresentam formas diversas de sua regulação, sem perder de vista que tal prática passou por uma transformação importante ao longo do tempo, sinalizando Foucault¹⁹ para a medicina moderna como sendo a medicina social.

Com o escopo de delinear o campo no qual serão enfrentados os questionamentos postos, o capítulo traz dados históricos acerca da criação dos seus conselhos de fiscalização no Brasil, referindo as atribuições legais dos Conselhos à luz da Constituição Federal de 1988 e o alcance da sua força normativa.

Konrad Hesse²⁰ alerta que não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social deflagrem sério conflito, nem se pode prever o desfecho de tal embate, quando não forem plenamente satisfeitos os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição.

A atuação deste Estado, em toda sua expressão, deve estar sempre sendo analisada na medida da efetivação da sua “vontade”, não só de constituição, mas de instituição, codificação e, no caso dos Conselhos, de regulamentação ética de condutas profissionais, que trata, no caso da medicina, não raro, de embates entre direitos fundamentais.

A denominada atividade judicante desempenhada pelo Tribunal de Ética Médica nasce da implementação conjunta de algumas das atribuições legalmente descritas para os Conselhos de Medicina.

¹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 175.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro, Graal, 1979, p. 79-80.

²⁰ Ibidem, p.32.

Ainda neste capítulo, é feita descrita historicamente os Códigos de Ética Médica já aplicados no Brasil, não com a pretensão de fazer um exame da norma substantiva nestes postos, mas para melhor compreensão nesta forma de tratar a ética médica, forjando as linhas que conduzem ao questionamento acerca dos seus limites.

Francesco Bellino²¹ observa que encontrar novos princípios gerais de ética não é o verdadeiro problema, mas, sim, explicitar todas as potencialidades e implicações de tais princípios fundamentais em face das novas situações problemáticas e, deste modo, encontrar novas normas derivadas.

No capítulo intitulado Tribunal de Ética Médica, numa intenção descritiva, será apresentado o procedimento por este adotado, uma vez que sua efetividade está sendo analisada.

Efetividade²² é aqui compreendida como a realização máxima das normas vigentes e ao mesmo tempo a superação das disfunções identificadas na atuação dos Conselhos, nascendo da interpretação normativa e, por vezes, estando para além desta, atendendo ao objetivo de pacificar as relações atinentes ao exercício da profissão.

A atuação do Tribunal de Ética Médica é conhecida como atividade judicante, sendo ressalvado, nesta quadra, o distanciamento deste do ato judicial, apontando considerações de Bourdieu²³ acerca do efeito simbólico do ato de julgar.

Considerando os processos ético-profissionais espécie de processo administrativo disciplinar, será procedida a apreciação dos princípios constitucionais aplicáveis, discutindo, neste momento, as possibilidades e entraves para o alcance de maior efetividade no desempenho da função. Não se teve a intenção de esgotar o tema e, sim, de pontuar os princípios constitucionais que nos primeiros passos da ética da transformação darão o fundamento e o limite para as mudanças propostas.

²¹ BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997, p. 70.

²² BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. p. 5-6. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em 26fev.2012.

²³ BORDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 14 Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.227-228.

As sanções disciplinares no campo da ética profissional mereceram tópico próprio. Partindo sua análise da crítica à idéia de sanção de Jean-Marie Guyau²⁴, menciona o tratamento dado por Foucault²⁵ sobre a sociedade disciplinar, na qual se verifica a atuação de poderes laterais através de instituições de controle, que fomentam o estado de vigilância permanente.

Para a discussão Paulo Bezerra²⁶ contribui apresentando a tensão entre o direito produzido, a realidade social e o obstáculo ao acesso à justiça, e não observando a dependência existente entre direito e sociedade, tendo neste trabalho se reconhecido a possibilidade de aplicação razoável da sanção como mecanismo de pacificação das relações sociais, mas alertado para sua necessidade de adequação.

Finalizando o capítulo, como material de suporte, utiliza pesquisa²⁷ de dados históricos do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB), em especial, aqueles que auxiliem na reflexão acerca da efetividade da sua atuação através da instauração de processos disciplinares. O estudo de caso instrumental traz um levantamento de informações contidas em processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia entre 1979 e 1998²⁸, sendo estes dados interessantes para ilustrar a reflexão posta.

Neste ponto, Lyotard²⁹, acrescenta à investigação proposta a importância da tradutibilidade dos resultados em *performances* e relação entre justiça e desempenho; observando que: “as chances de uma ordem ser considerada justa aumentariam com as chances dela ser executada, e estas com o desempenho do prescritos”.

²⁴ GUYAU, Jean-Marie. **Crítica da idéia de sanção**. Tradução Regina Shöpke Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 34.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau. 2009, p. 80.

²⁶ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A Produção do Direito no Brasil**: A dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2008, p. 28.

²⁷ NERY FILHO, Antonio, et al. **Caracterização dos processos ético-profissionais do Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979 a 1998**: Análise preliminar. Salvador, 2009. Trabalho não publicado.

²⁸ A escolha do período de estudo, se deu em face da vigência, na época, do Código de Ética Médica editado em 1988. A referida codificação nasce com a transformação política pela qual passava o Brasil, que teve, naquele ano, promulgada a Constituição Federal, o que contribuiu para a perspectiva de mudança na produção do direito estatal no Brasil.

²⁹ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p.83-84.

No último capítulo, sob o título: Da Ética da Conservação à Ética da transformação passam a ser examinados os limites da deontologia objetivando alcançar a perspectiva pós moderna da ética e se chegar a uma proposta de ética transformadora.

Norteados pela compreensão de que os Conselhos de Fiscalização Profissional, dentre eles, os Conselhos de Medicina, têm a função de pacificar as relações envolvendo o exercício profissional é necessário avaliar sua perspectiva de ética, como expressão jurídica e compreendendo a ética aplicada nos Conselhos como aquela calcada ainda no paradigma dominante³⁰ e, por isso afeita, à conservação das estruturas serão propostas alternativas para maior efetividade nesta atuação.

Neste capítulo, resta deslindar, inicialmente, por meio da epistemologia moral³¹, a polissemia da ética, para encontrar qual o conceito utilizado no desenvolvimento do trabalho, de sorte a compreender de que ética tratam os Conselhos de Fiscalização Profissional.

A constatação dos limites da deontologia, considerando os seus mecanismos de criação e controle, posiciona esta espécie de ética aplicada, como sendo, nos moldes atuais, a ética da conservação.

A ética da conservação pode ser compreendida como aquela que, engessada num modelo eminentemente sancionador, busca, através da codificação, proceder à estrita subsunção de fato a norma, sem adotar padrões dialógicos de solução de conflito nem atentar, portanto, para a legitimação, nem para o desempenho, sendo a expressão do positivismo.

Outro aspecto estudado, para cumprir tal desiderato, é a identificação dos desafios na fiscalização do exercício da medicina. Como sustentação a percepção de pós-modernidade adotada neste trabalho, cabe observar a versão lyotardiana³², que longe de defender esta como sendo uma “nova era”, compreende-a como uma sucessão de transformações na cultura ocidental calcada na produção de conhecimento e tecnologia.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 40.

³¹ AUDI, Robert. Conhecimento moral e pluralismo ético. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (org.). **Compêndio de epistemologia**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 419.

³²

Com uma relação cada vez mais estreita entre a Medicina e o Direito na contemporaneidade, muito em face dos avanços da ciência e da tecnologia, e diante da necessidade de se dirimir conflitos outrora inexistentes, têm sido questionados os mecanismos utilizados para solução das questões ético-jurídicas trazidas com as novas formas de relação do homem com a natureza.³³

Jean-François Lyotard³⁴ faz reflexões importantes sobre legitimação, observando haver um entrosamento entre gêneros de linguagem que são a ciência, a ética e a política, entendendo o saber e o poder como as duas faces de uma mesma questão. Aponta o saber, no tempo da informática, mais do que nunca como o problema do governo. Afinal, “quem decide o que é saber, e quem sabe o que convém decidir?”.

Contextualizando o momento histórico do Estado Democrático de Direito e as expectativas sociais diante desta realidade festejada pela chamada flexibilidade democrática, revela-se importante redimensionar o discurso sancionador dos Conselhos de Fiscalização para a propositura de alternativas para efetivação da ética com sua força transformadora no âmbito dos Conselhos de Medicina.

Recorrer-se-á, então, a Zygmunt Bauman, sendo examinada a sua ética pós-moderna, como suporte teórico para a concepção agora forjada da ética da transformação. Expressando a fluidez do momento atual e a necessidade de ser adotada uma postura diante dos conceitos vigentes, Baumann³⁵ coloca em cheque o destino destes:

Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da “modernidade fluida” produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluído e não-estruturado do cenário imediato da política-vida muda aquela

³³ A compreensão de que “as estruturas sociais determinam os limites em que se podem desenvolver os processos sociais” e “Estes, por sua vez, produzem modificações nas estruturas vigentes” reforça a idéia de que para a manutenção da eficácia dos mecanismos de controle social de mudança devem ser observados os limites estabelecidos pela ordem social. NEVES, Marcelo. **O Direito como fator de desenvolvimento**, Revista do Instituto de Advogados de Pernambuco, Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 1990, p. 109.

³⁴ Fazendo referência ao saber científico como “um processo pelo qual um “legislador” ao tratar do discurso científico é autorizado a prescrever as condições estabelecidas (em geral, condições de consistência interna e de verificação experimental) para que um enunciado faça parte desse discurso e possa ser levado em consideração pela comunidade científica”. LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 13.

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 15.

condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição ainda que em nova forma ou encarnação é possível; ou – se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz.

O sociólogo polonês³⁶ ressalta que, em recentes escritos éticos: “as esperanças de que toda conduta humana possa ser abarcada por regras precisas, imutáveis e sem exceções, não abertas a múltiplas interpretações, foram se diluindo, porém, pouco a pouco, e foram todas quase abandonadas”.

Neste contexto, a ética da transformação proposta como adequada para a maior efetividade na atuação dos Conselhos, reconhece a transitoriedade do momento atual e, com isso, a sua própria fluidez na definição de alternativas de mecanismos. Reconhece a normatização ética como válida, inobstante não exauriente na solução dos dilemas da atualidade, observando o consenso como estágio da discussão.

Para desenvolver este estudo, não é satisfatório adotar uma postura contemplativa acerca da perspectiva de ética e poder, uma vez que o discurso utilizado pelos Conselhos é um genuíno exercício deste último, pelo que se busca refletir sobre as suas formas de expressão.

O tempo é um forte fator a ser considerado no caminho em busca de respostas capazes de exercer influência na realidade confiada as estruturas estatais que fiscalizam o exercício profissional, mas não é somente ele. A forma como se estabelecem as discussões para a definição das normas éticas que serão aplicáveis a determinada profissão, a afinidade destas com o sistema normativo pátrio e a sua força no cotidiano dos profissionais, também merecem destaque nas reflexões ora postas.

Em que pese conhecer as peculiaridades dos Conselhos, estes são considerados, neste estudo, como parte da estrutura do Estado e diante disto propugna-se refletir acerca do modelo até então utilizado e dos desafios para o cumprimento de suas atribuições diante de uma sociedade reconhecida como pós-moderna. Partindo, portanto, da constatação de que é atribuído aos Conselhos no Brasil papel fiscalizatório e punitivo, de algum modo, será esta

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p. 29.

percepção, em essência, o próprio questionado³⁷. Afinal, discutir a atividade judicante do Conselho é perpassar pela sua essência.

Por derradeiro, é imprescindível iniciar este percurso consciente de que a conclusão de um trabalho é, por natureza, transitória, servindo de ponto de partida para desdobramentos de questões que, por hora, ficarão à margem.

³⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcio Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. São Paulo: Vozes, 2008, p. 40-41.

2. OS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

A ética vem sendo uma preocupação corrente. Nesta esteira, ganha importante dimensão as reflexões acerca da chamada ética profissional e das próprias profissões, por serem estas expressões de poder no sistema social vigente.

De outra banda, o estudo acerca dos responsáveis pela regulação das profissões, que, no Brasil, dá-se através de ordens e conselhos de fiscalização, não tem recebido atenção necessária. Dentre as diversas profissões regulamentadas, compreendendo a relevância e as peculiaridades que envolvem cada uma delas, optou-se por examinar o caso dos Conselhos de Medicina. Tal intento foi fortalecido pela observação dos dilemas éticos vivenciados pela prática médica na atualidade e pela constatação dos limites de sua estrutura de regulação nos moldes postos.

João Batista Gomes Moreira³⁸, ao examinar as entidades de fiscalização profissional, observa que as chamadas *profissões liberais* sofreram grandes transformações ao longo da história. Aponta, como exemplo, a medicina no Alto Egito por gozar seus praticantes de vultosa posição social, sendo estes confundidos com os sacerdotes. Destaca a medicina na Grécia, onde tinha características de atividade divina, e, em Roma, local em que o médico não era remunerado, e, sim, recompensado com honra, consideração e poder, daí a origem da palavra honorário.

Ressalta, ainda, a fase em que era considerada *cargo público* ou *parapúblico*, lembrando que na Alemanha, no início do século XX, foi criado o conceito de *profissões estadualmente vinculadas*, salientando o caráter publicista das profissões liberais.

Tais profissões, hoje, mostram outro perfil, de elitistas passam a configurações democráticas e o exercício livre, individual e não subordinado dá lugar aos assalariados e às organizações em forma societárias diversas.

Ante a esta mudança de paradigma das profissões, constata-se uma evolução histórica que precede o exame da estrutura atual dos Conselhos de fiscalização profissional.

³⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.183-184.

Importante, pois, compreender a sua concepção embrionária como precedente ao Direito do Trabalho, sendo certo que, antes da existência de vínculo laboral propriamente dito, fruto da revolução industrial e do liberalismo no século XVIII e XIX, já era possível verificar na sociedade a conjunção de interesses de determinadas categorias profissionais.

Este vínculo denominado “corporativismo” sempre teve grande força, capaz de superar divergências. Diante desta concepção de auto-proteção dos grupos ou castas, arraiga-se a idéia pejorativa de entidade corporativista.

Assim, formata-se a essência do problema a ser enfrentado pelos conselhos de fiscalização na atualidade: alcançar efetividade no ideal de salvaguardar interesse público, admitindo sua natureza corporativa.

Ricardo Teixeira do Valle Pereira³⁹ relata dados históricos, revelando, no século anterior ao da Era Cristã, que já se falava nos chamados *collegia* romanos, assemelhados as corporações da época medieval quando a sociedade se dividia conforme os ofícios exercidos. Estes eram criados e impostos pelo Estado para dirimir, à força, os conflitos que se estabeleciam.

No século XI, surgem as corporações, também chamadas de grêmios, fraternidades e sociedades de ofício, para garantir a liberdade no desempenho do seu mister e ainda proteger o mercado até então incipiente. Cabe registrar que, à época, havia uma vedação ao exercício das atividades sem que o artesão estivesse ligado a uma das entidades. Não era um tempo em que se buscava, com tal medida, tutelar necessidades públicas, funcionando como efetiva reserva de mercado.⁴⁰

Esta percepção negativa do corporativismo, como mecanismo de garantia de privilégios de determinados grupos, tomou, de certa forma, outro rumo com o Renascimento e a visão liberal, quando as amarras do regime corporativo dão vez a um maior intercâmbio entre os Estados e o desempenho do exercício de atividades profissionais.

Com a Revolução Francesa de 1789, guiada pela doutrina do *laissez-faire* e o fim das associações profissionais da França, experienciou-se o

³⁹ PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos Conselhos de Fiscalização profissional In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Conselhos de Fiscalização Profissional Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.17-25.

⁴⁰ Ibidem. p. 22

culto à liberdade do exercício profissional com o *Décret d'Allarde* de março de 1791.

A *Loi Le Chapelier*, de junho de 1791, determina a supressão de corporações dos cidadãos do mesmo grupo ou profissões. Em 1864, a *Loi Ollivier*⁴¹ revoga a *Loi Chapelier*, reconhecendo o direito de associação e de greve, acabando, portanto, com o delito de coalizão.

Escrevendo sobre o tema, Vital Moreira⁴² observa que, no século XX, as duas grandes guerras marcaram a presença do Estado na economia e nas questões sociais, relativizando, sobremaneira, o *laissez faire*. A concepção da sociedade e do Estado, bem como o progresso da formação profissional específica devem ser considerados para uma definição do modelo de fiscalização do exercício profissional a ser adotado.

A experiência da falta de controle em relação às atividades, que traziam em sua essência um significativo interesse público causado pelo abstencionismo estatal, gerou conseqüências graves, passando a haver diversas formas de cooperação entre o Estado e as categorias profissionais⁴³.

A fórmula do Estado Social utiliza como marco a Constituição de Weimar (1919), que traz um caráter socializante em seu texto, como, por exemplo, a garantia da coalizão, antes criminalizada. A mencionada constituição foi relevante na tentativa de implantar a participação das organizações sociais do Estado na elaboração e execução das políticas econômicas e sociais.

A segunda guerra mundial (1939-1945) pôs fim a grande parte dos regimes autoritários que, sob o disfarce de corporativistas, tinham instituído formas de capitalismo de direção estatal, entretanto, não restabeleceu o Estado

⁴¹ FRANÇA. 1791 Les décrets d'Allarde (2-17 mars) suppriment les corporations. La loi Le Chapelier (22 mai-14 juin) interdit toute « coalition » entre personnes d'un même métier pour défendre en commun leurs intérêts. 1864 25 mai : la loi Ollivier abolit la loi Le Chapelier et octroie le droit de grève. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>. Acesso em 21 jul.2011.

⁴² MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 17-19.

⁴³ Em momento próprio será examinado a questão da liberdade do exercício profissional como direito fundamental e a permissão constitucional para sua limitação, valendo lembrar aqui a referência feita por Miguel Reale de que em determinado momento histórico ao tentar se garantir a mais ampla liberdade profissional chegou-se ao ponto de: "não se subordinar a prática da Medicina à prévia obtenção de diploma universitário, por entender-se tal exigência contrária à liberdade individual. (REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 503, ano 66, set. 1977, p. 47.)

Liberal, mantendo o caráter intervencionista. Novos órgãos de regulação de classes profissionais foram criados, tendo ampliadas suas esferas de atuação, devendo-se considerar, nas lições de Miguel Reale⁴⁴, que tal retorno a soluções do tipo associativo não se confunde com o superado esquema do corporativismo da Idade Média ou do *Ancien Regime*.

Necessário compreender que o movimento histórico do Estado retrata questões fundamentalmente econômicas, que tem natureza mista. Logo, os mecanismos de regulação seja do mercado, pública ou da auto-regulação profissional ainda estão sendo responsabilidade do Estado.

Existem dois tipos institucionais de organização das profissões liberais que procedem à regulação profissional em todo o mundo, quais sejam, os sistemas de direito público, sendo dotadas de um estatuto de direito público e os de associações voluntárias, não obrigatórias como as primeiras.

Em que pese não ser o direito comparado objeto deste estudo, para mera contextualização da matéria, é possível apontar, como notícias do direito estrangeiro, exemplos de codificação ética de natureza obrigatória, o que ocorre em países como Reino Unido, Portugal e África do Sul, cuja norma é aplicável a todos os médicos e criada por agências reguladoras⁴⁵.

Por sua vez, os EUA e o Canadá têm codificação ética autônoma, estabelecida, respectivamente, por associações estaduais e em cada província, exigível apenas aos associados, podendo destacar a atuação da Associação Médica Americana e Canadense⁴⁶

Não se pode perder de vista que a forma de atuação destes entes está relacionada à cultura de cada sociedade e ao modo como o Estado arrosta a possibilidade de interferência estatal nas profissões, inclusive, no que concerne à previsão de sanções administrativas.

Assim, examinar a formação dos Conselhos auxilia na compreensão do que será chamado aqui de ética da conservação, que é a ética profissional verticalmente produzida, teórica e que tem nos seus mecanismos de criação e aplicação um afastamento considerável da realidade, o que acaba por sinalizar

⁴⁴ REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 503, ano 66, p.47-53, set. 1977, p.47-53.

⁴⁵ VIANNA, Jayme Augusto; ROCHA, Lys Esther. Comparação do Código de Ética Médica do Brasil e de 11 países. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 52, n. 6, p.435-440, nov./dez. 2006.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 435-440.

para sua inadequação ao pensamento jurídico proposto por uma visão pós-moderna.

Toma-se, para abrir a discussão, a definição da natureza jurídica dos Conselhos e demonstrar ainda que a questão encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal, não sendo pacífica a conclusão trazida em ação direta de inconstitucionalidade que examinou a matéria, subsistindo julgados diversos, inclusive, ainda aguardando julgamento, demonstrando a atualidade do tema.

Esta compreensão aponta para a necessidade de discutir o tema com maior amplitude, uma vez que, em mais de uma vez o Supremo Tribunal Federal, considerando a mudança na percepção do direito e na realidade do fato admitiu que a mudança desta situação pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida⁴⁷.

2.1 DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL NO BRASIL

No Brasil, não se pode imputar a transformação a que estão submetidas as profissões, tão somente, à mudança da realidade social, nem tampouco à nova dimensão do direito trazida pela Constituição de 1988, mas considerando estes pontos, impõe-se a discussão acerca do papel dos conselhos de fiscalização profissional.

Com a edição da Lei nº. 9649/98 e sua tentativa de considerar os conselhos de fiscalização profissional entidades com personalidade jurídica de direito privado que o tema ganhou maior visibilidade no campo do direito, passando a ser desenvolvidos alguns estudos atinentes à sua natureza jurídica. Não se analisou sua estrutura ou a real assimilação dos princípios constitucionais que lhes são norteadores, nas suas práticas cotidianas, apenas se perquiriu, à época, quem deveriam ser, ou, em outras palavras, qual a sua natureza jurídica diante do múnus que lhes foi confiados.

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.

Odete Medauar⁴⁸ examinou a Medida Provisória que deu vida a lei, ratificando a estrutura federativa dos organismos destinados a “administrar” o exercício das profissões liberais regulamentadas por lei federal. Observa que a norma transfere-lhes a competência para fiscalização do respectivo exercício profissional e o poder disciplinar. Identifica, ainda, a referida professora, o conhecido poder de polícia administrativa, atividade típica do poder público, como “*polícia das profissões*”, exercido por delegação pelos conselhos de fiscalização profissional.

Luisa Hickel Gamba⁴⁹ faz referência a coercibilidade e auto-executoriedade pertinentes à Administração Pública no poder exercido pelos Conselhos e fixa sua natureza jurídica como de pessoa jurídica de direito público, na espécie autarquia.

Nem todas as leis que criam os conselhos trazem expressamente seu caráter autárquico. A Lei nº 3268/57⁵⁰, que cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina, por exemplo, faz parte daquelas que afirmam esta condição, ressaltando em seu artigo 1º a sua autonomia administrativa e financeira.

Em verdade, subsistem ambiências pouco conhecidas em diversos pontos da atuação dos Conselhos, que deve ser explorada pelos estudiosos do direito, sendo, no momento, o exercício do seu poder disciplinar o foco do deste estudo.

A discussão jurídica esmaeceu com a decisão do Supremo Tribunal Federal que reafirma a condição dos Conselhos de ente estatal. Os Conselhos e a doutrina, de certo modo, contentaram-se com a recepção formal de suas leis, merecendo ser considerada, para compreender tal postura, a incipiente cultura constitucional no Brasil, naquele momento.

⁴⁸ A Medida Provisória nº. 1549-35/97, convertida na Lei nº. 9649/98 foi o objeto de análise In: MEDAUAR, Odete. Novas configurações dos conselhos profissionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Ano 87. v. 751. maio 1998, p.28.

⁴⁹ GAMBÁ, Luisa Hickel. **A Fiscalização do Exercício das profissões e los Conselhos e Ordens**. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2011.

⁵⁰ “Art. 1º - O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº. 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira”. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 21 jul. 2011.

O surgimento dos Conselhos de Fiscalização Profissional, em sua história recente no Direito Brasileiro, coaduna-se com o movimento de interferência do Estado em vários setores da sociedade, inclusive, no exercício profissional, o que ensejou a criação de diversos organismos de controle, a partir da primeira metade do século passado (século XX)⁵¹.

Os conselhos de fiscalização brasileiros disciplinam as profissões regulamentadas, sendo criados por lei para exercer, especialmente, as funções de poder de polícia⁵² das profissões, possuindo, assim, poderes típicos das autoridades públicas.

Como dito alhures, em muitos casos, trazem sua condição autárquica prevista expressamente nas leis que os criaram, ou seja, como parte da administração pública, compondo, portanto, *lato sensu*, a estrutura do Estado.

Este trabalho não comporta um estudo acerca das autarquias, sendo suficiente utilizar o sintético, porém, preciso, conceito apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³: "pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa". Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos, negócios e recursos são próprios, não importando se hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta ou não, desfrutam de "autonomia" financeira e administrativa, portanto, descentralizadas⁵⁴. Exatamente por serem pessoas de direito público é que as autarquias podem ser *titulares* de interesses públicos, dotada de capacidade exclusivamente administrativa. A atividade que lhe seja cometida é qualificada como típica da Administração Pública, e como tal terá de ser havida.

Em que pese à natureza pública do sistema de auto-regulação

⁵¹ PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos Conselhos de Fiscalização profissional In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Conselhos de Fiscalização Profissional Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.22.

⁵² O conceito de poder de polícia será discutido mais adiante, quando será tratada a pertinência do termo até a forma como é exercido pelos Conselhos.

⁵³ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.156.

⁵⁴ Celso Antônio ainda ressalta a imprestabilidade conceitual, do Decreto 200/67 porquanto, deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir: a personalidade de Direito Público. Assim dispõe o decreto mencionado: "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada". *Ibidem*. p. 156-157.

profissional brasileiro ter sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário, para melhor compreensão da opção feita pelo Estado brasileiro, antes de verificar o entendimento desta Corte, examinar o conceito de auto-regulação profissional e como ela pode ocorrer.

2.1.1 Auto-regulação profissional.

A ambivalência do termo regulação deve ser reconhecida, podendo ser considerado para fins do presente trabalho, como o que designa tanto um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema, como, de outro lado, o estabelecimento de regras de comportamento a serem observadas com o objetivo de garantir ou recompor o equilíbrio e/ou a regularidade do seu funcionamento⁵⁵.

O regime regulatório é o modo como a profissão é regulada, sendo verificado através deste o acesso à profissão, o exercício da atividade e a disciplina profissional, independentemente de quem a proceda, seja o Estado ou uma associação profissional.

Vital Moreira⁵⁶ afirma que o regime regulatório é um *conjunto de regras ou normas* cuja origem e natureza variam de acordo com o sistema regulatório. Se exclusivamente estadual, será inteiramente composto por normas estaduais, que podem ter fontes bem distintas (leis, regulamentos). Por sua vez, tendo uma dimensão auto-regulatória, juntamente com as normas estaduais surgirão as próprias normas da instância de auto-regulação (regulamentos autônomos).

Ainda há a possibilidade de sistemas regulatórios mais complexos, nos quais o regime regulatório pode decorrer de um complexo normativo de três, quatro ou cinco instâncias.

Para o referido autor:

“Todo o regime de regulação implica, como se viu acima, três dimensões essenciais: **o estabelecimento das regras, a sua implementação concreta, a sanção pelas infrações cometidas**. Nada impede que estas diversas vertentes, e os poderes em que elas se analisam, estejam repartidas por

⁵⁵ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 21.

⁵⁶ Ibidem. p. 113.

diferentes instâncias regulatórias.

Num sistema de regulação estadual a instância regulatória será um serviço ou organismo do Estado; no caso da auto-regulação, a competência para todos esses estádios da regulação pertencerá a um organismo profissional; **o Estado limita-se a definir o quadro geral da regulação, deferindo para a instância auto-reguladora todas as competências de regulação.**

No caso de alguns destes aspectos caberem ao Estado e outros à auto-regulação profissional estamos perante um complexo regulador misto, que faz intervir duas instâncias de regulação.” (grifo nosso)

João Batista Gomes Moreira⁵⁷ afirma que insistir na tradicional conceituação fechada com base na dicotomia público-privado e na radical oposição entre interesse público e privado é inútil. E menciona a perspectiva francesa, citando Jean Rivero, na qual a discussão acerca do regime jurídico das pessoas coletivas encarregadas da organização e disciplina das profissões na França não é recente, tendo o Conselho de Estado afirmado que a atividade tem natureza de serviço público, mas sem lhes definir o regime como público ou privado. E, assim, a doutrina oscila em defini-las como pessoas jurídicas atípicas ou privadas encarregadas de serviço público.⁵⁸

Leila Cuellar⁵⁹ lembra que, além da auto-regulação, a regulação pode apresentar-se por meio da hetero-regulação, sendo esta exógena ao que regula, nascendo as prescrições do regulador e atingindo o regulado, que se constituem em parte diversas, tendo, como exemplo clássico, a regulação estatal.

A auto-regulação aparece quando o regulador é o próprio interessado, logo, regulador e regulado se confundem. É uma forma de regulação coletiva que impõe a seus membros certas regras e disciplinas, podendo ser pública ou privada.

Quando de natureza pública, as instâncias de auto-regulação são impostas ou reconhecidas pelo Estado e dotadas de poderes de normatizar idênticos aos da estrutura estatal, sendo sua disciplina obrigatória. Quando privada, a auto-regulação depende da auto-vinculação que é voluntária.

⁵⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.186.

⁵⁸ Ibidem. p.184.

⁵⁹ CUELLAR, Leila. **Auto-regulação profissional**: exercício de atividade pública. RDPE - Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 73-98, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 21 Jul. 2011.

Telmo H. Caria⁶⁰ assevera que a auto-regulação do profissionalismo clássico é expressa nos códigos deontológicos. Estes, em seu teor, confundem-se com as finalidades do interesse público regulamentador, contendo preocupações coletivas e legais, como desenvolver, cuidar, educar, humanizar, dentre outros, passando a sociedade a ser parte do conteúdo deontológico das profissões, sem implicar intervenção direta do Estado para a criação e proteção legal de um dado mercado profissional.

Ao editar seu código deontológico, conhecido como Código de Ética, um Conselho de Fiscalização deve expressar também esta perspectiva de auto-regulação.

Compreendido o conceito de regulação profissional, merece destaque a opção brasileira ante a nova ordem constitucional, para, considerando seus desdobramentos, ser analisado o papel dos conselhos e sua construção normativa no processo de auto-regulação em busca da efetividade de sua atuação.

2.1.2 A opção brasileira na nova ordem constitucional.

A Constituição Federal trata do exercício profissional, no artigo 5º, inciso XIII, bem como em outros dispositivos, que fazem menção às condições para o exercício de profissões e ainda dispõem sobre a organização, manutenção e execução da inspeção do trabalho, como sendo de competência da União.

Inobstante as considerações do legislador constituinte, foi editada a Lei nº 9649/98⁶¹ que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências, dentre as quais, redefinir a natureza jurídica dos Conselhos de fiscalização profissional. A referida lei, no *caput* do artigo 58, qualificou a natureza jurídica dos “serviços de fiscalização de

⁶⁰ CARIA, Telmo H. **A cultura profissional**: reconfiguração do trabalho técnico-intelectual e do profissionalismo nas sociedades pós-industriais. Comunicação para o VI Congresso Português de Sociologia realizado em 2008. Disponível em: <<http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/29.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

⁶¹ BRASIL. Lei 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21. jul.2011

profissões regulamentadas” como sendo exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

A determinação da natureza jurídica de um instituto identifica sua categoria, qualificando e definindo os parâmetros dos seus atos. A mencionada lei ao tratar da natureza dos Conselhos, acende uma discussão sobre seu papel como intrínseco ou não a um ente estatal.

É sabido que muitos dos conselhos de fiscalização foram criados antes da promulgação da Constituição Federal de 1988⁶², sendo sua atividade acolhida como pública, com supedâneo nos artigos 21, inciso XXIV, 22, inciso XVI, 149 e 175 da CF.

Tais dispositivos foram invocados quando da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade que teve como requerentes o Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista - PDT e requerido o Presidente da República. A mencionada ação, tombada sob nº 1717-6 DF⁶³, tratou da discussão travada

⁶² Constituição da República Federativa do Brasil: “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: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...] Art. 21. Compete à União: XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho; Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; [...] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 20 Jul. 2011.

⁶³ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9649 DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DAS PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao §3º do art. 58 da Lei nº 9649 de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do “caput” e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º XIII, 22 XVI, 21 XXIV, 70 parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a um entidade privada, de atividade

em face da inconstitucionalidade da Lei nº 9649/98 que versa, dentre outros temas, sobre a natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização Profissional.

Por meio do controle concentrado, venceu o argumento de que a fiscalização de profissões no Brasil constitui atividade típica do Estado, abrangendo os poderes de polícia, de tributar e de punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais.

Dizer que os Conselhos exercem atividade típica de Estado tem o condão de legitimar seus atos ou convocá-los a repensar o seu exercício? Esta questão focaliza o pano de fundo do tema proposto, que não objetiva cingir-se a reconhecer a natureza jurídica dos Conselhos, mas, a examinar a atuação judicante destes e repensar seu exercício em busca de alternativas para uma maior efetividade da sua atuação, o que culminaria com a verdadeira legitimação de seus atos.

2.1.3 O que diz ainda o Supremo Tribunal Federal? – Outras decisões acerca dos Conselhos de Fiscalização Profissional.

Sinteticamente, vale mencionar que, após a definição da natureza jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, a discussão nos Conselhos acerca dos desdobramentos relativos a tal decisão intensificou-se e muitas demandas chegaram ao judiciário que passou a decidir reexaminando a questão, nem sempre cômico das peculiaridades relativas a tais organismos.

Acolher a auto-regulação profissional no Brasil como uma questão estatal-corporativa, já que realizada por uma entidade autárquica, inevitavelmente traz a necessidade de adequação de sua estrutura.

Como se daria a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União? Qual o regime jurídico dos servidores? E, conseqüentemente, como se daria seu regime previdenciário? Existe obrigatoriedade de concurso público para provimento de cargos? Os contratos de trabalho firmados após 2001

típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 jul. 2011.

seriam nulos? A Lei de responsabilidade fiscal é aplicável? Sendo a anuidade tributo, poderia uma Resolução prever tais valores?

O que se pretende registrar com tais questionamentos é que reflexões jurídicas, das mais diversas ordens, aguardam por definição e merecem ser oportunamente estudadas.

Entretanto, não se afigura possível suscitar todas as dúvidas que poderiam ser formuladas agora, nem tampouco tentar respondê-las, pois definitivamente não é este o objetivo deste trabalho. A referência feita às decisões tem cunho ilustrativo e objetiva demonstrar a riqueza do tema e as possibilidades de estudo acerca da matéria.

O STF, em decisões monocráticas, tem reexaminado a natureza jurídica dos Conselhos de fiscalização profissional e suas conseqüências, uma vez que, inobstante o entendimento esposado na ADI 1717-6DF, outros tribunais se posicionam de maneira diversa, cabendo referir, a título ilustrativo, algumas destas decisões.

Os questionamentos na seara trabalhistas têm chegado a Suprema Corte, sendo exemplo interessante o agravo de instrumento (AI 839276/CE-Ceará⁶⁴) que teve como relatora a Ministra Cármen Lúcia, julgado em

⁶⁴ O recurso inadmitido tem por objeto o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho: "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONSELHO PROFISSIONAL. **ESTABILIDADE DO ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA.** Diante da constatação de divergência jurisprudencial, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ante a possibilidade de decisão favorável ao recorrente, deixo de apreciar o tema, com esteio no artigo 249, § 2º, do CPC. MULTA POR OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROCRASTINATÓRIOS. O recurso de revista está desfundamentado, à luz do art. 896 da CLT, porque não há indicação de ofensa a dispositivo de lei, nem transcrição de arestos para comprovação de divergência jurisprudencial. CONSELHO PROFISSIONAL. ESTABILIDADE DO ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **A jurisprudência desta Corte vem se posicionando no sentido de que os Conselhos Regionais destinados à fiscalização dos profissionais a eles vinculados não se inserem no âmbito da Administração Pública direta ou indireta, embora intitulados como entidades autárquicas. São considerados entes paraestatais aqueles cujos empregados não são alcançados pela estabilidade dos servidores públicos prevista no art. 41 da Constituição Federal.** CONSELHO PROFISSIONAL. ESTABILIDADE PREVISTA NO § 3º DO ARTIGO 543 DA CLT. A jurisprudência desta Corte vem se posicionando no sentido da Orientação Jurisprudencial nº 365 da SBDI-1, que dispõe: 'Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT)'. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento" (fls. 726-727). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 3. No recurso extraordinário, o Agravante alega que o Tribunal *a quo* teria contrariado os arts. 8º, inc. VIII, 22, inc. XVI, 37 e 41 da Constituição da República. Argumenta que, "**sendo o CREA/CE uma autarquia dotada de personalidade**

23/05/2011, sendo provido e convertido em recurso extraordinário para submeter ao procedimento de repercussão geral da questão constitucional.

Neste julgado, no mérito, é travado debate acerca da natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional, a fim de decidir se é possível fazer incidir a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal aos servidores dos Conselhos. Salieta a Relatora, durante o julgamento, a decisão proferida no Mandado de Segurança n. 21.797, que teve como relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, quando o STF assentou que os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, estando seus servidores submetidos ao regime estatutário:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: **NATUREZA AUTÁRQUICA**. LEI 4.234, DE 1964, ART. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. **Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União**. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - **Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990**: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - **As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário**. CF, art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (CF, art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida”.

jurídica de direito público, os seus empregados, tal qual o recorrente, fazem jus sim à estabilidade prevista no art. 41 da CF/88. E foi exatamente nesse ponto que o Colendo TST violou a literalidade do referido dispositivo constitucional” (fl. 758). Afirma que “o fato de os servidores dos conselhos de fiscalização profissional serem celetistas não desnatura a condição do CREA/CE de pessoa jurídica de direito público e, portanto, da sua sujeição aos princípios elencados nos arts. 22, XVI, 37 e 41 da CF/88” (fls. 758-759). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 jul. 2011.

Na vertente tributária, o STF negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE 611686 / GO⁶⁵) que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 31/03/2011, entendendo pela impossibilidade de majoração de anuidades por Resolução⁶⁶, tendo em vista seu caráter tributário e, para tanto, ressalta a natureza jurídica dos Conselhos como autárquica, diferenciando-a da Ordem dos Advogados do Brasil que, “apesar de zelar pelos interesses corporativos, possui finalidade institucional, a qual lhe dá autonomia e independência, distinguindo-se dos demais Conselhos Profissionais”.

A OAB⁶⁷ teve tratamento distinto, sendo-lhe reconhecida natureza especial, não se constituindo em paradigma possível para a realidade das demais entidades de fiscalização profissional.

O STF ainda tem pendente alguns julgamentos que partem da ratificação da natureza jurídica dos Conselhos como autárquica e apontam para a divergência sobre o tema entre os tribunais.

⁶⁵ Cita decisão proferida pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA (RE 446.111/RS): “**As entidades fiscalizadoras do exercício profissional são entes autárquicos e as contribuições destinadas ao referido ente têm caráter tributário. Daí conclui-se que tais contribuições se submetem ao princípio da legalidade, especialmente no que toca à alteração de alíquotas e de base de cálculo. Desta feita, a fixação do valor da anuidade, por portaria e sem observância dos critérios fixados em lei, afronta o princípio da reserva legal.**”, refere ainda diversos precedentes: (RE 368.917/RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 465.330/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 523.163/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RE 548.345/BA, Rel. Min. EROS GRAU – RE 565.578/PB, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 jul. 2011.

⁶⁶ Tentando dirimir esta questão foi editada recentemente a Lei 12.514 de 28 de outubro de 2011 que dá nova redação ao art. 4º da Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, que dispõe sobre as atividades do médico-residente; e trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12514.htm>. Acesso em: 12 nov. 2011.

⁶⁷ Recente decisão em sede de Embargo de Divergência no Agravo Regimental no Recurso extraordinário (RE 567451 AgR-EDv/SC) também teve como Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 22/05/2011, que foi inadmitido, traz a mencionada distinção. Na espécie vertente: “**a Segunda Turma concluiu que a Lei n. 8.112/90 é aplicável aos servidores dos Conselhos de Fiscalização Profissional.** No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026/DF, na qual se impugnava o art. 79, caput e § 2º, da Lei n. 8.906/1994, este Supremo Tribunal reconheceu a natureza especial da Ordem dos Advogados do Brasil, distinguindo-a dos órgãos de fiscalização profissional. A expressa distinção feita por este Supremo Tribunal da Ordem dos Advogados do Brasil desautoriza a pretendida extensão à Embargante dos efeitos da decisão proferida nessa ação de controle concentrado de constitucionalidade. Este Supremo Tribunal assentou que para a demonstração da divergência é indispensável que os paradigmas invocados respeitem a situação jurídica idêntica ao apreciado pelo acórdão embargado.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 jul. 2011.

Por derradeiro, urge destacar o Recurso Extraordinário (RE 590649 / RJ⁶⁸), que teve como Relatora a Ministra Cármen Lúcia e recorrido o Conselho Federal de Medicina, julgado em 19/11/2010.

“DECISÃO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. FACULDADE APLICÁVEL ÀS AÇÕES AJUIZADAS CONTRA AUTARQUIAS. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO. Relatório. 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. AUTARQUIA FEDERAL. FORO COMPETENTE. 1. **Ação de anulação de ato jurídico em face do Conselho Federal de Medicina, com o escopo de anular-se decisão final, proferida em Processo Ético Profissional que substituiu o *decisum* do Conselho Regional de Medicina.** 2. Inacolhível o argumento de não ser a autarquia um organismo isolado, podendo ser demandada em todo território nacional tal a União, na medida em que inaplicável às autarquias o § 2º, do artigo 109, do Texto Básico. 3. Competência da Seção Judiciária do Distrito Federal. 4. Recurso conhecido e desprovido” (fl. 103). 2. O Recorrente alega que teria sido contrariado o art. 109, § 2º, da Constituição da República. Sustenta que “o venerando Acórdão negou vigência ao disposto no parágrafo segundo do artigo 109 da Constituição Federal (...) Trata-se de regra estabelecida em favor do cidadão que, para fazer valer seus direitos, pode optar pelo local que lhe seja mais propício para exercer seus direitos” (fl. 107). Requer o provimento do recurso “reconhecendo-se a competência da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (...) para processar e julgar a ação proposta pelo Recorrente” (fls. 108-109). [...] DECIDO. 4. Razão jurídica assiste ao Recorrente. 5. **A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que os conselhos de fiscalização profissional têm natureza autárquica (Ex.: MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.5.2001; e MS 22.643, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 4.12.1998). No julgamento dos Embargos de Declaração na Reclamação n. 5.577, Relator o Ministro Menezes Direito, este Supremo Tribunal Federal assentou a aplicabilidade do § 2º do art. 109 da Constituição da República aos feitos nos quais figurem como partes autarquias. Conclui-se, portanto, que é da Justiça federal a competência para julgar o presente feito que pode ser ajuizado, de acordo com a conveniência do Autor, na seção judiciária de seu domicílio, naquela onde houver ocorrido o fato ou no Distrito Federal. [...]**”

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 590649/ RJ. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 19.11.2010. DPJ 01.12.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

O referido julgado, além de demonstrar a natureza jurídica dos Conselhos, traz, indiretamente, em seu bojo, informação de que as decisões proferidas em processos ético-profissionais vêm sendo judicializadas e aponta para outra questão relevante, a possibilidade de reforma judicial, quanto ao mérito, das decisões exaradas em processo disciplinar.

Por fim, cumprindo o caráter exemplificativo dos desdobramentos existentes em face da definição da natureza jurídica dos Conselhos pelo STF, digno de nota a necessidade de maior reflexão sobre o tema.

Em que pese o presente estudo ter como escopo a discussão específica acerca do exercício do poder disciplinar e de sua efetividade nos moldes postos pelos Conselhos de Medicina, não é possível estar míope diante das outras demandas existentes sobre estes entes de fiscalização profissional, para uma melhor compreensão dos Conselhos.

Breves considerações da visão sociológica da profissão e da liberdade do exercício profissional, como direito fundamental, são ainda importantes para compor o alicerce da discussão.

2.2 PROFISSÃO – PARADIGMAS QUE INFLUENCIAM EM SUA COMPREENSÃO

Alargar o debate do termo profissão, em uma abordagem sociológica, amplia a visão sobre o papel dos organismos de regulação que, criados para fiscalização profissional, devem compreender o que efetivamente representam.

A Constituição Federal de 1988 que prevê, em seu artigo 5º, inciso XIII, a liberdade do exercício da profissão, cuida de diferenciar tal expressão dos termos trabalho e ofício.

Manoel Jorge e Silva Neto⁶⁹, no campo do direito, conceitua profissão como: “atividade humana lícita, especializada e remunerada e disciplinada por lei em sentido material e formal”. Trabalho, para o autor, é uma atividade humana também lícita, remunerada ou não, prestada por pessoa natural, destinada à obtenção de um resultado e o ofício como: “atividade

⁶⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 678.

humana lícita, especializada e remunerada, cujo aprendizado pode se processar por entre gerações ou em oficinas ou liceus”.

Tal conceito convalida a figura dos Conselhos como disciplinadores das profissões, mas não espelha as dimensões desta atividade, sendo interessante valer-se do estudo das profissões no âmbito da sociologia.

Nos paradigmas trazidos pela sociologia existem referências sobre as organizações profissionais, sob diversos aspectos, o que contribui sobremaneira para a reflexão ora proposta.

A Sociologia das Profissões,⁷⁰ através de suas investigações, com o escopo de delinear a maneira como a oferta de profissionalismo ocorre na sociedade, tem destacado o poder profissional e o fato deste resultar de processos sócio-históricos de afirmação simbólica e política, relativos não só ao capital social, mas também ao valor simbólico que determinados grupos demonstram ter.

Os países angloxônicos distinguem *professions* e *occupations*. Os Estados Unidos da América definem, em um texto legal de 1947⁷¹, atribuições, afirmando que o estatuto das *professions* tem direito a “associações profissionais”, enquanto os membros das *occupations* podem apenas aderir a sindicatos. As ditas profissões, portanto, apontavam para aquelas identificadas normalmente como liberais.

Nos países europeus, no entanto, a utilização do termo profissão é mais genérica e, deste modo, mais indefinida⁷².

⁷⁰ “O termo ‘sociologia das profissões’ é uma tradução do inglês *Sociology of the Professions*, que exige um esclarecimento prévio. Em francês, o termo profissão tem (pelo menos dois sentidos principais que correspondem a dois termos ingleses diferentes; ele designa ao mesmo tempo: - a totalidade dos empregos (em inglês: *Occupations*) [...] e – as profissões liberais e científicas (em inglês: *professions*), ou seja, as *learned professions*, a exemplo dos médicos e dos juristas, notadamente.” DUBAR, Claude. **A socialização: construção das identidades sociais e profissionais**. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p.163.

⁷¹ O texto legal referido é a “Lei Taft-Hartley”, aprovada em 1947 e que tentou definir empregados profissionais e não profissionais, além de permitir que aos funcionários profissionais votar em separado sobre a questão da representação sindical. Disponível em: <http://www.isa.org/Content/NavigationMenu/General_Information/Careers/Career_Library1/Professionalism_and_Unionism.doc>. Acesso em 29 jul. 2011.

⁷² Vital Moreira traz interessante referência acerca da utilização na França do termo “profissional”, onde tem sentido amplo, abrangendo profissões liberais e as profissões econômicas (atividades empresariais), e o conceito de associações profissionais abrange ordem profissionais e associações empresariais. Ressalva, entretanto, que na Alemanha é diferente sendo preservada a distinção dos termos. In: MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 58.

Claude Dubar e Pierre Tripier⁷³ sintetizam o universo de significação do termo profissão:

- 1) “qualquer coisa que se enuncia publicamente e que está ligada a crenças político-religiosas” (é a chamada ‘profissão de fé’, o ‘professar certas crenças ou valores’), como
- 2) “o trabalho que se faz, na medida em que nos permite viver graças ao rendimento que dele retiramos” (esta acepção é próxima da ‘ocupação’ e costuma incluir-se nos elementos básicos de identificação de uma pessoa, a par de nome, estado civil, naturalidade, residência...) ou finalmente como
- 3) “conjunto de pessoas que exercem o mesmo ofício” (e o sentido aqui é próximo do de ‘corporação’ ou de ‘grupo profissional’)

Acrescentam, ainda, aos três sentidos citados, a idéia de profissão “como função”, dependendo sua aplicação dos sistemas de referências adotados.

Ao longo do século XX, ocorreram grandes abordagens teóricas acerca das profissões em sua vertente sociológica⁷⁴, sendo possível mencionar a teoria funcionalista, que as identificava a imagem das profissões liberais, como um modelo superior e completo; a teoria interacionista, que tinha as profissões como processos, observando as suas condições concretas de exercício, tomando como base a interação dos diversos atores sociais e a teoria que, buscando compor os dois primeiros paradigmas, considera as questões históricas e econômicas, ressaltando o poder das profissões, bem como as estratégias dos grupos profissionais na conquista e manutenção do poder.

As idéias de Emile Durkheim⁷⁵ influenciaram o paradigma funcionalista ao valorizar a restauração dos grupos profissionais, considerando-os alicerce das organizações sociais e políticas. A sua referência a divisão do trabalho não põe em presença indivíduos, mas funções sociais, quando afirma:

[...] se a divisão do trabalho produz solidariedade, não é só porque faz de cada indivíduo um agente de troca, como dizem

⁷³ Cabe adotar neste estudo tais acepções em português. FIDALGO, Joaquim Manuel Martins. **O lugar da Ética e da auto-regulação na identidade profissional dos jornalistas**. 2006. Tese (Doutoramento em Ciências da Comunicação), p.14-30. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/6011>>. Acesso: 30 jul. 2011.

⁷⁴ Ibidem. p. 14-30.

⁷⁵ DURKHEIM, Emile. **A divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. 2 ed. 2 Vol. Lisboa: Presença. 1984, p. 205.

os economistas: é porque cria entre os homens todo um sistema de direitos e deveres, que os ligam uns aos outros de uma maneira durável. Do mesmo modo que as similitudes sociais dão origem a um direito e a uma moral que os protege, a divisão do trabalho dá origem a normas que asseguram o concurso pacífico e regular das funções divididas.

[...] Mas não bastam que hajam normas, é preciso que elas sejam justas, e para isso é necessário que as condições exteriores da concorrência sejam iguais.

O referido autor reestrutura a concepção de corporações, não com o fito de reviver o seu antigo modelo, mas como associações profissionais constituídas fora do Estado, estando, no entanto, a ele submetida.

A tais entidades, guindadas a categoria de instituição pública, deposita o papel de disciplina moral de um novo gênero, para que as descobertas da ciência e o progresso do bem estar não façam infelizes. Seu intento é a integração e regulação social, tendo estas organizações profissionais o papel de dar forma ao que ele chama de “corpo de crenças comum”, fortalecendo a idéia de exigência de uma consciência moral.

O paradigma funcionalista teve grande expressão até meados da década de 60 do século passado, sendo possível citar dentre os autores que adotam esta teoria, Talcott Parsons⁷⁶, sociólogo americano, e seus quatro traços distintivos que caracterizam os profissionais, são eles: 1) *Professional* presta serviço adequado e o *businessman* está interessado em lucro; 2) A autoridade profissional tem suas bases em competência técnica num domínio específico e campo de conhecimento delimitado; 3) As ações profissionais têm neutralidade afetiva e 4) A atividade do profissional está voltada para a coletividade com uma relação distinta da comercial, uma vez que busca a satisfação do cliente recorrendo a valores relativos ao avanço da ciência e à perfeição técnica, podendo ter reconhecida juridicamente a sua competência, sendo, por conseguinte, impessoais.

Outros estudiosos concordam com este “tipo ideal profissional” e observam que o monopólio das tarefas é fundado, em regra, por uma

⁷⁶ FIDALGO, Joaquim Manuel Martins. **O lugar da Ética e da auto-regulação na identidade profissional dos jornalistas**. 2006. Tese (Doutoramento em Ciências da Comunicação), p.14-30. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/6011>>. Acesso: 30 jul. 2011.

competência técnica e científica, bem como na aceitação e aplicação de um código de ética que regule a atividade profissional⁷⁷.

Independente da corrente sociológica adotada, de logo, uma afirmação se impõe: uma profissão traz consigo um tipo de poder socialmente reconhecido.

Talcott Parsons⁷⁸ analisa, em particular, a profissão de médico, salientando a importância dada à legitimação social desta atuação profissional que, diante da evolução da própria ciência e da sociedade, deve redimensionar sua atividade, na qualidade de instituição social, evoluindo para uma conexão entre investigação e aplicação médica com a educação advinda das universidades, sendo este um ponto cardeal de referência para a política médica.

Em que pese o total distanciamento ético humanístico desta teoria, necessário reconhecer a importância de tal percepção para a construção da visão da medicina e de seu sistema de regulação no Brasil.

Cabe salientar, que outras idéias se associam a ela para uma melhor compreensão do contexto social em que está inserida na atualidade.

Nesta senda, enquanto para o funcionalismo, a profissão deve conseguir responder tecnicamente as demandas sociais, estando fundada em um saber científico e não só prático, bem como na formação de uma comunidade unida em torno dos mesmos valores e da mesma ética, para o paradigma da intencionalidade a divisão do trabalho deve ser resultado da interação e construção social, sem olvidar as circunstâncias do exercício de uma atividade que fará dela uma profissão.

A medicina também é examinada por esta teoria, cabendo citar E. Huges⁷⁹ como importante referência. Em sua percepção, faz-se necessário ir além do estudo do papel do médico na conformação de uma ordem social. A cultura profissional da medicina ultrapassa o conhecimento científico e técnico, apresentando uma lógica de processo de aprendizagem na qual estão inseridas o que ele denomina de “iniciação” e “conversão”.

⁷⁷ J. M. Chapoulie (1973), apud DUBAR, Claude. **A socialização: construção das identidades sociais e profissionais**. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p. 174.

⁷⁸ PARSONS, Talcott. **Estructura y proceso em las sociedades modernas**. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1966, p. 324.

⁷⁹ E. Huges, apud DUBAR, Claude. op. cit., p.177-178.

Iniciado quanto à adesão a uma cultura profissional e convertido no sentido religioso de fazer nascer um novo indivíduo, com uma nova concepção de si e do mundo, não se demonstrando ainda a percepção do outro (paciente) como sujeito de direito neste caminho individual de profissionalização.

Na lógica interacionista, segundo Huges⁸⁰, “profissional” é “a um só tempo quem pode delegar os “trabalhos desagradáveis” a terceiros e conservar apenas o que está ligado a uma satisfação simbólica e a uma definição prestigiosa (“curar doentes”).

De certa forma, a concepção corrente de que para o exercício de uma profissão é necessária a habilitação técnica e a legal, como ocorre no caso da medicina, também é encontrada na idéia hugesiana de diploma (licence) e mandato (mandate). O diploma seria a autorização legal para exercer atividades que são vedadas a outras pessoas e o mandato a obrigação legal de assegurar uma função específica, uma verdadeira “missão” da qual se extraem regras rigorosas de conduta.

No Brasil, esta obrigação de assegurar uma função específica, hoje, no caso da medicina, nasce com a inscrição no conselho de fiscalização profissional. Na concepção interacionista, estariam estes organismos destinados a proteger o diploma e a conservar o mandato de seus membros, mantendo-os afastados do público “profano”, sem deixar de zelar pela aprendizagem como reprodução do ritual entre profissionais e ainda de administrar a questão dos erros.

Há de se reconhecer a contribuição interacionista para perceber a peculiaridade de tais organizações, que, se assim forem consideradas, não guardarão na sua atuação efetiva contribuição social, distanciando-se de uma ordem democrática e passando a funcionar como verdadeiros espaços de desculpabilização de grupos sociais que recebem uma “proteção extra” por pertencerem a determinadas profissões.

De outra banda, necessário trazer à baila a existência de uma terceira via, com teorias que, além de formular uma espécie de síntese do funcionalismo e do interacionismo, refletem acerca do poder das profissões e

⁸⁰ E. Huges, apud DUBAR, Claude. **A socialização**: construção das identidades sociais e profissionais. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p. 178.

dos mecanismos de conquistar e preservar poder, levando em consideração a idéia de mercado de trabalho e monopólio profissional.

Claude Dubar⁸¹ conclui suas considerações acerca deste paradigma, observando que:

“profissão” parece assim constituir uma implicação social que depende sobretudo da capacidade dos membros de uma atividade qualquer para se coligar, para desenvolver uma argumentação convincente e para se fazer reconhecer e legitimar mediante ações coletivas múltiplas.

A argumentação convincente é, portanto, mais um dado a ser considerado, quando se questiona os caminhos possíveis de efetivação da atuação judicante dos Conselhos de fiscalização profissional.

Para redimensionar o papel dos Conselhos, impende pontuar o quanto a sociologia das profissões pode contribuir para uma interpretação crítica desta atuação.

Destarte, muito mais do que acolher um modelo estático, a formação⁸² de um profissional é edificada através de um processo que implica na construção de uma identidade, a chamada “impregnação cultural”, daí a concepção dinâmica de carreira, que, além do aprendizado científico, constrói um indivíduo iniciado e convertido.

Cuidar da aprendizagem e da reprodução do ritual entre profissionais direciona o olhar para o necessário cuidado com a formação acadêmica e com a adoção de posturas preventivas. Tal postura está intrinsecamente relacionada ao tratamento dado à questão dos erros profissionais, como em sua dimensão ético profissional.

A distância entre os “modelos sagrados” e as “diversas vias da prática cotidiana” também são reconhecidas e contribuem para a reflexão acerca da atuação dos Conselhos.

⁸¹ DUBAR, Claude. **A socialização**: construção das identidades sociais e profissionais. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p. 188.

⁸² Enquanto estudos constatarem a existência de etapas de conversão doutrinal, a exemplo de Fred Davis (1966) citado por Claude Dubar, a experiência docente permite empiricamente referir a identificação de fortes indícios de que o desenvolvimento da auto-concepção profissional se constrói ao longo da formação acadêmica, o que aponta para a necessidade uma maior valorização da vivência na academia como momento de compreensão da “missão” que existe no exercício da profissão. Por certo, tal impacto merece estudo próprio. Ibidem, p. 184.

Afinal, a codificação deontológica existente e as sanções impostas auxiliam no campo do real ou objetivam apenas manter as referências “sagradas” ampliando a idéia de auto-proteção?

Necessário observar que são importantes as contribuições tanto da teoria funcionalista que valoriza o desenvolvimento, restauração e organização das profissões imputando a elas, de um modo geral, uma função de coesão social e moral do sistema social, quanto do paradigma interacionista que ressalta as condições concretas do exercício profissional e a existência de uma conflituosidade interna e não de um bloco homogêneo que compõe as profissões para dimensionar o problema.

Na atualidade, ainda, é perceptível a existência de um modelo calcado na função social da profissão. Necessário, também, considerar a perspectiva dinâmica desta, levando em conta os indivíduos e as repercussões do labor na sua identidade, bem como as relações existentes no exercício da profissão que, na medicina, envolve claramente sujeitos de direitos, o que enseja, por conseqüência, limites para a liberdade no exercício profissional.

2.3 O DESENHO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL NO BRASIL

A liberdade do exercício profissional e a legitimidade de mecanismos de sua limitação são pontos que, freqüentemente, surgem em discussões no campo do direito.

Nesta quadra, é essencial compreender o desenvolvimento constitucional no Brasil acerca da matéria a fim de alcançar os cuidados necessários para que as limitações existentes ou criadas se mantenham constitucionalmente defensáveis.

No período colonial, o comportamento do Império espelhava o momento histórico vivenciado e desde a época da Independência já era protegida a liberdade ao exercício profissional. No caso da medicina, D. João VI inaugurou a Primeira Escola Médica do Brasil⁸³, passando, em tese, a ser a formação técnica um controle ao exercício da profissão.

⁸³ Faculdade de Medicina da Bahia. Histórico. Disponível em: <<http://www.fameb.ufba.br>>. Acesso em 21 jul. 2011.

Preponderava, naquele tempo, a liberdade profissional, chegando a ser vedada na Constituição de 1824 a criação de corporações, nos moldes anteriormente conhecidos, por meio de norma constitucional expressa.⁸⁴

Em 1827, entretanto, a criação dos cursos jurídicos, e, posteriormente, de outros cursos superiores, fez surgir o interesse, entre os graduados, de disciplinar o exercício da profissão e, na sociedade, de proteção, de algum modo, contra os maus profissionais.

Em 1843, é criado o Instituto dos Advogados Brasileiros⁸⁵, instalado na capital do Império naquele ano, mediante autorização conferida pelo seu Regimento, semente do que viria a ser a primeira entidade de fiscalização profissional nos moldes atuais, criada somente em 1930.

Com a proclamação da República, a Constituição de 1891⁸⁶, na seção II, da declaração de direitos, prevê a garantia à liberdade profissional, sem restrições ou limitações pelo Estado.

Ricardo Teixeira do Valle Pereira, ao tratar do histórico dos Conselhos de fiscalização profissional, registra que, o final do século XIX e início do século XX foram marcados pelo ressurgimento do intervencionismo estatal que dessa feita objetivava ter no Estado um instrumento de combate à desigualdade, de proteção as liberdades e garantias individuais e ao interesse coletivo⁸⁷.

⁸⁴ A influência francesa no texto constitucional pátrio pode ser notada, cabendo lembrar que também lá foi suprimida a possibilidade de criação de corporações. Vide Art. 179 – XXIV e XXV da Constituição Política do Império do Brasil de 1824. BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso 29 Jul.2011.

⁸⁵ Ainda hoje o instituto existe, tendo atuação distinta das entidades de fiscalização profissional atuais, sendo a Ordem dos Advogados do Brasil que na advocacia exerce este papel. Instituto dos Advogados do Brasil. História. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br>>. Acesso: 29 jul.2011.

⁸⁶ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891: “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.” BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 29 jul.2011.

⁸⁷ PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos Conselhos de Fiscalização profissional In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Conselhos de Fiscalização Profissional Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.23.

A Constituição de 1934⁸⁸, no capítulo II, dos direitos e das garantias individuais, em seu artigo 113, aponta esta mudança e traz a possibilidade de imposição de condições a liberdade do exercício profissional ditadas pelo interesse público e estabelecidas por lei.

A Constituição de 1937⁸⁹ ressalta o bem público, mantendo a possibilidade de condições e restrições, assim como as Constituições de 1946⁹⁰ e de 1967⁹¹.

Obedecendo a uma tendência que, há algum tempo, vinha se desenhando no cenário da época, a partir da década de 30, o Estado passou a intervir no exercício das profissões, em especial, naquelas de cunho técnico científico. Optou, então, pela criação de pessoas jurídicas para tal finalidade, não cumprindo o Estado diretamente tal desiderato.

Após a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, de características reconhecidamente *sui generis*, outras categorias profissionais passaram a si mobilizar, dentre elas, a dos médicos, sendo criado, finalmente, o Conselho de Medicina, que não obstante ter moldes distintos da referida ordem, serve-se do mesmo espírito de mobilização de categoria profissional.

⁸⁸ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.” BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 29 Jul. 2011.

⁸⁹ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937: “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 8º - a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei. BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 Jul. 2011.

⁹⁰ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: “Artigo 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

⁹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 “Capítulo IV *Dos Direitos e Garantias Individuais* Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 Jul. 2011.

O Estado delegou sua função de fiscalizar o exercício profissional e, descentralizando seu poder, criou, por lei, pessoas jurídicas consideradas de direito público, com capacidade administrativa e financeira, reconhecidas como autarquias.

Tal enquadramento considera parte das leis específicas de criação dos conselhos que os identifica expressamente como autarquia federal, e, ainda, o Decreto nº 200/67, que define genericamente estes entes, não se mostrando pacífica, no entanto, a aplicação conceitual trazida por este último.

Promulgada a Constituição de 1988 não houve alteração no entendimento acerca da possibilidade de haver condições e restrições à liberdade ao exercício profissional. Albergado pela idéia de justiça social, o artigo 5º da Constituição Federal “tem por escopo proteger os principais e mais simples direitos da pessoa humana”⁹².

Deste modo, a restrição ao exercício desta liberdade para ser legítima deve ser admitida na Constituição de forma expressa, objetivar salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, ser na medida necessária para alcançar o objetivo e não atingir o conteúdo essencial do preceito que suporta a restrição.

A liberdade ao exercício de qualquer trabalho tem uma conotação sócio-ideológica que não pode ser desconsiderada, constituindo-se norma de eficácia relativa restringível⁹³, sendo direito fundamental disposto no título II, capítulo I, artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Para justificar a intervenção do Poder Público deve a atividade impor conhecimento técnico e científico avançados, motivo pelo qual a não exigência de um mínimo de qualificação para o seu exercício pode acarretar risco à coletividade.

⁹² GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

⁹³ Ao tratar da eficácia das normas constitucionais Manoel Jorge e Silva Neto assinala a relevância de tais normas em sede das quais não se admite outras contenções a não ser aquelas expressamente estabelecidas na Constituição e ressalta: “[...] ainda assim, impor-se-ão tais limitações somente quando a lei em sentido formal ou o ato judicial – legitimamente considerados pela Constituição como instrumentos limitativos do espectro da norma – vierem a ser implementados por quem estiver a tanto autorizado.” SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,. p. 175.

A repercussão social do exercício profissional marca a necessidade de controle estatal, sendo interessante mencionar referência de Miguel Reale⁹⁴ acerca da questão:

[...] à medida que progredem os processos de formação profissional específica, pressupondo técnicas cada vez mais apuradas de ensino, e quanto mais se impõe a salvaguarda dos interesses coletivos, o desempenho de certas profissões deixa de ser matéria de estrita ação privada para passar à esfera do controle estatal.

Jorge Antônio Maurique⁹⁵ salienta que o constituinte, ao condicionar o exercício do trabalho a qualificações profissionais, pretendeu garantir que determinadas profissões somente seriam praticadas por pessoas comprovadamente aptas. E exemplifica: para ser médico, há necessidade de que a pessoa tenha formação técnica, a que tem acesso através de curso de Medicina.

Neste caso, além da habilitação técnica, que é alcançada através da graduação em um curso de medicina reconhecido pelo MEC, necessária a habilitação legal, que se dá por meio da inscrição no Conselho de fiscalização profissional do Estado no qual serão exercidas as atividades laborais.

Observa, ainda, Maurique⁹⁶, que o indeferimento do pedido de inscrição deve ser bem fundamentado e estar de acordo com a lei, em sentido formal e material, que estabelece a qualificação técnica para o desempenho de determinada profissão, compreendida também as normas *interna corporis* representadas através das Resoluções que regulam e estabelecem os procedimentos éticos a ser adotados pelos profissionais.

As exigências nas leis que regulam o exercício das profissões, quando flagrantemente desproporcionais, podem ser consideradas inconstitucionais, porquanto, a mesma Constituição que garante a liberdade do exercício das profissões, também alberga a sua restrição, para proteger a coletividade.

⁹⁴ REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 503, ano 66, p.47-53, set. 1977, p. 47.

⁹⁵ MAURIQUE, Jorge Antônio. Conselhos: Controle profissional, processo administrativo e judicial. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Conselhos de Fiscalização Profissional Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 200-208.

⁹⁶ Ibidem, p. 204.

Neste ponto, os Conselhos, entes responsáveis pela sua fiscalização, a quem compete evitar a lesão à sociedade causada pela atuação profissional, exercem o poder que lhe foi delegado, tanto do ponto de vista da qualificação técnica, quanto ética.

À luz deste esclarecimento prévio, desponta relevante tratar da medicina e da criação dos seus Conselhos, além de suas atribuições legais, uma vez que esta foi considerada a entidade eleita para mais acurado estudo dos mecanismos desenvolvidos para solução de conflitos éticos.

3. ANAMNESE DA MEDICINA E DE SEUS CONSELHOS

Antes de tratar da criação dos conselhos de medicina no Brasil e verificar suas atribuições legais, serão apontados momentos da história da medicina que demonstram a existência de regulamentação desta prática, desde os primórdios, salientando a imprecisão de modelos calcados em normas verticalizadas que professem valores inaplicáveis.

Neste diapasão, há o risco de criação da chamada legislação-álibi⁹⁷, que, além de não solucionar os problemas, impede o caminho para que sejam resolvidos, criando apenas uma aparente resposta ao dilema posto.

Com a evolução tecnológica e os avanços nas práticas da medicina, é colocada à disposição do homem não só meios de tratamento, mas formas de prevenir doenças, possibilitando benefícios. Muitos Estados entendem, como sua, a obrigação de preservar à saúde dos cidadãos, garantindo-lhes direitos e regulando esta profissão, que tem ampliada a sua capacidade de interferência no curso da vida e, com isto, redimensionado o seu poder.

A medicina é influenciada pela força dos novos tempos de diversas maneiras e aqueles que a exerce têm que compreender que não detêm o monopólio da informação e do cuidado envolvendo questões de saúde, nem tampouco que sua prática pode ser regulada como outrora.

Inobstante as discussões acerca da pós-modernidade, neste tempo, ainda devem ser reconhecidas mensagens dotadas de formas e efeitos prescritivos, fazendo-se presente e pertinente a deontologia.

A possibilidade das instituições irem além deste tipo de linguagem é o grande desafio, também para medicina. Suas estruturas fiscalizatórias precisam olhar para as formas de utilização da informação e sua melhor interação com os demais profissionais e pacientes, que não se cinge a prescrição do seu saber em sua vertente deontológica, mas nele encontra importante contribuição.

Rememorar passagens da medicina poderá auxiliar na reflexão acerca do rumo a ser seguido para que seja possível definir, ou pelo menos, vislumbrar o formato da medicina da pós-modernidade.

⁹⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

3.1 A REGULAMENTAÇÃO DA MEDICINA NA HISTÓRIA – PASSAGENS INTERESSANTES.

Historicamente, não há registros documentais pré-históricos da prática médica, mas, através da paleontologia e do estudo de esqueletos exumados, é possível identificar a reparação de fraturas e a realização de trepanações do crânio⁹⁸ em antigas civilizações em todo o mundo. Infere-se, portanto, que homens especializados prestavam socorro a outros, feridos ou doentes, com a finalidade de aliviar sua dor.

A necessidade do homem de interligar-se entre o tangível e o intangível e a utilização de interlocutores entre estas dimensões, faz parte também da história da medicina. Os seus praticantes eram vistos como possuidores do dom ou do saber e, por conta disso, desfrutavam de autoridade, como sendo os “agentes de comunicação” que ligavam o homem sofredor às potências soberanas dos céus.

Mesmo sabendo da sua existência, não serão tratadas aqui as etnomedicinas⁹⁹, ou seja, aquelas técnicas médicas diferentes da chamada medicina ocidental, porquanto, esta última, resultante de observações precisas e racionais fundadas na experimentação, é a única merecedora de regulamentação para o exercício legal da profissão no Brasil.

Reconhecendo a vastidão da história da medicina, foram escolhidos como fatos históricos relevantes para observar a presença da regulamentação da conduta médica desde seus primórdios, o Código de Hamurabi, o Juramento de Hipócrates e a implantação da técnica da dissecação.

No século XVII a.C., o Código de Hamurabi, escrito em 21 colunas e contendo 282 cláusulas, pode ser entendido como uma importante referência

⁹⁸ Em que pese não se saber ao certo o que levava a realização deste procedimento no período neolítico e na antiguidade, esta prática ainda é adotada em diversas etnias da África, com o objetivo de eliminar os maus espíritos e demônios do paciente, mas sem nenhum significado terapêutico prático. In: SOURNIA, Jean Charles. **História da Medicina**. Tradução Jorge Domingues Nogueira. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992, p. 13.

⁹⁹ Saber que a racionalidade cartesiana não é universal e que cada povo cria seus sistemas médicos diante de suas estruturas sociais, de sua cultura e visão de mundo, bem como reconhecer a dificuldade do homem ocidental em admitir a coexistência de lógicas diferentes demonstra o desafio a ser enfrentado por uma teoria dialógica e argumentativa para a solução de conflitos da medicina. Cabe, ainda, registrar a crítica ao termo etnomedicina, porquanto, a medicina ocidental também seria fruto de um grupo de indivíduos ligados entre si por uma cultura, ou seja, uma etnia. In: *Ibidem*, p. 16.

normativa, não só para a medicina. O referido código consiste em um ordenamento jurídico voltado à coletividade, que disciplina as mais diversas relações sociais, muitas delas abrangidas em antigas leis, sistematizadas pelo, então, rei da Babilônia.

No que tange à medicina, fixa os honorários de acordo como o tipo de intervenção cirúrgica em caso de sucesso, e as sanções, em caso de insucesso, trazendo, assim, vestígios da responsabilidade médica nas suas cláusulas 215 a 222¹⁰⁰, que assim dispõe:

215 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos. 216 - Se é um liberto, ele receberá cinco siclos. 217 - Se é o escravo de alguém, o seu proprietário deverá dar ao médico dois siclos. 218 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos. 219 - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo. 220 - Se ele abriu a sua incisão com a lanceta de bronze o olho fica perdido, deverá pagar metade de seu preço. 221 - Se um médico restabelece o osso quebrado de alguém ou as partes moles doentes, o doente deverá dar ao médico cinco siclos. 222 - Se é um liberto, deverá dar três siclos. 223 - Se é um escravo, o dono deverá dar ao médico dois siclos.

Dando um salto histórico e passando de pronto para a influência dos gregos, como fundadores da medicina atual, para libertar, em parte, a medicina das influências filosóficas e mágicas, será aludido o até hoje lembrado e discutido juramento de Hipócrates.

O juramento¹⁰¹ consistia num ato que unia os membros de uma espécie de comunidade moral com motivações profundas, dando a idéia de pertencimento a uma corporação com o engajamento de uma vida, servia como uma verdadeira profissão de fé.

O Juramento de Hipócrates¹⁰² pode ser encontrado em diversas versões, sendo adotado o texto a seguir:

¹⁰⁰ CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.4shared.com>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

¹⁰¹ DUBAR, Claude. **A socialização**: construção das identidades sociais e profissionais. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p. 166.

¹⁰² JURAMENTO DE HIPÓCRATES. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

“Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.”

Nasce a medicina hipocrática, que define a postura do médico na relação com o paciente, trazendo como princípio básico a beneficência e da qual, em consequência, pode se extrair a não maleficência, ou seja, não só deve fazer o bem, mas também cabe ao médico abster-se de praticar o mal em desfavor daquele confiado aos seus cuidados.

O juramento aponta para valores tidos como absolutos no exercício da arte médica, podendo ser entendido como o ponto de partida para as normas éticas existentes, sendo que para Hipócrates seria a desonra a sua sanção.

Como foi feito por médicos e para médicos, vinculados ao autoritarismo sacerdotal, em um tempo no qual existia distinção entre o profissional e o leigo, sendo muito mais radical a preservação do segredo da sua doutrina, compreensível a inexistência de qualquer menção a autonomia

do paciente, bem como a necessidade deste ser esclarecido dos possíveis procedimentos a serem adotados¹⁰³.

Outro ponto histórico a ser comentado é a figura da dissecação. Com a curiosidade própria do homem das ciências e do médico, podem ser verificados, no período do renascimento, questionamentos acerca do corpo humano e do que é feito, levando dentre tantas outras mudanças sociais, a regulamentação da dissecação¹⁰⁴.

Este momento histórico é trazido para ressaltar o conflito de princípios morais postos com a prática da dissecação: o respeito ao corpo e a necessidade de evolução dos estudos científicos foram postos em xeque.

Os avanços da técnica médica sempre foram, de alguma forma, acompanhados pelas autoridades constituídas, que, no caso da dissecação, era o Estado cristão, sendo patente a influência da igreja.

Os despojos mortais dessa criatura de Deus, que é o homem, merecem um respeito religioso, sendo um sacrilégio atentar contra ele, mas, de outro lado, a curiosidade do homem e os progressos alcançados no tratamento de doentes também deveriam ser considerados e pesaram na decisão.

Após a realização de uma ponderação que apontava para importância científica da dissecação, o Estado cristão da Idade Média opta pela permissão com a imposição de limites, quanto ao número de dissecações, daqueles que poderiam realizá-las, em que condições e a quem seria permitido assistir o procedimento. Ocorre que, à época, inobstante a regulamentação existente, a Igreja e a Inquisição fecham os olhos para o descumprimento da norma e esta prática passa a ser largamente utilizada, vencendo a necessidade de descoberta do corpo humano não pela ponderação, mas pela hipocrisia social.¹⁰⁵

¹⁰³ MUNÓZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o Consentimento livre e esclarecido. In: FERREIRA, Sergio Ibiapina; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.) **Iniciação a Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 54.

¹⁰⁴ SOURNIA, Jean Charles. **História da Medicina**. Tradução Jorge Domingues Nogueira. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992, p.158.

¹⁰⁵ Percebe-se, assim, a existência, em períodos remotos, de legislações simbólicas caracterizadas por Marcelo Neves por ser normativamente ineficaz, por falta de vigência social (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 51.). Este simbolismo, até hoje, mostra-se como um problema para o direito e para a efetiva solução de conflitos, e merece atenção no ambiente de criação de normas deontológicas, que

Tal prática foi, posteriormente, conhecida nas escolas médicas através da disciplina anatomia, sendo este aprendizado compreendido como imprescindível para tratar o doente.

Resta patente que a trajetória em busca da medicina científica foi precedida pela magia e por um cunho sacerdotal, que desde sua origem traz referências a tradições e no seu bojo relações de poder¹⁰⁶.

Foucault¹⁰⁷ examina o nascimento da medicina social e ressalta a medicina como um poder bio-político e afirma:

A medicina moderna é a medicina social que tem por background uma certa tecnologia do corpo social; que a medicina é uma prática social que somente em um de seus aspectos é individualista e valoriza as relações médico-doente. [...] O controle da sociedade sobre os indivíduos não opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política.

Neste ponto fica patente a vastidão das abordagens possíveis acerca da história da medicina e da sua influência nas estruturas de poder, sendo uma expressão deste.

Em tempos mais atuais, é possível perceber que a medicina passa a ser vista não só como um compromisso de homens detentores de saber cuidando de homens que sofrem. Os avanços da ciência médica coletivizam os cuidados com a saúde, fazendo surgir os sistemas de saúde adotados pelos Estados, com o fim de preservar o bem estar do ser humano.

Após a segunda guerra mundial, estes modelos de sistemas de saúde passam a ser pensados desde a administração das questões sanitárias até a regulamentação precisa e obrigatória das profissões de saúde em todo mundo.

não podem quedar-se ao descrédito, porquanto, mais do que regras, funcionam como norte axiológico na atuação profissional.

¹⁰⁶ Foucault trata desta característica de poder, ainda tão atual, que denomina de epistemológico. Poder de extrair dos indivíduos um saber e extrair um saber sobre estes indivíduos submetidos ao olhar e já controlados pelos diferentes poderes. Além do saber tecnológico, há uma saber de observação, de certa forma, clínico. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau. 2009, p. 121.

¹⁰⁷ Idem. **Microfísica do Poder**. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro, Graal, 1979, p. 79-80.

Acessibilidade¹⁰⁸ é a palavra de ordem destes novos tempos e a sua busca é uma constante, uma vez que não se mostra perfeita em nenhum dos sistemas de saúde existentes. Assim, a partir de 1945, o ideal social igualitário e a prosperidade vivenciada por alguns países no pós-guerra possibilitaram a implementação de regimes de proteção social.

Enquanto alguns países travam lutas entre a medicina e as demais profissões de saúde, a Comunidade Européia, que também não conseguiu pacificar a regulamentação da atuação destes profissionais, adotou a livre circulação almejando garantir a sua harmonização. Neste ponto, entretanto, a medicina demonstra a força da cultura, da maneira de viver e, por vezes, da religião de um dado país na sua prática, haja vista que esta circulação pelos profissionais tem se mostrado rara¹⁰⁹.

O *National Health Service*, na Grã-bretanha, estende-se a toda a população. Na França, entretanto, passaram-se longos vinte anos para a generalização da segurança social e assim foi com outros países europeus. Os Estados Unidos da América, mesmo com todo seu crescimento industrial e investimento em tecnologia, ainda apresentam dificuldades para garantir saúde a todos.

O Brasil, no rol dos países subdesenvolvidos, tem com a Constituição Federal de 1988 e a redemocratização do país, a previsão de um Sistema Único de Saúde.

O Direito Internacional aponta para a mesma direção, podendo-se mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas¹¹⁰ (1948) e o Pacto de San José da Costa Rica¹¹¹ (1992) como marcos históricos da relevância dada aos direitos humanos, ratificando a

¹⁰⁸ SOURNIA, Jean Charles. **História da Medicina**. Tradução Jorge Domingues Nogueira. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992, p. 364.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 365.

¹¹⁰ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

¹¹¹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 01 de jul. 2011.

importância para o Brasil de sua consagração constitucional no panorama mundial.

A Declaração de Alma-Ata¹¹² (1978) reconhece que a atenção primária “reflete e evolui a partir de condições econômicas e características políticas e socioculturais de um país e suas comunidades”. Logo, necessário considerar que os países diferem em suas agendas políticas e estas diferenças ocorrem ainda dentro de um mesmo país, em face das características históricas, políticas, culturais e econômicas de suas regiões.

Os avanços constantes da Constituição Federal de 1988, em especial, no que concerne aos direitos fundamentais, ocorreram na linha do constitucionalismo democrático-social que se difundiu a partir do fim da segunda guerra mundial e das lições dolorosas ali apreendidas, não podendo ser esquecida a relevante contribuição trazida anteriormente pelas Constituições: Mexicana (1917) e Alemã (Weimar -1919).

O reconhecimento constitucional da importância do direito à saúde advém da assimilação dos avanços trazidos pelo Direito Internacional e ainda das reivindicações da sociedade. Inobstante a reconhecida importância coletiva da iniciativa de buscar sistemas de saúde igualitários, há não só no Brasil, mas também nas economias mais ricas, uma escassez de recursos para ser destinado à saúde e formas distintas de se compreender a garantia destes direitos.¹¹³

A medicina do século XXI traz avanços, e a realidade social, bem mais complexa na busca de garantia de direitos, gera conflitos na esfera pública e privada, o que leva a discussão acerca das formas de pacificação.

¹¹² DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. Conferência Internacional Sobre Cuidados Primários de Saúde. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/coletiva/uploadArq/Alma-Ata.pdf>>. Acesso em; 22 nov. 2010.

¹¹³ Sobre a exigibilidade dos direitos identificados constitucionalmente como fundamentais lembra Gustavo Amaral que há formas de se entender a exigibilidade destes direitos: “Há, como já dito três grandes correntes: a dos que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a *reserva do possível*, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível” AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: Critérios jurídicos para lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 35) E ainda que: “Todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”. *Ibidem*, p. 39.

Difícil identificar uma solução única para todos os casos, mas possível encontrar mecanismos que auxiliem no processo. Considerando, portanto, a existência de regulamentação da prática médica ao longo da história, tem-se na perspectiva atual uma premência na discussão dos meios de controle utilizados.

Como já referido anteriormente a opção pelo sistema de saúde, bem como pela forma de regulação das profissões varia entre as nações, sofrendo forte influência cultural¹¹⁴.

Reconhecidas as transformações pelas quais passaram ao longo do tempo, neste trabalho cabe, tão somente, fornecer breves informações sobre a regulamentação da medicina através das codificações e da existência de procedimentos estabelecidos, que objetivavam nortear a sua prática e já apontavam para uma responsabilização dos seus atos, contudo, sem a pretensão de valoração dos dados históricos apresentados, compreendendo-os em conformidade com a cultura da época.

Destarte, considerando que os Conselhos de Medicina são o objeto direto deste estudo, consistindo em entidades fiscalizatórias que, no Brasil, cumprem o papel de auto-regulação profissional, impende adentrar na sua criação.

3.2 A CRIAÇÃO DOS CONSELHOS DE MEDICINA

Compreendido o movimento histórico mais recente que levou o Estado a intervir no exercício das profissões, os Conselhos de Medicina, supervisores da ética profissional, julgadores e disciplinadores da categoria

¹¹⁴ A sociologia tem percebido a importância da saúde e da educação como fonte social, permanecendo a discussão dos desdobramentos de tal constatação, sobre o que, não nos é permitido avançar nesta quadra. Em que pese se valer dos dados para o estudo específico no caso americano, Parsons registra: “La salud es vital porque la capacidad del individuo humano para lograr cosas es, em último término, la fuente social más crucial. La enfermedad es para los sociólogos esencialmente una perturbación de esta capacidad para realizar tareas e funciones socialmente relevantes. La educación, que es la creación de capacidades mediante la enseñanza, y la salud, que es el mantenimiento de la capacidad, son los grandes centros de provisión y salvaguardia de los recursos humanos.” PARSONS, Talcott. **Estructura y proceso em las sociedades modernas**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 320/321.

médica, que devem zelar pelo perfeito desempenho ético da medicina e ainda pelo bom conceito da profissão¹¹⁵, figuram como um modelo a ser estudado.

Mas para chegar a esta definição e repensar suas atribuições, foi percorrido um caminho que refletia o momento do Estado e a concepção de mecanismos válidos de intervenção e regulação.

Maria Suzana S. de Arruda Falcão¹¹⁶ observa que a conduta ética no exercício profissional passa a constituir uma responsabilidade determinada por força de lei, não se tratando apenas de uma consciência moral que orienta o comportamento profissional.

Para tanto, os profissionais no Brasil buscaram a regulamentação de suas condutas nos Conselhos de fiscalização, organismos que cuidam, nos dias atuais, da auto-regulação da medicina.

André de Faria Pereira Neto¹¹⁷ aponta a década de 20 como um marco mundial, diante da efervescência da história econômica, política e cultural, e o ano de 1922, em especial, no Brasil, teve um significado. Digno de nota, dentre os acontecimentos daquele ano: a Semana de Arte Moderna, a criação do partido comunista do Brasil, o movimento tenentista, a exposição comemorativa do centenário da independência e a realização do Congresso Nacional de Práticos.

O mencionado Congresso se apresenta peculiar¹¹⁸, não por ser o primeiro, afinal existe notícia de Congressos realizados desde 1888, mas sim pelo seu programa. Afinal, antes discutiam questões teóricas, neste evento

¹¹⁵ “Art. 2º - O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.” BRASIL. Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 11 nov. 2011.

¹¹⁶ FALCÃO, Maria Suzana S. de Arruda. **A ética médica e suas infrações**: Um estudo sobre processos ético profissionais do Estado do Rio de Janeiro. 1993. 160 f. Dissertação (Mestrado em Saúde) - Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Instituto Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1993.

¹¹⁷ PEREIRA NETO. André de Faria. **Ser médico do Brasil**: o presente no passado. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001, p. 23.

¹¹⁸ Segundo Oscar Silva Araújo, orador oficial do congresso: “[...] O Congresso Nacional de Práticos tem programa mais eficiente. Visando às necessidades mais diretas do país e do povo, estudará as questões de assistência pública, higiene, saneamento, medicina social, prática profissional e ensino médico.” Ibidem, p.34.

constou como tema “o papel do Estado como intermediador de interesses coletivos”.

Álvaro Tavares de Souza¹¹⁹ retrata historicamente a busca dos médicos, a partir da década de 20 do século passado, em criar mecanismos para exigir a observância dos princípios deontológicos, tendo tomado forma esta luta no antigo Sindicato Médico Brasileiro, fundado em 1927, segundo ele, a mais antiga associação sindical de profissionais liberais do país.

Dois anos após a referida fundação, foi apresentada a tradução do Código de Moral Médica, elaborado no VI Congresso Médico Latino Americano reunido em Havana em 1926, com modificações feitas pela comissão especial designada para adaptá-lo a realidade brasileira.

Em 1931, no I Congresso Médico Sindicalista Brasileiro, realizado no Rio de Janeiro, foi votado o Código de Deontologia Médica. Tal instrumento compunha-se de treze capítulos, tratando o último da criação dos Conselhos de Disciplina Profissional destinado a zelar pela disposição do Código e aplicar as sanções aos que infringissem suas normas.

Naquele ano, houve a edição do referido Código de Deontologia Médica, sendo eleitos, em assembléia das entidades médicas estaduais, os membros do Conselho de Disciplina Médica, com sede no Rio de Janeiro.

A efetivação das funções do Conselho de Disciplina e a vigência do mencionado Código de Deontologia deram causa as discussões na comunidade médica da época, cabendo ressaltar a fragilidade da norma que não possuía coercibilidade, cuja força era eminentemente ligada à moral.

Em 1933, foi realizado o II Congresso Médico Sindicalista Brasileiro, tendo como temas centrais o Conselho de Medicina e o Código de Deontologia. Foram aprovadas alterações ao Código e criados os Conselhos de Disciplina Médica Regionais, além da Federação de Sindicatos Médicos, providos os cargos de membro dos Conselhos Regionais e ainda feita uma moção ao governo solicitando a oficialização dos Conselhos de Disciplina Médica.

Neste período, a Constituição de 1934 sinaliza para ampliação das atividades do Estado, instituindo-se, inclusive, um Tribunal de Direito Administrativo no âmbito federal.

¹¹⁹ SOUZA, Álvaro Tavares de. **História da Criação dos Conselhos de Medicina**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa nacional Rio de Janeiro, 1971, p. 5.

O Brasil de contorno individualista passa a ter perfil socializante com crescente intervenção na ordem social, atuando nas áreas de economia, educação, higiene, previdência social e saúde.

Cresce a máquina estatal com a criação de novas pessoas jurídicas. Todavia, longo percurso as entidades médicas travariam até o seu reconhecimento como pessoa jurídica de direito público. A partir deste momento, maior respaldo jurídico se delineava ante o novo papel assumido pelo Estado.

Desde 1936 eram discutidas propostas de criação da Ordem dos Médicos, demonstrando que a categoria buscava a formalização de um ente capaz de promover à defesa da medicina. Na proposta, teria a Ordem papel eclético, pois se propunha a cuidar dos problemas éticos e, também, daqueles de natureza econômica, o que gerou discordância em face das atividades já desenvolvidas pelas entidades sindicais e da concepção de um ente voltado exclusivamente para temas atinentes à “moral médica”.

A discussão chegou a Câmara dos Deputados que designou comissão especial para estudá-la, resultando no Projeto nº 41 de 1937 com o intuito de criação da referida Ordem. Considerando o dissenso, foi requerido o arquivamento do mencionado projeto de lei.

Em 1938, o III Congresso Médico Sindicalista Brasileiro criou e promoveu o reconhecimento oficial da “Federação dos Sindicatos dos Médicos do Brasil”, órgão de grau superior do sindicalismo brasileiro, que desempenhou papel relevante nas medidas preliminares de constituição do Conselho Federal Provisório de Medicina. Pela falta de atribuições disciplinares legalmente postas, teve breve existência.

Neste mesmo ano, houve nova tentativa de instituir a Ordem dos Médicos, desta vez no Ministério da Educação e Saúde, com base em anteprojetos apresentados por delegações da Academia Nacional de Medicina e do Sindicato dos Médicos Brasileiros, bem como em sugestões oriundas de outras entidades médicas. A idéia do projeto trazia a criação de um órgão tutelar dos direitos e interesses éticos e econômicos e seu aparelho de seleção e disciplina, tendo por fim o estudo e solução de problemas profissionais da classe no seu tríplice aspecto social, cultural e material. A idealização de tal modelo ainda geraria conflitos que terminariam novamente por inviabilizá-lo.

Diante das dificuldades de consenso e da existência de manifestação contrária, por parte de considerável número de entidades médicas, à idéia de criação de órgãos mistos tipo Ordem, buscou-se em outros modelos a solução para a crise no processo de auto-regulação da medicina.

O Sindicato Médico Brasileiro apresentou, em novembro de 1938, um memorial com os motivos determinantes da crise médica, mas, apenas em 1944, que o Ministério do Trabalho decidiu criar uma comissão interministerial para realizar estudos e apresentar os anteprojetos de lei.

Neste mesmo ano, houve o IV Congresso Médico Sindicalista Brasileiro, que reuniu a categoria médica para opinar acerca das medidas de amparo à profissão, cujas sugestões foram remetidas à referida comissão interministerial que as transformaram em projetos de lei submetidos à aprovação da Presidência da República.

Tratava o projeto de questões ligadas à fixação de honorários, duração de trabalho, possibilidade de reajustamento periódico, dentre outras e, ainda, sobre a criação dos Conselhos de Medicina e oficialização do Código de Deontologia Médica. Duras críticas foram dirigidas ao projeto acusando os Conselhos de Medicina de serem órgãos fascistas ligados ao Ministério do Trabalho e o Código de Deontologia demasiadamente rigoroso, comparando-os às ordenações inquisitoriais. Tais restrições não se mostraram suficientes e, em 1945, foram editados os Decretos Leis nº 7955, 7960 e 7961¹²⁰.

Dando continuidade à implantação do sistema, em 1946, por decreto executivo do Presidente Eurico Gaspar Dutra, houve o provimento de cargos para membros do Conselho Federal Provisório de Medicina com a finalidade de promover os atos necessários à instalação dos Conselhos Regionais, bem como a eleição dos membros do primeiro Conselho Federal. Diante das dificuldades da implantação do sistema, em 1951/1952, houve a tentativa de reestudar o projeto da Ordem dos Médicos, novamente sem sucesso.

O primeiro Conselho Regional de Medicina foi instalado em novembro de 1951, sendo seguidos dos demais, até que, em julho de 1952,

¹²⁰ O Decreto Lei nº 7955/45 oficializava o Código de Deontologia Médica, tratando o nº 7960/45 acerca da manutenção dos médicos em municípios em que não houvesse facultativos exercendo clínica particular e o nº 7961/45 sobre a remuneração mínima para o trabalho em atividade médica de natureza privada. BRASIL. Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 11 nov. 2011.

foram empossados os componentes efetivos do Conselho Federal de Medicina, passando a desempenhar os encargos que lhe competiam, baixando inicialmente resoluções normativas para a instalação e funcionamento das entidades Regionais.

Buscou-se, de logo, introduzir modificações no Decreto-lei nº 7955/45, encaminhando à Câmara dos Deputados um anteprojeto de lei. Tal proposta visava entregar exclusivamente à categoria médica o controle de suas atividades, colocando os Conselhos de Medicina na mesma hierarquia e posse de direitos dos organismos que regem outras profissões liberais, tornando, inclusive, explícita sua autonomia e personalidade jurídica.

Constituiu-se, então, o Projeto nº 172/55 da Câmara de Deputados que cedeu lugar ao substitutivo do Deputado Armando Lages, convertido com emendas na Lei nº 3268/57 de reestruturação dos Conselhos de Medicina, até hoje vigente.

A Lei nº 11.000/2004, que altera a Lei nº 3268/57, apenas aborda a composição do Conselho Federal de Medicina, ratificando o quanto disposto no Estatuto para os Conselhos de Medicina, criado através da Resolução CFM 1541/98, além de possibilitar a tais entes a fixação e cobrança de anuidades¹²¹.

Dentre os Regionais, o Conselho de Medicina do Estado da Bahia¹²² foi efetivamente instalado em 10 de março de 1958, passando a pertencer à formação da autarquia federal.

Murillo Belchior, prefaciando a obra organizada por Hermes Rodrigues de Alcântara¹²³, afirma que a ação supervisora dos Conselhos deve ser orientadora e educativa, mantendo o distanciamento necessário dos aspectos de reivindicação e de defesa econômica da classe, porquanto seriam estas atribuições do Sindicato e das Associações Médicas.

¹²¹ No que tange a fixação de anuidades muito tem se discutido sobre a constitucionalidade da referida lei, uma vez que diante de sua natureza tributária não seria possível tais valores serem determinados por Resolução como ocorre atualmente, sendo publicada a Lei 12514/11, em outubro de 2011, tentando resolver o impasse legal criado.

¹²² Em 1969 um incêndio destruiu grande parte dos documentos do Conselho da Bahia, sendo as informações de sua implantação extraídas de notas jornalísticas da época: CONSELHO Regional de Medicina: Instalado nesta capital no dia 10 do corrente. **A Tarde**, Salvador, 14 de mar. 1958. Caderno 1, p. 4.; CONSELHO Regional de Medicina do Estado da Bahia: Comunicação de instalação e de abertura das inscrições. **A Tarde**, Salvador, 24 de abr. 1958. Caderno 1, p. 5.

¹²³ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Normas Legais e Éticas para os profissionais da Medicina**. São Paulo. LTr: Conselho Federal de Medicina, 1984, p. 3-4.

Salienta a possibilidade de apoio mútuo para que se eliminem controvérsias e se busquem medidas para alcançar o objetivo comum, mas observa que, em assuntos de ética, a responsabilidade dos Conselhos de Medicina é especial. Para que se possa regular o exercício de uma profissão é necessário conhecer a sua realidade. Logo, ante as transformações na posição do médico e de suas relações de trabalho, mostra-se muito tênue a tentativa de manutenção deste distanciamento.

Boaventura de Souza Santos¹²⁴ afirma todo conhecimento como autoconhecimento. E, neste diapasão, os Conselhos de Medicina, com uma postura auto-referencial da profissão, devem possuir uma dimensão ativa da transformação do real que, traduzido num saber prático, alcançará maior efetividade.

Assim, o tratamento dado às questões que envolvem ética profissional e as soluções alcançadas devem adequar-se à sociedade e ao tempo em que são postas em debate, devendo estar os Conselhos, formal e materialmente, preparados para sua implementação.

Os Conselhos de Medicina fazem parte da estrutura estatal pátria e, na qualidade de centro produtor de direito, devem observar e adotar os parâmetros de aplicação do direito exigidos ao Estado, indo além da subsunção e da interpretação literal do quanto legislado.

Importante, neste contexto, ao tratar das atribuições dos Conselhos de Medicina, brevemente, trazer à lume o alcance da força normativa da Constituição no modelo de Conselho, para melhor entender seu papel numa sociedade de contornos cada vez mais complexos.

3.3. AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS DOS CONSELHOS À LUZ DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O Conselho de Medicina tem influência da forte herança de um positivismo arraigado, que deposita na coercibilidade normativa o alicerce para

¹²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 80.

uma considerável parte da sua atuação¹²⁵. Examinar as atribuições dos Conselhos de Medicina, à luz da nova ordem constitucional, é fazer reverberar a necessidade de compreensão do seu papel.

Não com o objetivo de esgotar as discussões existentes acerca das atribuições dos Conselhos de Medicina, mas, muito mais, com o intuito de identificar alternativas de condução da atividade judicante, é que se mostra pertinente este tópico.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou a Lei nº 3268/57¹²⁶ que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, cabendo citar os artigos 5º e 15, que tratam, respectivamente, das atribuições dos Conselhos Federal e Regional, mesmo sabendo que para a discussão ora proposta nem todas serão examinadas:

Art. 5º São atribuições do Conselho Federal: a) organizar o seu regimento interno; b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais; c) eleger o presidente e o secretário geral do Conselho; **d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais;** e) promover quaisquer diligências ou verificações, relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federal, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem da sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória; f) propor ao Governo Federal a emenda ou alteração do Regulamento desta lei; **g) expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais;** h) tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimi-las; i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais, ou de qualquer interessado, deliberar sobre admissão de membros aos Conselhos Regionais e sobre penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos. j) fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina; e (item incluído pela Lei nº 11.000, de 2004) l) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais. (item incluído pela Lei nº 11.000, de 2004) [...] Art. 15. São atribuições dos Conselhos Regionais: a) deliberar sobre a inscrição e cancelamento no quadro do Conselho; b) manter um registro dos médicos, legalmente habilitados, com exercício na respectiva Região; **c) fiscalizar o**

¹²⁵ REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 503, ano 66, p.47-53, set. 1977.

¹²⁶ BRASIL. Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 11 nov. 2011.

exercício da profissão de médico; d) conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem; e) elaborar a proposta do seu regimento interno, submetendo-a à aprovação do Conselho Federal; f) expedir carteira profissional; g) velar pela conservação da honra e da independência do Conselho, livre exercício legal dos direitos dos médicos; **h) promover, por todos os meios e o seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exerçam;** i) publicar relatórios anuais de seus trabalhos e a relação dos profissionais registrados; j) exercer os atos de jurisdição que por lei lhes sejam cometidos; k) representar ao Conselho Federal de Medicina sobre providências necessárias para a regularidade dos serviços e da fiscalização do exercício da profissão. (grifo nosso)

Para contextualizar a extensão da norma e a possibilidade de uma interpretação que se mostre mais condizente com a realidade atual, forçoso citar, mesmo que rapidamente, algumas considerações sobre o poder regulamentar e o poder de polícia.

Diógenes Gasparini¹²⁷, optando por denominar como atribuições regulamentar e de polícia, reconhece o seu fundamento: “na necessidade de se instrumentar a Administração Pública para ‘o cumprimento de sua razão de ser’”, não consistindo em privilégio, benefício ou vantagem, mas sim, em “instrumento de trabalho”.

José dos Santos Carvalho Filho¹²⁸ afirma que o poder regulamentar: “é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar a lei e permitir a sua efetiva aplicação.” Considerando a complexidade das atividades técnicas da Administração, o autor¹²⁹ lembra a existência do fenômeno da deslegalização, na qual “a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador”.

A delegação está sujeita a limites e só pode conter a discricionariedade técnica. O modelo atual do exercício do poder regulamentar traz características básicas não apenas de completar a lei através de normas de conteúdo organizacional, mas de criar normas técnicas não contidas na lei,

¹²⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 142.

¹²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 48.

viabilizando uma inovação no ordenamento jurídico, que é denominado “poder regulador”.

No caso da medicina, por vezes, regular significa imiscuir-se no comportamento adotado quando da prestação de assistência à saúde. Em muitos momentos atinge também a atuação de outros profissionais, estando esta interferência dos Conselhos no limite entre o abuso desse poder e o fortalecimento da profissão no contexto atual, que impõe um efetivo diálogo com a realidade em todas as esferas da prática médica.

Quanto ao poder de polícia, conceitua, José dos Santos Carvalho Filho, como sendo: “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”¹³⁰

Carlos Ari Sundfeld¹³¹, propondo o abandono da noção de poder de polícia e polícia administrativa, traz a concepção de administração ordenadora, que consiste na “parcela da função administrativa desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”. Dimensiona, de forma pertinente, o poder regulamentar, para que não recaia em excesso ou abuso, cabendo trazer a colação seu entendimento¹³²:

Do silêncio da lei se infere proibição de agir para a Administração. Por isso, o poder há de ser conferido expressamente. Não briga com essa idéia o reconhecimento dos chamados poderes administrativos implícitos. Estes serão sempre sacados da coerência do sistema legal, nunca da opinião que a Administração tenha a respeito de uma regulamentação ideal. Portanto os poderes implícitos não advêm de um pretendido preenchimento de lacunas da lei (que logicamente não pode existir, na matéria) ou de uma interpretação extensiva da lei.

De outro lado, não pode a lei conceder ao administrador “poderes inespecíficos, indeterminados, totais”, sob pena de por em xeque a globalidade do sistema jurídico, destruir a separação de funções e comprometer os direitos constitucionais dos indivíduos.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 68.

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

¹³² *Ibidem*, p. 34.

Feito breve panorama acerca dos poderes ou atribuições confiadas aos Conselhos de Medicina, é pacífica a sua competência para exigir inscrição em seus quadros, com o fim de regular o exercício da profissão, bem como a atribuição de “votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais”, que guarda característica reguladora.

O conteúdo do Código, assim como das demais normas editadas de forma esparsa, através de outras Resoluções, formata os parâmetros para o exercício de sua atribuição de fiscalizar a profissão de médico. Tais normas devem estar fundadas na promoção do perfeito desempenho técnico e moral da medicina, bem como no prestígio e bom conceito da medicina e dos que a exerçam, guardando coerência com o sistema legal que deve ser observado de forma ordenadora.

A compreensão de que a força normativa da constituição não tem seu significado restrito a estar em vigor ou derogada, mas em sua ligação às forças espontâneas, ou melhor, ao princípio da necessidade, conduz a uma reflexão sobre a forma de expressão normativa. Para Konrad Hesse¹³³, a Constituição converte-se na ordem geral objetiva do complexo de relações de vida, acreditando na existência de pressupostos realizáveis que, mesmo diante do conflito, permite que se conclua que não necessariamente seria a Constituição jurídica a parte mais fraca. Tal constatação leva a diferenciação entre a força condicionante da realidade e a normatividade, que não podem ser separadas ou confundidas.

A existência das forças reais de poder, como pensava Ferdinand Lassalle¹³⁴, deve ser considerada, com ressalva, pois a Constituição jurídica não pode ser vista como mero pedaço de papel, não estando sua capacidade de regular e de motivar limitada à sua compatibilidade com a Constituição real.

Compreender a força normativa da Constituição possibilita contextualizar as escolhas de um Estado Democrático de Direito, por limites normativos para pacificação social.

¹³³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

¹³⁴ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.10.

Nesta esteira, reconhecer a existência das forças advindas das relações de poder não inviabiliza a ordem constitucional fortalecida por esta vontade, que equilibra estas forças em nome de uma ordem social que possa balizar suas relações em parâmetros que a aproxime da sociedade.

Konrad Hesse¹³⁵ alerta que não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social deflagrem sério conflito, nem se pode prever o desfecho de tal embate, quando não forem plenamente satisfeitos os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição.

Deste modo, a tarefa de responder se o futuro do Estado, e aí é possível dizer, das suas instituições, “é uma questão de poder ou um problema jurídico” é de toda a sociedade e de cada cidadão e depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição.

A atuação deste Estado, em toda sua expressão, deve estar sempre sendo analisada na medida da efetivação da sua “vontade”, não só de constituição, mas de instituição, codificação e, no caso dos Conselhos, de regulamentação ética de condutas profissionais, que trata, no caso da medicina, não raro, de embates entre direitos fundamentais.

A tomada de consciência do significado, para os órgãos estatais reconhecidos pela Constituição, dos novos problemas advindos dos direitos fundamentais e a forma mais adequada de tratamento destes, conduz à reflexão da concepção tradicional de Estado, bem como da política constitucional de conservação e dos meios e instrumentos disponíveis ao Estado para tratar das situações postas.

Konrad Hesse¹³⁶ aponta a formação e a manutenção da unidade política e do ordenamento jurídico como tarefas fundamentais da Constituição, sendo que, este último, delinea a ação e incidência dos órgãos estatais constituídos com este fundamento. E continua:

É ela que regula, amiúde só em suas coordenadas fundamentais, os procedimentos que, dentro do possível,

¹³⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.32.

¹³⁶ Idem. Constituição e Direito Constitucional. In: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 03.

devem permitir a adoção de decisões adequadas. É ela que ordena as atribuições dos distintos órgãos estatais, entre si, buscando conseguir, assim que estes se complementem objetivamente, que se garanta a cooperação, a responsabilidade, o controle, a limitação do poder e, finalmente, que se impeça qualquer abuso de competências.

Merece destaque o reconhecimento por Hesse¹³⁷ da via da negociação diante da complexidade das relações e da impossibilidade de continuar a pensar a Constituição como instituto voltado à conservação da ordem posta:

Neste contexto, os meios imperativos tradicionais, em especial a Lei e o ato soberano, poderiam já não ser suficientes. Ademais, amiúde, uma série de medidas estatais só é executável se se conta com o concurso ou, ao menos, com a aprovação das forças econômicas ou de certos poderes sociais, e isso é algo que o Estado tem que conseguir por via da negociação. Segundo uma difundida interpretação, tudo isso reduz a capacidade do estado de dirigir os processos sociais precisamente quando, cada vez mais, se torna uma tarefa pública.

Cabe ao Estado, em especial, aos Conselhos de Medicina, atuar como mediador das relações médicas que também se mostram bem mais complexas na sociedade hodierna.

Assim, considerando a Constituição Federal como bússola que norteia as indagações trazidas pelo tema, faz-se premente sua observância para interpretar a extensão das atribuições legais dos Conselhos¹³⁸.

Aos Conselhos compete conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem e, na busca pela efetivação desta atribuição, nasce o denominado Tribunal de Ética Médica, que como se trata de uma atividade que demanda enfoque mais aprofundado será examinado em capítulo próprio.

Necessário reconhecer o valor simbólico das normas emanadas do Estado e quanto a isto não se faz, nesta abordagem, uma crítica direta. O

¹³⁷ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

¹³⁸ Não é raro identificar embates entre Conselhos que acreditando atuar nos limites de sua atribuição, extrapolam, passando a interferir na atuação de outras profissões. A discussão acerca do ato médico demonstra, com riqueza, a tenuidade destes limites. Tramita no Congresso Nacional projeto de lei 7703/2006 que visa regulamentar o ato médico. Buscar o legislativo se justifica uma vez que a matéria foge a competência de um só Conselho, estando além da auto-regulação porquanto traz em seu conteúdo redimensionamento da competência de diversas profissões na área de saúde.

problema ocorre quando tal simbolismo atinge a efetividade da atuação do ente estatal e acaba por descredibilizá-lo.

Na esteira do pensamento de Ricardo Maurício Freire¹³⁹, que valoriza a principiologia constitucional para o alcance do direito justo, é possível apontar a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade como sinalizadores eficazes para identificar medidas que respeitem a parcela de interesse público existente nas relações éticas estabelecidas e fiscalizadas pelos Conselhos.

Willis Guerra Filho¹⁴⁰, ao examinar a formula política do Estado democrático de direito, reconhece a constituição como uma “obra aberta” na qual o seu sentido é construído permanentemente pelos seus destinatários e observa:

Com a pós-modernidade, com o elevadíssimo grau de complexidade e novidade dos problemas sociais que aí se apresentam, não há porque recorrer a nenhuma “receita” ideológica previamente elaborada para obter soluções, só mesmo com procedimentos é que se forja da melhor maneira tais soluções, abrindo a possibilidade de cada posição divergente demonstrar a parcela de razão que lhe cabe e a superioridade de uma frente às demais, em dada situação.

A vontade da Constituição, entendida pela assimilação da necessidade e do valor de uma ordem normativa resistente, cria uma proteção para o Estado contra o arbítrio desmedido, por um constante processo de legitimação e, ainda, pela consciência de que, essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade, apontando não apenas para força do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*.

A realidade histórica interfere na sustentação da Constituição jurídica, porém, não está simplesmente a ela condicionada, sua força também advém da normatividade que traz consigo uma pretensão de eficácia, que por sua vez deve considerar as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. O que se tem aí é uma via de mão dupla, na qual há uma interação das realidades de forma dialética, sem sobreposição ou submissão do conteúdo jurídico às demais realidades.

¹³⁹ FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

¹⁴⁰ GUERRA FILHO, Willis Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 23.

Outro determinante é o substrato espiritual, que Hesse¹⁴¹ define como sendo composto pelas concepções sociais concretas e seu baldrame axiológico. Para ele, a Constituição é a expressão de um ser e um dever ser.

A constatação da força normativa da Constituição vai além de tentar demonstrar que todo o arcabouço normativo produzido pelo Estado deve estar atento aos dispositivos constitucionais, sejam regras ou princípios. Sinaliza para o estado espiritual de seu tempo, o que a faz adequada e justa, bem como merecedora do apoio e da defesa da consciência geral. Este exercício atinge a percepção de toda produção normativa, que não deve se ater a uma construção abstrata e teórica, podendo ser formulado paralelo interessante diante das normas deontológicas discutidas, que se propõem, em sua gênese, a ser alicerces valorativos. A sua recepção e a demonstração de sua força está exatamente nesta mesma interação entre realidade e normatividade, devendo haver, também neste caso, a disposição de orientar a própria conduta, segundo a ordem estabelecida, subsistindo, assim, a vontade de concretizar.

Portanto, para o cumprimento efetivo das suas atribuições, os Conselhos devem atentar para o conteúdo das normas que terão como inspiração a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao exercício da medicina. Sua aplicação será legitimada também pelo processo dialético. É a norma escrita trazendo uma vontade ética de conduta profissional e, ao mesmo tempo, a sua aplicabilidade adequada à realidade da prática médica o que viabilizará a legitimidade de conteúdo.

Nesta senda, é fundamental examinar a codificação ética e a sua aplicação no âmbito dos Conselhos de Medicina, com o fito de estruturar o arcabouço essencial para a construção das alternativas a fim de que a atividade judicante se torne mais efetiva.

3.4 CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

No Brasil, os Conselhos de Medicina, como autarquia federal, constituem-se em um ente estatal de âmbito nacional que fiscalizam o exercício

¹⁴¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

profissional, sendo “juizadores e disciplinadores da classe médica”¹⁴², cabendo-lhes conciliar a dignidade da profissão com as exigências do bem comum.

Sua codificação ética tem natureza obrigatória, com previsão legal de sanções para o descumprimento de tais normas, tendo sido mantida tal condição no sistema constitucional atual por meio do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 1717-6¹⁴³. Permanecem os Conselhos como parte da estrutura de poder do Estado brasileiro e a deontologia como produção do direito estatal cuidando da regulação e fiscalização do exercício das profissões, na espécie, a medicina.

Existem diversos tipos de organização¹⁴⁴ que procedem à regulação da medicina em todo o mundo. A natureza jurídica destes entes e a forma de atuação estão relacionadas à cultura de cada sociedade e ao modo como o Estado encara a questão da ética e, também, à possibilidade de interferência estatal nestas profissões por meio de sanções administrativas.

A codificação ética¹⁴⁵ nem sempre é norma impositiva, podendo ser produzida, no caso da profissão médica, a depender do país de origem, por agências reguladoras da medicina, associações médicas, bem como por instituições estatais, tendo, em regra, abrangência nacional, e sendo destinada ora aos médicos associados, ora a todos os profissionais.

A codificação das normas jurídicas está presente comumente nos ordenamentos jurídicos da atualidade. Os códigos, nas palavras de André Franco Montoro¹⁴⁶, “constituem um corpo orgânico de normas sobre determinado campo do direito”.

¹⁴² BRASIL. Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 11 nov. 2011.

¹⁴³ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1717-6/DF. Relator: Min. Sidney Sanches. Brasília, 07.11.2002. DPJ 28.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

¹⁴⁴ VIANNA, Jayme Augusto; ROCHA, Lys Esther. Comparação do Código de Ética Médica do Brasil e de 11 países. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 52, n. 6, p.435-440, nov./dez. 2006, p. 437

¹⁴⁵ Ibidem, p.438

¹⁴⁶ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 403.

Miguel Reale¹⁴⁷, ao examinar o Código de Ética Médica, afirma que, na linguagem jurídica, para que sejam facilitadas a investigação científica e a interpretação do texto, o termo Código significa: “uma coletânea ou o corpo de leis, que contem todas ou a maior parte das normas jurídicas que disciplinam determinada matéria, dispostas de maneira sistemática, num todo orgânico”.

Alerta, ainda, o autor que o Código de Ética não se trata de “comandos morais” que têm a obediência fiada na subjetividade de cada um, sob a proteção genérica da “censura social”. Estar-se-ia diante de regras cuja violação importa em sanções específicas, sendo conferida importância a correta conduta profissional pelo legislador. E continua:

“Pois bem, a correlação lógica existente, por força do imperativo legal, entre a “regra ética” e a “norma penal em branco” – do que deflui a imposição de sanções específicas a seus infratores – implica a necessidade de não ficar o Código de Ética Médica adstrito a uma simples declaração de princípios, tornando-se indispensável estabelecer, de maneira complementar, disposições especiais relativas às matérias discriminadas no capítulo II e seguintes do Código vigente”

A ética codificada nas palavras de Eduardo Bittar¹⁴⁸ preenche uma necessidade de transformar, em algo claro e prescritivo, para efeito de controle corporativo, institucional e social, o que navega nas incertezas da ética filosófica. Enquanto o campo da moral está em aberto para as diversas consciências, outro destino merece a apreciação ética no exercício profissional, devendo o indivíduo estar preparado para assumir responsabilidades perante si, os companheiros de trabalho e a coletividade, que em seu foro íntimo e individual, poderia não querer assumir.

Carr-Saunders e Wilson¹⁴⁹, em sua obra *The Professions* de 1933, trazem um conceito de profissão que se tornou clássico: “dizemos que uma profissão emerge quando uma quantidade definida de pessoas começa a praticar uma técnica definida fundamentada em uma formação especializada”.

¹⁴⁷ REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 503, ano 66, p.47-53, set. 1977, p.47-53.

¹⁴⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica: Ética geral e profissional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 433-434.

¹⁴⁹ Ao tratar da institucionalização da sociologia das “profissões” nos Estado Unidos, Claude Dubar menciona a obra dos autores que defendem as profissões como “um progresso da *expertise* a serviço da democracia”. DUBAR, Claude. **A socialização: construção das identidades sociais e profissionais**. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p.170.

Em termos de “profissionalização”¹⁵⁰, os mencionados autores trazem a previsão das associações profissionais e de códigos de ética e de deontologia, nos seguintes termos:

1. Especialização dos serviços, permitindo aumentar a satisfação de uma clientela;
2. Criação de associações profissionais, obtendo, para seus membros, ‘a padronagem exclusiva dos clientes e empregadores que requeriam o serviço de seus ofícios’ e, precisa o autor, ‘colocando uma linha de demarcação entre eles e as pessoas não qualificadas’, o que permitia aumentar o prestígio do ‘ofício’ (o exemplo dos cirurgiões ingleses se distinguindo dos barbeiros em 1844 é sistematicamente citado), principalmente definindo e controlando regras de conduta profissional ainda qualificadas de “código de ética e deontologia profissionais”;
3. Mas, sobretudo implantação de uma formação específica fundamentada em “um corpo sistemático de teoria”, permitindo a aquisição de uma cultura profissional.

Perfilhar as conceituações sociologicamente formuladas para definir profissão e a sempre presente idéia da existência de uma organização ligada a sua legitimação, sendo responsável, de algum modo, por ditar as regras de conduta, através de uma codificação deontológica, fomenta a reflexão acerca da proteção ao diploma e a conservação ao mandato de seus membros, que, ao invés de uma maléfica auto-proteção, deve promover uma maior aproximação dos profissionais com a sociedade.

A utilização dos códigos de ética profissional¹⁵¹ vem preservar as profissões do alvedrio da livre consciência dos profissionais, coibindo a ação por meio de regras éticas subjetivas, que não valem completamente para o âmbito profissional. Reconhecer a legitimidade dos Conselhos para a fiscalização do exercício profissional traz como consectário a compreensão de validade de sua função de coesão social e moral.

A medicina brasileira reconheceu oficialmente até hoje sete Códigos de Ética, tendo tais textos normativos objetivado contribuir com a orientação do exercício da profissão em diferentes períodos, sendo fundamentais para o seu escopo ético.

¹⁵⁰ DUBAR, Claude. **A socialização**: construção das identidades sociais e profissionais. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p.171.

¹⁵¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica**: Ética geral e profissional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 440-441.

Mesmo não tendo sido produzido no Brasil, o Código de 1929 merece referência por ter sido traduzido num momento de grande movimentação da profissão em direção a auto-regulação profissional. O Código de Moral Médica¹⁵², aprovado pelo VI Congresso Médico Latino-americano, foi traduzido no Boletim do Sindicato Médico Brasileiro em 1929.

Urge destacar que a moral e a ética profissional se confundiam fortemente, sendo utilizadas como sinônimo. À época, o código objetivava regular a conduta profissional, mas também o comportamento social daquele que escolhia tal profissão.

O primeiro Código de Ética Médica, aprovado no Brasil, em 1931, segundo André de Farias Pereira Neto¹⁵³, representa “um esforço que parte da categoria fez no sentido de resistir às alterações que estavam se processando no interior da profissão.” Esta norma, denominada “Código de Deontologia Médica”¹⁵⁴, associava a prática médica com a doença e não com a prevenção, o que pode ser observado ao nortear a relação do médico com o “enfermo”, apontando significativa resistência a mediação através de terceiro da sua relação com a família ou o enfermo, além de determinar um comportamento fortemente machista, próprio daquela estrutura social.

Em 1945, foi aprovado pelo IV Congresso Sindicalista Médico Brasileiro, em 24 de outubro de 1944, e oficializado pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, que instituiu os Conselhos de Medicina, o Código Brasileiro de Deontologia Médica¹⁵⁵.

¹⁵² O artigo 19 espelha tal entendimento com clareza: “Artigo 19 - O médico deverá sempre ajustar suas conduta as regras da circunspeção, da probidade e da honra; ser um homem honrado no exercício da profissão **assim como nos demais atos da sua vida**. A pureza de costumes e os hábitos de temperança são também indispensáveis ao medico, porquanto sem um raciocínio claro e vigoroso não poderá exercer acertadamente o seu ministério, nem mesmo estar aparelhado para os acidentes que tão a miúdo exigem a rápida e oportuna intervenção da arte.”. BRASIL. Código de moral médica (1929). Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigomoralmedica1929.pdf>>. Acesso em 01 dez. 2011.

¹⁵³ PEREIRA NETO, André de Faria. Primeiro Código de Ética Médica (1931): Algumas Considerações. Boletim do CREMERJ, Rio de Janeiro, ano V, n. 37, 1991.

¹⁵⁴ O artigo 78 demonstra o pensamento social da época: “Artigo 78 - O médico guardará absoluto segredo se chegar a comprovar moléstia venérea em mulher casada. Evitará que do conhecimento do diagnóstico pela doente ou por seu marido possa advir dissensão conjugal; entretanto deverá tomar e aconselhar medidas tendentes a impedir novas contaminações.” BRASIL. Código de Deontologia Medica (1931). Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

¹⁵⁵ A mudança social ainda não era significativa trazendo este Código dispositivos semelhantes aos anteriores. Digno de nota, o dever expresso ao respeito à convicção política do enfermo, o

Em 1953, foi aprovado na IV Reunião do Conselho Deliberativo, ocorrida no Rio de Janeiro, o Código de Ética da Associação Médica Brasileira¹⁵⁶, reconhecido oficialmente pela Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1957.

Finalmente, elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, sendo ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina, foi promulgado em janeiro de 1965 um novo Código de Ética Médica¹⁵⁷.

Inobstante o momento histórico em que passou a vigor este Código não apontasse para uma fase de liberdade e diálogo com as instituições estatais, ele previa a consulta com objetivo de dirimir possíveis dúvidas, como pode ser constatado no artigo 92 da citada norma: “Deve o médico consultar o Conselho Regional de Medicina em que tiver sua inscrição, quando de dúvida a respeito da observância e da aplicação deste Código, ou quando de casos omissos.”

Em 1984, o Código Brasileiro de Deontologia Médica, instituído pela Resolução CFM nº 1154/84, é dividido em princípios e infrações (regras morais), sendo a estas últimas imputadas às penalidades previstas na lei, quando praticadas no exercício da profissão.

Merece destaque, além da nova forma de disposição do Código, o fato de ser uma norma editada nos últimos tempos de longo período de

que se verifica, diante do momento histórico, no art. 3º 1 letra e: “Artigo 3º- É dever do médico: 1- Observar, nas relações com o doente e durante o tratamento deste, as normas seguintes: [...] e) respeitar as convicções políticas e as crenças religiosas do cliente, não se opondo a prática que delas decorra, salvo no caso em que essa prática possa trazer perturbações aos cuidados terapêuticos, ou acarretar perigo iminente à vida do enfermo. Abster-se, outrossim, de sugerir ao doente a adoção do seu próprio credo religioso ou político.”. BRASIL. Código de Deontologia Médica (1945). Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011

¹⁵⁶ Diante das atrocidades perpetradas por médicos durante a 2ª guerra mundial, se entendeu necessário vedar eticamente a experiência com seres humanos com finalidade bélica, política, racial ou eugênica, assim dispondo o artigo 58: “Artigo 58- São absolutamente interdidas quaisquer experiências no homem, com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos. BRASIL. Código de Ética da Associação Médica Brasileira (1953). Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

¹⁵⁷ Em 1965 restou vedado o planejamento familiar, realidades que hoje não gera mais conflito ético, sendo uma questão de saúde pública: “Artigo 56 - O médico não anunciará, clara ou veladamente, processo ou tratamento destinado a evitar a gravidez”. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica (1965). Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigoeticamedica1965.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

ditadura, ressaltando-se a necessidade de tratar da responsabilidade com os Direitos Humanos.¹⁵⁸

Esta codificação foi breve, afinal, com a redemocratização do país e a nova ordem constitucional, importante seria registrar a declaração de uma ética profissional para um novo tempo.

Nasce o Código de Ética Médica de 1988, durante a 1ª Conferência Nacional de Ética Médica, realizada em novembro de 1987, no Rio de Janeiro, fazendo parte do processo de redemocratização, que transformou, no fim da década de 80, as relações jurídicas do país.

No mencionado código, havia a possibilidade de sanção aos seus infratores, seja em relação aos princípios ou aos deveres explicitados, como também, em normas esparsas.

Aduz, em seu bojo, a observância das demais Resoluções editadas pelo Conselho de Medicina: “Art. 142 - O médico está obrigado a acatar e respeitar os Acórdãos e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.”.

Ainda suscita a possibilidade de revisão do texto¹⁵⁹, o que aponta para um reconhecimento aos avanços da medicina e a necessidade de nortear de forma mais efetiva a prática médica, se for o caso, com novas normas que regulem as matérias passíveis de discussão técnica e ética.

O Código passou por um processo de revisão, atualização e ampliação e foi substituído pela versão contemplada na Resolução CFM nº1931/2009.

Este novo Código é composto por 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e

¹⁵⁸ O Código de 1984 rezava: “Artigo 20 - Participar, com seus conhecimentos técnicos ou científicos ou em contribuição indireta, de atos que resultem em extermínio ou dano à dignidade e a integridade física ou mental do ser humano. Artigo 21 - Deixar no exercício da profissão, de comunicar às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina conhecimento de maus-tratos, tortura ou qualquer forma de agressão à integridade física e mental do homem.”. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código Brasileiro de Deontologia Médica (1984). Resolução CFM nº 1.154, de 13 de abril de 1984. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codbrasileirodeontologiamedic1984.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

¹⁵⁹ “Art. 143 - O Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina e a categoria médica, promoverá a revisão e a atualização do presente Código, quando necessárias.”. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica (1988). Resolução CFM nº 1.246/88, de 26 de janeiro de 1988. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=10&Itemid=123>. Acesso em: 01 dez. 2011.

quatro disposições gerais. Atualmente, apenas a transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Digno de nota, a atenção dada, pelo Código vigente¹⁶⁰, ao ensino e pesquisa, o que sinaliza para a compreensão de que na formação do médico será delineado o perfil do profissional, já que prevê a responsabilidade no exercício da docência.

Apresenta também previsão de infração a outras normas emanadas dos Conselhos e que não estariam contempladas no Código, nos moldes da codificação de 1988:

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

O Código de Ética vigente diferencia princípios de normas deontológicas, sendo aqueles relevantes para a profissão na vertente axiológica, atuando como valores a serem observados, sem possuírem natureza coercitiva.

Robert Alexy¹⁶¹ esclarece a diferença existente entre princípio e valor:

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

[...] No direito o que importa é o dever ser. Isso milita a favor do modelo dos princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se

¹⁶⁰ Importante referência se faz a pesquisa e ensino, salientando a necessidade de respeito ao outro, o artigo 110 aduz: "Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado." BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1931/2009, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de ética Médica. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios. Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas como conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê preferência ao modelo de princípios.

Com frequência, as atribuições profissionais vinculam-se às expectativas institucionais e às práticas profissionais, incorporando virtudes e obrigações.

No caso, a primeira parte do Código de Ética Médica vigente, em que pese apontada como princípios fundamentais, objetiva ratificar a história que sustenta o corpo organizado da profissão, buscando fomentar o cultivo dos valores, para que, de certo modo, as virtudes estabelecidas exerçam influência no julgamento e na ação dos médicos.

Beauchamp e Childress¹⁶² apresentam diferentes modelos de atribuições dos profissionais da saúde que se coadunam a virtudes fundamentais e exemplifica:

Se, por exemplo, a medicina é concebida por um viés paternalista, as virtudes dos médicos serão diferentes daquelas evocadas numa concepção da medicina como contrato. Num modelo paternalista, são dominantes as virtudes da benevolência, do cuidado e da compaixão.; Em outros modelos, especialmente num modelo baseado na autonomia, são proeminentes as virtudes do respeito à autonomia, à privacidade e assim por diante.

Os Conselhos de Medicina mantêm sua corporação estruturada para julgar os litígios entre profissionais, com pacientes e familiares ou mesmo por práticas contra a sociedade de um modo geral, calcados em critérios constantes das normas. Para tanto, atendendo ao espírito conservador, valem-se, por vezes, de uma mentalidade retrospectiva firmada em valores postos como sendo, ainda hoje, os mais apropriados para a profissão.

Fábio Konder Comparato¹⁶³ salienta a grande mudança de concepção da ética contemporânea, que reconhece em seus princípios

¹⁶² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi São Paulo: Loyola. 2002, p. 498.

¹⁶³ E continua observando a existência de técnica jurídica que ajuda a dirimir a preocupação ética fundamental com o abuso de poder: “[...] estabelecido a distinção entre princípios, entendidos como “mandamentos de otimização”, e as regras, cuja estrutura normativa contém uma precisa limitação do seu objeto e do seu campo de incidência.” In: COMPARATO, Fábio

fundamentais um sentido marcadamente teleológico, deixando de ser tidos como leis fixas da natureza, arquétipos eternos, mandamentos sagrados, mas vistos como “normas que apontam sempre para uma perfeição a ser buscada sem cessar no evoluir nos tempos.”

Alerta, considerando esta faceta teleológica da organização do Estado contemporâneo, que os poderes públicos têm objetivos fundamentais, norteando suas ações que não se fixam na criação de normas como balizas de conduta, mas, também, e, sobretudo, “na realização de políticas públicas ou programas de ação governamental, em todos os níveis e setores”¹⁶⁴.

Um novo Código de Ética ou a sua revisão, como posta pelo Conselho Federal de Medicina, por si, não resolverá as questões enfrentadas na atualizada pelos profissionais. Todavia, não deixam de ser importantes se efetivamente aplicados como um meio de retenção e reconfiguração do poder da medicina potencializado pelas novas tecnologias.

Francesco Bellino¹⁶⁵ observa que encontrar novos princípios gerais de ética não é o verdadeiro problema, mas, sim, explicitar todas as potencialidades e implicações de tais princípios fundamentais em face das novas situações problemáticas e, deste modo, encontrar novas normas derivadas. Afirma:

Não se trata tanto de que nossos princípios morais fundamentais sejam inadequados à nova situação, mas que de nossa sensibilidade cultural e psicológica vacile entre o fascínio do possível e os temores dos efeitos de certas inovações tecnológicas sobre o mundo vital e sobre as relações humanas, entre o respeito do “naturalmente dado” e o esforço para amoldar o dado segundo nossa vontade e artifício, entre a vida concebida como intocável e a qualidade da vida, entre o poder técnico-científico e o poder, que periga escapar-nos, de controlar o próprio poder.

Considerando o modelo posto no código de ética em vigor, a primeira parte designada como “Princípios Fundamentais” visa explicitar os valores abraçados pela Medicina no Brasil, reafirmando, ainda, um cunho pedagógico, uma vez que não passíveis de sanção.

Dentre as chamadas normas deontológicas, extraem-se aquelas com características de regras e outras de princípios, para as quais se mostra

Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno**, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 675.

¹⁶⁴ Ibidem, 676.

¹⁶⁵ BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. Tradução Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997, p. 70.

apropriada a técnica da ponderação. Entretanto, em que pese a aparente boa intenção do legislador, seria mais apropriado, num espaço denominado como “Código”, que fosse todo o normativo de caráter deontológico.

Importante não resumir a ética profissional a discursos normativos proibitivos, devendo-se, independente da força das codificações deontológicas, compreendê-la, não somente como espaço de punições, e sim, como estímulo à responsabilidade com o coletivo.

Os Conselhos possuem, além de norma substantiva, denominada Código de Ética Médica, norma adjetiva própria, o Código de Processo Ético-profissional¹⁶⁶, sendo aplicada subsidiariamente a Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal - Lei nº 9784/99 - e as normas processuais gerais, postas no Código de Processo Penal e Civil pátrio.

¹⁶⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Processo Ético-profissional. Resolução CFM nº 1.897/2009, de 6 de maio de 2009. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos Ético-profissionais e o rito dos Julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

4. TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA

Para tecer considerações acerca da efetividade do procedimento adotado, deve ser examinado o funcionamento deste “Tribunal”, reconhecendo os processos ético-profissionais como espécie de processo administrativo disciplinar, e, em seguida, pontuar os princípios constitucionais aplicáveis.

A efetividade aqui discutida sustenta-se na abordagem de Luis Roberto Barroso¹⁶⁷ acerca a concepção doutrinária acerca do termo:

6. O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. [...]

Assim, o conceito de efetividade adotado para construção do presente estudo, compreende-a como sendo a realização máxima das normas vigentes e ao mesmo tempo a superação das disfunções identificadas na atuação dos Conselhos, nascendo da interpretação normativa e, por vezes, estando para além destas, atendendo ao objetivo de pacificar as relações atinentes ao exercício da profissão.

Reconhecer as normas emanadas dos Conselhos de Fiscalização profissional, em particular, dos Conselhos de Medicina, como jurídicas, viabiliza o alcance formal da atuação do seu Tribunal de Ética, na qualidade de instância administrativa.

Luis Roberto Barroso¹⁶⁸ reconhece as normas jurídicas como prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social, depreende-se, como suas

¹⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. p. 5-6. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em 26fev.2012.

¹⁶⁸ Idem. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

características, a imperatividade e a garantia. A primeira aponta o caráter obrigatório da norma e o dever jurídico de submissão imposto a seus destinatários, a segunda importa na existência de mecanismos institucionais e jurídicos aptos a assegurar o cumprimento da norma ou a impor conseqüências em razão do seu descumprimento.

Utilizando algumas das classificações relativas às normas jurídicas,¹⁶⁹ é possível afirmar que as normas emanadas dos Conselhos quanto à hierarquia, são normas infraconstitucionais, ao grau de imperatividade, são de ordem pública em relação aos médicos, seus destinatários específicos, à natureza do comando, têm normas preceptivas, proibitivas e permissivas e à estrutura do enunciado normativo, subsiste em seu âmbito tanto normas de conduta como aquelas de organização.

Os Conselhos de Medicina¹⁷⁰ são, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica e, para tanto, implantaram em sua estrutura organizacional o Tribunal de Ética Médica, para cumprir sua atribuição de conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem, dentre aquelas previstas em lei.

As normas deontológicas trazem, em seu bojo, a imperatividade, cabendo as normas processuais ou procedimentais viabilizar à sua efetividade, seja através da aplicação dos mecanismos existentes de coercibilidade ou mediante alternativas de solução de conflito aptas a fazer surtir o efeito de conseqüência válida em razão da desobediência.

Os Tribunais Regionais¹⁷¹ poderão ser compostos por Câmaras, sendo obrigatória a existência de Câmaras de Julgamento de Sindicâncias, nas quais tramitarão as denúncias para apuração dos fatos ocorridos naquela circunscrição e verificação de indícios de infração exercendo atividade judicante.

¹⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190-192.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 11 nov. 2011.

¹⁷¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Processo Ético-profissional. Resolução CFM nº 1.897/2009, de 6 de maio de 2009. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos ético-profissionais e o rito dos Julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

O termo atividade judicante, comumente identificado como aquela relacionada à prática judiciária, é utilizado aqui e na prática dos Conselhos para identificar a atuação dos membros do Conselho (médicos denominados Conselheiros) no Tribunal de Ética Médica.

Bourdieu¹⁷² examinando o efeito simbólico do ato jurídico de julgar contribui para a reflexão:

A situação judicial funciona como lugar neutro, que opera uma verdadeira *neutralização* das coisas em jogo por meio da *des-realização* e da distanciação implicadas na transformação de defrontações diretas em jogo (o que não quer dizer desinteressados) e preparados para apreenderem as realidades escaldantes do presente atendo-se a textos antigos e a precedentes confirmados – introduzem, mesmo sem querer nem saber, uma distância neutralizante a qual, no caso dos magistrados pelo menos, é uma espécie de imperativo da função que está inscrita no âmago dos *habitus*: as atitudes ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são a realização incorporada do dever de reserva são constantemente lembradas e reforçadas pelo grupo dos pares, sempre pronto a condenar e censurar os que se comprometeriam de modo demasiado aberto com questões de dinheiro ou de política. Em resumo a transformação dos conflitos inconciliáveis de interesses em permutas reguladas de argumentos racionais entre sujeitos iguais está inscrita na própria existência de um pessoal especializado, independente dos grupos sociais em conflito e encarregado de organizar, segundo formas codificadas a manifestação pública dos conflitos sociais e de lhes dar soluções socialmente reconhecidas como imparciais, pois são definidas segundo as regras formais e logicamente coerentes de uma doutrina percebida como independente dos antagonismos imediatos.

Esta descrição da situação judicial e da legitimação social do processo de julgar não se adéqua aos Conselhos em sua plenitude. Mais espinhoso para os membros de conselhos de fiscalização profissional demonstrar a neutralidade de um julgador, até mesmo porque, em que pese as exigências no seu proceder, possuem os próprios Conselhos efeito simbólico diverso na sociedade.

Daí a importância de, tratar dos princípios aplicáveis aos processos ético-profissionais, considerar a legalidade, sendo extraídas das normas as possibilidades de atuação dos Conselhos e de seus membros.

¹⁷² BORDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 14 Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.227-228.

Cabe lembrar que a ordem jurídica não será inovada por meio de ato administrativo, haja vista tratar-se de um comando complementar da lei, antes de abordar os princípios, será feita uma sistemática apresentação do rito processual nos Conselhos de Medicina.

4.1 PROCESSO ÉTICO PROFISSIONAL COMO ESPÉCIE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo ético-profissional é uma das formas pelas quais se exterioriza a atividade dos Conselhos de Medicina, sendo, um mecanismo de controle do exercício ético da profissão, que ocupa significativa dimensão nas atividades desempenhadas pelo Conselho.

Por ser a sua instauração e processamento inerente a um ente público, não lhes são cabíveis os parâmetros disciplinadores da conduta utilizados pelos entes privados.

Egon Bockmann Moreira¹⁷³, salientando as mudanças no Direito Administrativo contemporâneo que tem gerado novas concepções, trata do processo administrativo e da sua transformação, registrando a existência de três espécies de processos, que têm em comum a efetiva participação das pessoas privadas na formação dos atos estatais:

“A primeira espécie envolve aqueles processos nos quais o particular defende seus direitos. É o tipo tradicional, em que a Administração instala a pedido da parte interessada ou *ex officio* (e notifica a pessoa que será afetada para que apresente defesa ou arque com as consequências do ato). Aqui são muito relevantes as garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, a fim de que a pessoa privada conte com os meios necessários para impedir ou limitar a ação estatal. O ato administrativo sofre controle negativo, pois o indivíduo pretende impedir ou limitar a ação do Estado. O processo visa a evitar um dano subjetivo, suprimindo agressão a direito fundamental de primeira dimensão (propriedades e liberdades). O sujeito opõe o seu direito ao Estado, impedindo que a sua liberdade seja indevidamente restringida. Por isso, a legitimidade para atuar no processo é somente da pessoa que em tese sofrerá o prejuízo. Exemplos desses processos, são os fiscais, os disciplinares e os expropriatórios.

A segunda espécie de processo administrativo é relativa a situações em que o indivíduo pretende obter reconhecimento de seus direitos ou interesses pela Administração Pública, numa perspectiva ampliada. [...] Por meio do processo administrativo o particular busca o cumprimento de direitos fundamentais de segunda e terceira

¹⁷³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.71.

dimensões (o cumprimento a direito prestacional que prestigie os valores constitucionais – seja individual, seja coletivo).[...]

A terceira espécie de processo administrativo relaciona-se àqueles nos quais a Administração e o particular colaboram na elaboração normativa. A Administração é responsável pela instalação do processo – sponte própria ou a pedido dos interessados. [...] Por meio do processo administrativo o particular busca o cumprimento de direito fundamental de quarta geração (informação, democracia e pluralismo democrático na formação das decisões públicas).

Nesta toada, não traz o processo administrativo, de forma tão arraigada, as características de unilateralidade e impositividade, passando a ser consensual e obtido mediante cooperação público-privada.

De certa forma, os Conselhos de Medicina tem utilizados não só da primeira espécie de processo, no caso, o disciplinar, mas ainda é preponderante o caráter conservador de sua atuação.

O Tribunal de Ética Médica pode ser compreendido como um subsistema, do amplo universo do direito administrativo, possuindo normativo próprio para orientar sua atuação.

As sindicâncias e os processos ético-profissionais nos Conselhos de Medicina são regidos pelo Código de Processo Ético Profissional¹⁷⁴, resolução publicada pelo Conselho Federal de Medicina, tramitando em sigilo processual¹⁷⁵.

A competência para apreciar e julgar infrações éticas será atribuída ao Conselho Regional de Medicina no qual o médico estiver inscrito, ao tempo do fato punível ou de sua ocorrência. Contudo, no caso da infração ter sido cometida em local onde o médico não possua inscrição, a apuração será realizada onde ocorreu o evento.

Seguindo entendimento explicitado constitucionalmente, será vedado o anonimato¹⁷⁶. A sindicância poderá ser instaurada de ofício, além de

¹⁷⁴ Vale registrar que terão a forma de autos judiciais, com as peças anexadas por termo, e os despachos, pareceres e decisões exarados em ordem cronológica e numérica. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Processo Ético-profissional. Resolução CFM nº 1897/2009, de 6 de maio de 2009. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos Ético-profissionais e o rito dos Julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

¹⁷⁵ Em momento próprio, será discutido o sigilo processual e sua relação com o princípio da publicidade, devendo se observar quando é possível, num Estado Democrático de Direito, se justificar o sigilo.

¹⁷⁶ Art.5º [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 dez. 2011. É sabido, entretanto, em situações que sejam noticiados fatos graves aos Conselhos com

denúncia apresentada por escrito ou tomada a termo, na qual conste o relato dos fatos e a identificação completa do denunciante, ou ainda, pela Comissão de Ética Médica¹⁷⁷, Delegacia Regional ou Representação que tiver ciência do fato com supostos indícios de infração ética, devendo esta informar, de imediato, tal acontecimento ao Conselho Regional. Por conseguinte, as denúncias apresentadas aos Conselhos Regionais de Medicina, em regra, somente serão recebidas quando devidamente assinadas e, se possível, documentadas.

O princípio da oficialidade¹⁷⁸ marca uma das diferenças que devem ser consideradas entre o processo judicial e o administrativo. O primeiro é deflagrado pela iniciativa da parte, enquanto o segundo obriga a autoridade administrativa a averiguar e impulsionar o feito independente do impulso das partes. É a responsabilidade administrativa apontando para a preservação do interesse da coletividade.

O julgamento do relatório da sindicância deverá conter a descrição dos fatos, circunstâncias em que ocorreram, identificação das partes e conclusão sobre a existência ou inexistência de indícios de infração ética, resultando em: arquivamento fundamentado da denúncia ou baixa em diligência e/ou pedido de vista dos autos por 30 (trinta) dias, homologação de procedimento de conciliação ou instauração do Processo Ético-Profissional.

À critério do Conselheiro Sindicante será facultada a conciliação de denúncias acerca de possível infração ao Código de Ética Médica, o que abre uma possibilidade dialógica, ainda na fase de sindicância. Deve haver a

dados suficientes para se iniciar uma apuração ex officio não tem o anonimato da denúncia o condão de inutilizar ou obstacularizar a adoção de providências atinentes a fiscalização sendo esta a atribuição de tais organismos estatais.

¹⁷⁷ Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.657/2002, de 20 de dezembro de 2002. Estabelece normas de organização, funcionamento e eleição, competências das Comissões de Ética Médica dos estabelecimentos de saúde, e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011

¹⁷⁸ O Código de Processo Ético Profissional, Resolução CFM 1897/2009, na esteira da doutrina administrativista abalizada adota o princípio da oficialidade, inclusive, determinando que inobstante a falta de qualificação do denunciante caberá ao Corregedor adotar as providências necessária através de despacho fundamentado. Logo, havendo indícios significativos da materialidade do fato, poderá determinar diligências para apuração. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Processo Ético-profissional. Resolução CFM nº 1897/2009, de 6 de maio de 2009. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos Ético-profissionais e o rito dos Julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

expressa concordância das partes diante de matéria conciliável, ou seja, atinente à interesse eminentemente individual.

Não deve o Sindicante buscar conciliação em situações que possam vir a colocar à saúde pública em perigo ou subsista a possibilidade real de ocorrência de dano irreversível para o paciente, uma vez que o interesse de perquirir o que de fato ocorreu é protegido para além das partes, deixando o direito de ser disponível. Não será facultada, portanto, conciliação nos casos de lesão corporal ou morte, nem será permitido acerto pecuniário.

Nas demais hipóteses, nas quais é factível a conciliação, resultando inexitosa a assentada conciliatória, a sindicância prosseguirá em todos os seus termos. De outra banda, realizada a audiência e aceito, pelas partes, a conciliação, o Conselheiro Sindicante elaborará relatório circunstanciado sobre o fato para aprovação pela Câmara com a respectiva homologação pelo Pleno do Conselho Regional de Medicina.

O procedimento de conciliação orientar-se-á pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual, não cabendo recurso no procedimento de conciliação, quando aceito pelas partes.

Tentando possibilitar a realização de termo de ajustamento de conduta, consta ainda no artigo que trata da conciliação, previsão para ajustamentos de conduta por meio de compromissos documentalmente assumidos pelas partes. O instituto foi inserido no âmbito dos Conselhos de Medicina pelo Código de Processo Ético Profissional, através do artigo 9º, parágrafo 6º, o que aponta para semelhanças com a conciliação prevista neste artigo, no entanto, também traz confusão entre a sua aplicabilidade.

Merece reflexão a admissibilidade do Termo de Ajuste de Conduta, por exemplo, em feitos nos quais seja possível identificar denunciante e denunciado, já que, no caso de composição entre partes, estar-se-ia diante da própria conciliação.

Ainda numa evidente dificuldade de implementação de alternativas para solução de conflitos éticos pelos Conselhos, foi editada resolução¹⁷⁹ que define as hipóteses para aplicação do Termo de Ajustamento de Conduta.

¹⁷⁹ Em resolução própria (Resolução CFM 1967/11) o Conselho busca, através do Termo de Ajustamento de Conduta, possibilitar novas formas de resolução de conflito ético, sendo incipiente sua aplicação para se analisar a efetividade deste modelo, que como posto só será

O TAC, em regra, envolve direitos transindividuais, podendo ser pactuados para a prevenção ou para a reparação de danos a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nos Conselhos, o ajustamento da conduta pressupõe a identificação de indícios de atitudes inadequadas, sendo proposta para que, como compromissário, o médico adéqüe o seu proceder às exigências ético legais.

Nesse contexto, aquele que poderá ser o causador de dano assume o compromisso de ajustar sua conduta às exigências legais, sob pena de ser instaurado o competente processo ético-profissional em seu desfavor.

Na forma como atualmente posta, o campo de aplicação do TAC fica bastante reduzido, sendo recomendável, para consolidação do instituto, que este tratasse de prevenção ou reparação de danos a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como uma das vias dialógicas passíveis de proporcionar maior efetividade à atuação dos Conselhos¹⁸⁰.

Instaurado o processo ético-profissional, a fase instrutória será conduzida pelo Conselheiro Instrutor, ao qual são concedidos 120 (cento e vinte) dias para instruir o processo. Tal prazo é considerado impróprio, podendo ser prorrogado, por solicitação motivada do Instrutor, a critério do Presidente ou do Conselheiro Corregedor do Conselho.

É interessante perceber o Conselheiro como exercente de uma espécie de magistratura, que, na atualidade, tem seu significado adstrito ao exercício de poder relacionado ao judiciário, porém, em sua origem no latim, *magistratus*, possibilita a extensão do termo.

No caso, os Conselheiros em atividade judicante também julgam. A peculiaridade está em apreciar a conduta ética de seus pares, o que torna muito mais rigorosa a necessidade de observância da celeridade do processamento, sem desviar a atenção da fundamentação.

admitido para indícios de infração de pequena monta ao Código de Ética Médica (CEM), sem maiores repercussões e de acordo com a decisão da Câmara de Ética Médica de Sindicância de Julgamento.

¹⁸⁰ A norma da forma posta cumpre mais o papel de legislação simbólica que de instrumento hábil para solução de conflitos. Durante à análise das normas emanadas pelos Conselhos, sejam as substantivas ou adjetivas, necessário examinar quando seu conteúdo se torna um entrave para a efetividade da sua atuação, não sendo possível tratar com profundidade cada instituto, mas sim sinalizar para a imprescindibilidade da reflexão que propõe, que objetiva tocar a sua essência.

A observância à duração razoável do processo é mandatória, porquanto, também na instância administrativa, como afirma Ruy Barbosa,¹⁸¹ a justiça tardia é uma injustiça manifestamente qualificada.

No que tange ao formalismo moderado, longe está tal princípio de albergar desleixo quanto ao rito, devendo garantir segurança e confiabilidade ao processamento que, se previsto, deve ser obedecido.

Após a instauração de Processo Ético-Profissional, o mesmo não poderá ser arquivado por desistência das partes, exceto por óbito do denunciado, quando então será extinto o feito.

Ocorrendo óbito do denunciante, o PEP seguirá *ex officio*, salvo se o cônjuge ou companheiro (a), ascendente, descendente ou colateral até 4º grau habilitarem-se nos autos, quando devidamente intimados para tal fim.

Durante a instrução, surgindo novos fatos ou evidências, o Instrutor poderá inserir outros artigos, não previstos na capitulação inicial, remetendo o parecer fundamentado à apreciação de instância colegiada, em regra as denominadas Câmaras¹⁸², desde que seja garantido o contraditório e a ampla defesa.

Citado para apresentar defesa prévia, será assegurado ao denunciado vistas do processo na secretaria do Conselho sendo, possível, fornecer-lhe cópia da íntegra dos autos.

Também no processo disciplinar, o denunciado se defende de fatos, por isso, inobstante constar da citação a indicação dos artigos supostamente infringidos, deverão ser indicados, além da capitulação, os fatos considerados como possíveis infrações ao Código de Ética Médica.

Se o denunciado não for encontrado ou for declarado revel, será

¹⁸¹ Oração aos moços: “[...] Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.” BARBOSA, Rui. Oração aos moços. 5. Ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

¹⁸² As Câmaras do Tribunal de Ética foram criadas para conferir maior celeridade ao processamento dos feitos, uma vez que o aumento do número de processos justifica a existência de mais de uma instância julgadora, ainda em 1º grau. Adiante, mencionaremos dados históricos do Conselho Regional de Medicina da Bahia – CREMEB, que dão conta do aumento do número de processos ético-profissionais, sendo observado crescimento em todo o país, o que por si já justifica uma melhor estruturação dos trabalhos no Tribunal de Ética Médica.

designado um defensor dativo.

Não há, no caso dos Conselhos, a previsão de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, como ocorre no âmbito penal, por exemplo, diante da revelia.

Pertinente seria o acolhimento de dispositivo análogo ao trazido pelo código processual penal, não pelo caráter punitivo que ronda os processos disciplinares nos Conselhos, mas, muito mais, pela possibilidade de maior efetividade no processamento do feito e compreensão do seu caráter pedagógico.

O processo ético-profissional deve, como objetivo maior, ampliar a compreensão do profissional faltoso, do que se espera da profissão e daqueles que se propõem a exercê-la. Em face da relevância em discutir e definir a conduta ética no caso concreto, pouco reflexo tem uma condenação para um médico que não esteja sensibilizado a compreender a missão posta pela sua categoria profissional, ainda mais se ocorrer punição por meio de penas sigilosas.

Deste modo, atos processuais como qualificação e interrogatório no qual são referidos os fatos e as circunstâncias da suposta infração, não devem ser espaços de cumprimento formal de rito, devendo ser sempre precedidos de esclarecimento às partes acerca da finalidade da apuração.

Facultada a representação por advogados, estes não poderão intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas, e sim formular, em momento próprio, suas perguntas por intermédio do Conselheiro Instrutor.

O direito constitucional ao silêncio é garantido, sendo consignadas as perguntas que deixar de responder, juntamente com as razões de sua abstenção, se for o caso. Na hipótese de haver mais de um denunciado, cada um será interrogado individualmente.

O rito da coleta de provas, especialmente, a prova testemunhal não difere daqueles exigido no processo judicial, merecendo destaque o fato de que, nas hipóteses em que cabe contradita das testemunhas, estas serão ouvidas na qualidade de declarantes.

Se o intimado, sendo denunciante, denunciado, salvo revel, ou testemunha, for médico e não comparecer ao depoimento sem motivo justo, ficará sujeito a infração prevista no Código de Ética Médica em vigor.

Concluída a instrução processual, intimadas as partes para apresentação de alegações finais, segue o feito para a próxima fase que é o julgamento. Para o julgamento, serão nomeados Relator e Revisor, os quais ficarão responsáveis pela elaboração de relatórios.

Quando da análise do processo, poderão solicitar a remessa dos autos ao Conselheiro Instrutor para novas diligências, indicando quais as providências que entendem cabíveis e estabelecendo o prazo para cumprimento da requisição. Retornando os autos ao Relator e Revisor, após o cumprimento da diligência e a nova conclusão da instrução processual, reaberta em face do pedido de produção de provas.

Findos os relatórios, será o processo encaminhado para que o Presidente ou o Conselheiro Corregedor determine a inclusão em pauta de julgamento, para qual serão intimadas as partes e seus advogados, quando houver, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias.

Na sessão de julgamento, respeitados a ampla defesa e o contraditório, será oportunizada às partes e seus representantes e/ou seus representantes legais tempo, improrrogável de 10 (dez) minutos, para sustentação oral, após o que, poderá ser solicitado pelos Conselheiros esclarecimentos sobre o processo ao Relator, Revisor e, por intermédio do Presidente da Sessão de julgamento, às partes.

Em seguida, feitos os esclarecimentos, decididas as preliminares e discutidos dos fatos, será concedido o tempo final de 5 (cinco) minutos sucessivamente, ao(s) denunciante(s) e denunciado(s) e/ou seus representantes legais, para novas manifestações orais.

Após a votação das preliminares, quando houver, os votos serão apresentados pelos Conselheiros Relator e Revisor de forma integral, oral e seqüencial, quanto ao mérito, capitulação e apenação, seguidos da manifestação de voto, voto divergente quando houver e, ao final, pelos demais Conselheiros.

Proferidos os votos, o Presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o Relator ou o Revisor e; se

estes forem vencidos, a redação caberá ao Conselheiro que propôs o voto vencedor, devendo as partes e seus procuradores ser intimados da decisão.

Impende salientar neste ponto do rito, o fato do julgamento acontecer a portas fechadas, sendo permitida apenas a presença das partes e seus procuradores e aqueles responsáveis pelo bom funcionamento do Tribunal de Ética Médica, até o encerramento da sessão.

Em tempo de acesso à informação e transparência, somente subsidiado por justificativa muito pontual e precisa poderia ser permitida a manutenção do sigilo processual.

O acesso irrestrito aos autos parece continuar sendo uma vedação razoável, bem como a impossibilidade de carga do processo pelas partes, uma vez que a estas é viabilizado vista do feito em sua inteireza. No entanto, quanto ao julgamento e seu resultado é chegada a hora de revisão de tal procedimento.

No âmbito do Tribunal de Ética Médica, vale sublinhar não só o juízo de constatação preciso, por meio da fundamentação de suas decisões, mas a transparência na tramitação dos processos ético-profissionais, em observância aos princípios constitucionais aplicáveis.

4.2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Este estudo não objetiva discorrer, de maneira aprofundada, acerca dos princípios constitucionais, nem tampouco daqueles citados como aplicáveis. Estes foram trazidos apenas para demonstrar a direta relação existente entre os processos ético profissionais e o ordenamento jurídico pátrio, calcada no constitucionalismo.

A Constituição traz como fórmula política, a condição da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, elencando ainda os princípios que o fundamenta. Tudo o que se segue no texto constitucional é decorrente desta fórmula, não devendo ter a pretensão de abarcar todas as realidades possíveis de serem vivenciadas nesta sociedade, mas de norteá-las.

Num Estado Democrático de Direito, é imprescindível o respeito à essência da constituição e à dimensão ética de justiça atinente ao direito.

Compreendendo a normatividade e a realidade fática ao qual está submetido o direito constitucional e a existência de uma tensão permanente entre estas forças, é possível verificar as suas possibilidades e seus limites, como forma de atuação social.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso¹⁸³: “A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político”.

A força vital e eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva.

A Constituição, em que pese não poder realizar nada, pode impor tarefas que, se cumpridas, transformam-se em força ativa. Tal desiderato é alcançado, desde que, se façam presentes a vontade de poder e a vontade de Constituição, não só na consciência geral, mas, particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.¹⁸⁴

Em tempo de complexidade das relações, identificado como pós-modernidade, o caráter procedimental da Constituição e sua compreensão como obra aberta possibilitam a legitimação, que é vista como um processo por Willis Guerra Filho¹⁸⁵ quando:

a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação.

Para pensar nestes canais de participação e buscar validar a atividade dos Conselhos, como ambiente que contribui para o desenvolvimento dialético no campo das profissões, é forçoso, além de conhecer sua estrutura e sua atribuição de regulação profissional, observar seu procedimento e reafirmar a necessidade de concretização do seu ordenamento ético.

¹⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

¹⁸⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹⁸⁵ GUERRA FILHO, Willis Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p.21.

Antes de tratar dos princípios constitucionais, já foi reconhecida a força normativa da constituição, a sua apresentação como sistema aberto e a condição dos princípios como espécie normativa.

Robert Alexy¹⁸⁶ apresenta três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios.

A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. [...] A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente *de grau*. [...] A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Essa tese é a correta.

Filiando-se a terceira tese, como consequência desta afirmativa, tem-se que, em caso de colisão entre princípios, um deles terá que ceder, em face da precedência do outro sob determinadas condições. Mudadas as condições, aquele que cedeu espaço poderá ter peso maior e ser aplicável ao novo caso concreto apresentado. Já as regras têm seus conflitos resolvidos no âmbito da validade.

Como proposições básicas ou postulados fundamentais, o que há de se compreender acerca dos princípios é que eles norteiam a conduta do Estado e podem vir expressos na Carta Magna ou ser implícitos e reconhecidos pela doutrina como aplicáveis pela Administração Pública em busca da garantia da probidade e transparência na gestão e preservação do interesse da coisa pública.

Os princípios direcionam a interpretação de normas isoladas, não sendo diferente o papel que, nesta oportunidade, ser-lhe-á conferido, porquanto as alternativas para a atuação dos Conselhos encontram guarida nos caminhos apontados por estes timoneiros do universo jurídico.

Registrar a existência de alguns princípios constitucionais e sobre eles tecer breves considerações não tem o condão de simplificar ou desconsiderar os estudos específicos que sobre eles são desenvolvidos, mas apenas intenta marcar a sua importância quando examinada a atuação de

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89/90.

instituições que compõem a Administração Pública.

Sem desmerecer os demais princípios aplicáveis, destacam-se, por opção metodológica, a legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência de forma pontual.

1) **Legalidade** - Para iniciar a digressão necessária acerca dos princípios será tratado o princípio da legalidade, ponto alto no sistema jurídico liberal, no qual se estabeleceu um positivismo acrítico que tem na letra da lei e na mera subsunção a solução para suas questões.

O princípio da legalidade é considerado o alicerce da conduta da Administração, logo, é claro que toda atividade administrativa deve ser autorizada por lei, ao contrário das relações privadas, nas quais o que não está proibido estaria permitido. No Direito Administrativo a atuação está fortemente vinculada à previsão legal.

Egon Bockman Moreira¹⁸⁷ afirma que o princípio impõe o texto da norma jurídica (constitucional e legal) como ponto de partida da atividade hermenêutica e o Direito como ponto de chegada. Assim, não se defende uma interpretação literal e restritiva do texto legal, que abstraia o sistema jurídico, a finalidade normativa e as peculiaridades do caso concreto.

A legalidade deixa patente a própria função da Administração, qual seja, executar o direito por atuar em respeito à finalidade que lhe foi imposta pela lei, Visa o respeito à ordem jurídica, não havendo limite maior que a Lei, desde que legitimada através de uma hermenêutica-concretizadora¹⁸⁸.

Ainda na esteira da legalidade, cabe registro o devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, que comporta os princípios da ampla defesa e do contraditório, atuando como garantia aos direitos fundamentais e legitimando a atividade da Administração.

A ampla defesa pode ser compreendida simplificadamente, assimilando a idéia de possibilidade de contraditar todas as acusações apresentadas. Não necessariamente exercido, a observância a tal princípio consiste na disponibilização de meios para ciência e manifestação do

¹⁸⁷ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89.

¹⁸⁸ A técnica da ponderação, que traz como fundamento a aplicação do princípio da proporcionalidade é um importante instrumento para que se alcance a efetiva legalidade, devendo ser ainda referida na parte relativa as sanções.

denunciado acerca dos fatos que lhe são imputados, valendo-se de todos os meios de prova em direito admitido, sendo importante a previsão da infração em norma anterior de forma específica.

O contraditório, por sua vez, não é apenas a possibilidade das partes produzirem provas, mas a consideração dada pelos julgadores às alegações, provas e argumentos levados aos autos pelos interessados.

A legalidade visa preservar ainda a segurança jurídica, e, para tanto, deve-se respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, preceitos estes, antes de tudo constitucionais e que não impedem a Administração de declarar a nulidade dos seus atos quando verificada sua ilegalidade.

A mutabilidade da interpretação não é e não poderia ser vedada, o que se busca inviabilizar, de certo modo, é a retroatividade dos efeitos do novo entendimento.

Já a autotutela¹⁸⁹, que poderia ser mencionada como consectário do princípio da eficiência, consiste na capacidade da Administração Pública rever seus atos e restaurar a situação à sua condição regular quando constatados equívocos em sua atuação. A autotutela é um dever, pois só com a sua observância pode ser respeitado também o princípio da legalidade, não havendo necessidade de provocação para que sejam revistos os atos. Porém, para se alcançar a eficiência desejada, deve-se valer da prevenção de irregularidades e não só de uma célere correção.

Além de rever aspectos ligados a legalidade, deverá a Administração Pública observar, em certos casos, aspectos de mérito, reexaminando atos anteriormente praticados no que pertine à conveniência e oportunidade de sua manutenção.

2) **Impessoalidade** - como apropriadamente o nome conduz, é o princípio que determina à administração uma conduta impessoal, sem

¹⁸⁹ A autotutela foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, através das Súmulas 346 e 473: Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" e Súmula 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". BRASIL. Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal. **Vade mecum Rideel**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 1928.; BRASIL. Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. **Vade mecum Rideel**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 1930.

direcionar seus atos a indivíduos de maneira específica. Tal princípio pode ser visto no campo de incidência da isonomia e da legalidade, sendo reconhecido ainda como princípio da finalidade administrativa, que traz como alvo dos atos da administração pública o interesse público.

Destarte, ao se distanciar do foco que delineia seu comportamento, estar-se-á tratando de desvio de finalidade que pode gerar a invalidade do ato.

Tratar de impessoalidade é expurgar da relação jurídica travada atos que possam ser caracterizados como discriminatórios, havendo, inclusive, a possibilidade de ocorrência de compensação eventual de desigualdades em prol de um desfecho legal e mais isonômico.

Diante disso, não há que se imaginar critérios subjetivos para ampliar ou reduzir a atuação judicante dos Conselhos, devendo as alternativas possíveis para solução de conflitos, neste processo de auto-regulação, ter critérios objetivos para uma aplicação impessoal no caso concreto.

O princípio da motivação retrata a necessidade da Administração declinar as razões de fato e de direito de suas decisões, uma vez que é desta forma que se dá o controle da legalidade dos atos e sendo possível, inclusive, a aplicação efetiva da impessoalidade.

Discricionariedade não pode ser vista como sinônimo de atos arbitrários, porquanto estes devem ser expurgados do sistema jurídico, enquanto o primeiro, tanto é recepcionado como confere ao administrador público alguma flexibilidade para uma melhor atuação.

O ato administrativo deve coadunar-se com a finalidade legal. O fato de existir previsão para conciliação na fase de sindicância no Código de processo ético profissional e de qualificar tal ato como faculdade do Conselheiro Sindicante, sem dúvida o faz um ato discricionário, no entanto, nem por isto arbitrário, devendo ser identificados seus critérios na finalidade legal, inicialmente da norma e de forma mais ampla na própria razão de existir dos procedimentos ético-profissionais.

3) Moralidade Administrativa – demonstra a preocupação do Estado com a ética, sendo indiscutivelmente um dos pilares da Administração Pública de difícil conceituação doutrinária.

Pode ser entendido como o dever da administração pública de respeitar os princípios éticos da razoabilidade e justiça, estando tal conceito

presente em todas as relações nas quais a Administração participe. O legislador criou mecanismos de combate a atos que desrespeitem a moralidade administrativa e estes vêm sendo utilizados, cada vez mais, numa busca incessante da sociedade em coibir qualquer ofensa a tal princípio.

A moralidade, trazida na qualidade de princípio, não é a denominada moralidade comum, sendo razoável compreender que nem toda ordem moral está sob o manto da juridicidade, mas aquela que se encontrar nesta condição tem mecanismos de cuidado, dentre os quais, o próprio processo administrativo.

Interessante ratificar a aplicação do princípio do formalismo moderado, no qual o processo não se esgota nas formas, cuidando para que não haja prejuízo a terceiro, nem comprometimento ao interesse público. Deve ser entendida a sua aplicabilidade nos casos em que seja possível a preservação do interesse probatório das partes e do interesse coletivo.

O formalismo moderado está alicerçado na busca da verdade possível, cabendo observar que ainda se utiliza, mesmo que passível de crítica pertinente, o princípio como sendo da busca da verdade material ou da real.

A verdade real tem suas limitações, sendo extremamente criticada por muitos estudiosos¹⁹⁰, trazendo à lume a questão dos limites para extrair do processo a real verdade dos fatos, sendo alcançada aquela demonstrada e apreendida aos olhos do julgador. Objetivou-se, com este conceito, banir a idéia de verdade sabida que durante muito tempo fomentou o abuso de poder, não sendo prática incomum da Administração Pública em passado recente.

A verdade sabida seria, em tese, a conclusão pessoal e direta da infração com a imposição de penalidade pelo julgador, sem conceder ao

¹⁹⁰ Para além do direito interessante mencionar Foucault e a relativização da verdade através da compreensão da “vontade de verdade” como um dos sistemas de exclusão do discurso. Ele afirma: “Enfim, creio que essa vontade de verdade assim apoiada sobre o suporte e uma distribuição institucional tende a exercer sobre os outros discursos – estou sempre falando de nossa sociedade – uma espécie de pressão e como que um poder de coerção. [...] penso ainda na maneira como um conjunto tão prescritivo quanto o sistema penal procurou seus suportes ou sua justificação, primeiro, é certo, em uma teoria do direito, depois, a partir do século XIX, em um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade.” FOUCAULT, Michel. **A ordem do Discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Santiago. São Paulo: Loyola. 1996, p. 18.

acusado oportunidade de defesa. Com a Constituição Federal de 1988, houve a constitucionalização da ampla defesa e do contraditório, expurgando do sistema a arbitrária idéia da verdade sabida no processo administrativo.

O princípio da indisponibilidade ratifica a atuação da Administração Pública como sendo aquela realizada em nome de terceiro, não tendo a livre disposição de bens e interesses, agindo em benefício da própria coletividade.

4) **Publicidade** - visa controlar a legitimidade dos atos da administração pública, devendo estes ter a maior divulgação possível. É corolário do princípio da moralidade administrativa e garante o direito à informação. Normalmente, a publicidade se efetiva, não só entre as partes interessadas, mas também, através do Diário Oficial ou por edital afixado em lugar próprio para divulgação de atos públicos.

Demócrito Ramos Reinaldo¹⁹¹ já afirmava:

“a publicidade transformou-se, assim, em condição essencial dos atos e decisões administrativas. Antes da publicação, os atos e decisões *inexistem*; sem a publicação e a completude indispensável ao conhecimento da sociedade, como um todo, são ineficazes, nulos, sem qualquer efeito jurídico. E quando se interliga aos atos, às decisões administrativas, é porque estas estão contidas no preceito constitucional (art.37), desde que a Lei maior pretendeu preservar não foram algumas, mas a totalidade das atividades da Administração Pública”

Indiscutivelmente, a regra é a publicidade, só podendo ser excepcionada quando o interesse público impuser tal procedimento, sendo aplicável, no caso, o sigilo.

A questão é: nos processos ético-profissionais justifica-se o sigilo? Nesta espécie de processo, a publicidade para as partes é obedecida, sendo nulo qualquer procedimento que não o atenda. Entretanto, mantém-se a idéia de sigilo processual.

Nesta linha, o julgamento realizado pelo STF, acerca da Resolução 135/2011 do CNJ e da uniformização de procedimento administrativo disciplinar, examina a questão da publicidade, com foco na adequação da Lei e da nova ordem constitucional. O Informativo 653 menciona a decisão, expondo o posicionamento daquela Corte:

“No que diz respeito ao art. 20 (“O julgamento do processo

¹⁹¹ REINALDO, Demócrito Ramos. **A publicidade dos atos e decisões administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.91.

administrativo disciplinar será realizado em sessão pública e serão fundamentadas todas as decisões, inclusive as interlocutórias”), o qual estaria estreitamente ligado ao art. 4º, referendou-se o indeferimento da cautelar. Ressaltou-se que o respeito ao Poder Judiciário não poderia ser obtido por meio de blindagem destinada a proteger do escrutínio público os juízes e o órgão sancionador, o que seria incompatível com a liberdade de informação e com a idéia de democracia. Ademais, o sigilo imposto com o objetivo de proteger a honra dos magistrados contribuiria para um ambiente de suspeição e não para a credibilidade da magistratura, pois nada mais conducente à aquisição de confiança do povo do que a transparência e a força do melhor argumento. Nesse sentido, assentou-se que a Loman, ao determinar a imposição de penas em caráter sigiloso, ficara suplantada pela Constituição. Asseverou-se que a modificação trazida no art. 93, IX e X, da CF pela EC 45/2004 assegurara a observância do princípio da publicidade no exercício da atividade judiciária, inclusive nos processos disciplinares instaurados contra juízes, permitindo-se, entretanto, a realização de sessões reservadas em casos de garantia ao direito à intimidade, mediante fundamentação específica. Por fim, explicitou-se que, ante o novo contexto, a resolução do CNJ, ao prever a publicidade das sanções disciplinares e da sessão de julgamento não extrapolara os limites normativos nem ofendera garantia da magistratura, visto que, a rigor, essas normas decorreriam diretamente da Constituição, sobretudo, posteriormente à edição da EC 45/2004. ADI 4638 Referendo-MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio”¹⁹²

O referido julgamento cuida com percuciência da questão do sigilo em processo disciplinar, decidindo pela prevalência da publicidade e do direito à informação. Neste diapasão, cabe aos Conselhos atentar para o argumento exposto, uma vez que aplicável ao Tribunal de Ética Médica.

A Constituição Federal de 1988 trouxe modificações que ainda estão sendo incorporadas gradativamente ao sistema, como vem ocorrendo com a aplicação do princípio da inocência no direito administrativo. Tal princípio revoga o entendimento de que na dúvida prevalecia a interpretação em favor da administração, “*in dubio pro administração*”, devendo ser utilizado, na atualidade, também no âmbito administrativo, o brocardo “*in dubio pro réu*”.

A aplicação de tal princípio não justifica a ausência de informações quanto à existência de apuração da conduta de um profissional, principalmente, após a instauração de processo ético-profissional, devendo ser

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4638/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Informativo 653. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

considerado outro princípio, qual seja, supremacia ou preponderância do interesse público, bem como o direito à informação.

A finalidade das atividades administrativas sempre estará, em última análise, voltada para o interesse público, incorrendo em desvio de finalidade àquele ato que se afastar desta realidade.

Tal princípio deve estar presente desde o momento da elaboração da lei até sua execução, vinculando, assim, todos aqueles que participam deste processo, ou seja, o legislador e a autoridade da administração responsável pela execução mencionada, que, no caso, são os Conselhos, tendo esta atuação uma ligação direta com o princípio da eficiência.

5) **Eficiência** - trazido expressamente¹⁹³¹⁹⁴ para a Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/1998, este princípio busca dirimir as irregularidades ocorridas na atuação do poder público, seja na prática de serviços públicos prestados diretamente a coletividade, seja nos serviços administrativos internos, necessitando de uma disciplina precisa para assegurar tais direitos.

É inegável que a atividade administrativa visa alcançar resultado de interesse público e esta postura a faz ser reconhecidamente de qualidade, temente ao princípio da eficiência. Enseja, com isso, produzir, de forma neutra e imparcial, o efeito desejado, enfim eficaz.

Não se pode admitir que, em nome da eficiência, a legalidade e a própria segurança jurídica sejam postas em risco, logo, este princípio, por si, não é a justificativa para atos arbitrários da Administração Pública.

¹⁹³ Vale salientar que o princípio da eficiência anteriormente a EC nº 19/98 já era reconhecido como presente implicitamente na Constituição Federal existindo julgados que apontam neste sentido. "A Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. art. 37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Entre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público.". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RMS 5.590/DF. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 16.04.1996. DJ 10.06.1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

¹⁹⁴ A Emenda Constitucional nº 45/2004 que tratou da reforma do judiciário acrescentou ao artigo 5º o inciso LXVIII que preceitua: "todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" enfoca indubitavelmente em seu conteúdo a eficiência, entretanto, sofre do mesmo mal da previsão constitucional já trazida por outra emenda que trouxe expressamente o princípio ao texto da Carta Magna, qual seja, a dificuldade para sua aplicabilidade e efetividade, sendo para estas necessárias outras medidas. BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. **Vade mecum Rideel**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 109.

Egon Bockmann Moreira¹⁹⁵, ressaltando a necessidade de observância, também em processos administrativos, do princípio constitucional da eficiência, traz considerações, em abordagem processual, que apontam para os desdobramentos no desenvolvimento de um processo célere.

A base da Administração Pública é regida pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Primordial, reconhecê-los e aplicá-los em sua essência, observando em seus desdobramentos a consolidação das garantias constitucionais.

As ações da Administração Pública estão inexoravelmente precedidas de uma formação principiológica que fortalece a visão sistemática do ordenamento jurídico. Sendo considerada, nesta linha de pensamento, a positividade dos princípios, ou seja, a concepção de que estes são normas que impõe uma postura com elas compatível.

São inúmeros os princípios que tutelam a estrutura da Administração Pública, porém alguns tocam, especialmente, na solução das questões levantadas no processo disciplinar sendo, nesta quadra, reservada atenção a estes.

Infere-se, portanto, que infundável seria o estudo aprofundado dos princípios mencionados e daqueles que são aplicáveis à realidade do processo disciplinar como um todo, mas persegui-los seria perder o foco da discussão.

4.3 AS SANÇÕES DISCIPLINARES – DA CRÍTICA A IDÉIA DE SANÇÃO À SUA APLICAÇÃO RAZOÁVEL

Não se pretende defender, neste estudo, direito sem sanção, sem castigos ou recompensas, como o fez com propriedade o filósofo e poeta francês Jean-Marie Guyau¹⁹⁶, em relação à idéia de moral. Nem tampouco que tais mecanismos não sejam complemento relevante das leis.

¹⁹⁵ Afirma o autor: A celeridade impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada. Não se trata de uma corrida de velocidade, mas sim de uma seqüência de atos que atenda a uma duração razoável, tal como é assegurado pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 209.

¹⁹⁶ GUYAU, Jean-Marie. **Crítica da idéia de sanção**. Tradução Regina Shöpke Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 34.

Interessante verificar o que diz o filósofo¹ acerca da moral:

“Do ponto de vista moral, sanção parece significar simplesmente, segundo sua própria etimologia, *consagração, santificação*. [...] Quanto mais sagrada é uma lei, mais ela deve ser desarmada, de tal modo que, no absoluto e fora das conveniências sociais, a verdadeira sanção parece dever ser a completa impunidade da coisa realizada. Assim, veremos que toda justiça propriamente penal é injusta. Mais do que isso, toda justiça distributiva tem um caráter exclusivamente social e não pode ser justificada senão do ponto de vista da sociedade: de maneira geral, aquilo que chamamos de justiça é uma noção totalmente humana e relativa.” No mundo que reputamos ideal efetivamente não deveria ser o medo do castigo o freio humano à prática de condutas socialmente condenáveis, a consciência serviria de norte em prol do exercício de uma conduta ética. Para o filósofo “sem as razões de defesa social, o castigo seria tão censurável quanto o crime, e a prisão não valeria mais do que aqueles que lá habitam”.

Em que pese a diferença existente entre o campo da moral (vertente axiológica) e da ética (vertente, tomada aqui, como deontológica), percebe-se comum a idéia de sanção, que num ponto se assemelha, nascendo da necessidade de sobrevivência das estruturas estabelecidas.

Houve um tempo em que o direito era entendido como a armadura do Estado, entretanto, inobstante entender insuficiente esta assertiva, merece destaque o pensamento também trazido por Carnelutti. Para ele, a imperfeição do Estado de Direito está na sua essência, uma vez que perfeito seria o Estado que não precisasse do Direito. Assevera ainda que este seria uma força, não o ordenamento, mas o que ordena, ou de forma mais realista, o que liga. E continua: “Força não significa mais que a idoneidade de algo para transformar o mundo. E o Direito, por seu lado, significa esta idoneidade”.¹⁹⁷

A sanção, como mecanismo apto a regular conduta, vista como punição, retribuição, castigo, coexiste com a vida do homem em grupo, pois, para o convívio em sociedade sempre se recorreu a regras de conduta, que funcionam como um sistema de disciplina das relações humanas, em suas mais diversas dimensões. Ao constatar a violação de um dever ou agressão ao direito de outrem é imputado ao infrator uma espécie de punição.

¹⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **A arte do Direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marenco. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 23.

Assim, é possível afirmar que a sanção tem sua gênese na conservação e que sua idéia ainda se encontra como uma noção primitiva e essencial de qualquer direito.

Para entender a dinâmica adotada para aplicação de sanções disciplinares, é possível recorrer à compreensão foucaultinana¹⁹⁸, quando descreve a mudança do sistema penal, e traz à lume a sociedade disciplinar e suas conseqüências tanto para os tipos de conhecimento como para os tipos de sujeitos de conhecimento que emergem.

Para Foucault, a infração deixa sua relação com a falta moral e religiosa e passa a precisar de um poder político que formule lei que o defina. Através desta definição, apenas é possível a penalização da conduta observando a lei, tendo a repreensão por base o que é nocivo para a sociedade, ou seja, um dano social.

A percepção de poder associada ao movimento da sociedade para sua ordenação faz subsistir, no seu entendimento, toda uma rede de poder, que não se restringe ao judiciário no desempenho das funções não mais de punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir suas virtualidades¹⁹⁹.

Definindo a sociedade disciplinar, observa que o controle social não pertence mais à justiça, sendo exercido: “por uma série de outros poderes laterais à margem da justiça, como a polícia e toda uma rede de instituições de vigilância e de correção.”

O panóptico de Bentham, sob o olhar crítico de Foucault²⁰⁰, aponta para a sociedade disciplinar que ainda é adotada, aduzindo que:

Para escapar desse poder judiciário os indivíduos se organizavam em sociedades de reforma moral, [...]. Trata-se, portanto, mais de grupos de auto-defesa contra o direito do que de grupos de vigilância efetiva. Esse reforço da penalidade autônoma era uma maneira de escapar à penalidade estatal. [...] um reforço do poder da própria autoridade penal. Ao lado do temível instrumento penal que possui, o poder vai se atribuir esses instrumentos de pressão, de controle. Trata-se, de certo modo, de um mecanismo de estatização dos grupos de controle. [...] objetivo essencial obter do poder político novas leis que ratificarão esse esforço moral. Tem-se assim um deslocamento da moralidade à penalidade.

¹⁹⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau. 2009, p. 80.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 93

²⁰⁰ Ibidem, p. 93.

O exercício de poder, numa sociedade disciplinar, é efetuado por uma série de outros poderes laterais, sendo possível incluir, como exemplo, os conselhos de fiscalização profissional.

No caso dos Conselhos, como uma das instituições de controle social que compõe esta sociedade disciplinar, não se perseguiria a efetividade das sindicâncias e processos disciplinares ou de suas sanções, o que se fomenta é o estado de vigilância permanente pelo seu exercício de poder, que define, na realidade, se o indivíduo procede de acordo ou não com a regra. Na sociedade atual, não é suficiente este comportamento.

Para Bobbio,²⁰¹ o homem está envolto em um emaranhado de regras, sendo o direito a parte mais visível desta experiência normativa. Refere-se à existência de três teorias que se integram utilmente uma com a outra, evidenciando cada uma um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da *intersubjetividade*, a teoria da instituição, o aspecto da *organização social* e a teoria normativa, o aspecto da *regularidade*.

Com efeito, a experiência jurídica nos coloca perante um mundo de relações entre sujeitos humanos organizados de maneira estável em sociedade, mediante o uso de regras de conduta.

De resto, dos três aspectos complementares, o fundamental continua a ser o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são condições necessárias para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição necessária e suficiente.

Reconhecida a crítica à idéia de sanção, mas constatada a sua existência no modelo de sociedade vigente, importante sublinhar o conceito de direito ainda utilizado.

No Dicionário de Política²⁰², Norberto Bobbio traz a definição de direito como ordenamento normativo coativo e, assim, como força conservadora da estrutura social:

Direito. I. O DIREITO COMO ORDENAMENTO NORMATIVO COATIVO. — Entre os múltiplos significados da palavra Direito, o mais estreitamente ligado à teoria do Estado ou da política é

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

²⁰² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. tradução Carmen C, Varriale et al.; coord. tradução. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. v. 1, 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 349.

o do Direito como ordenamento normativo. Esse significado ocorre em expressões como "Direito positivo italiano" e abrange o conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como, as relações familiares, as relações econômicas, as relações superiores de poder, também chamadas de relações políticas, e ainda a regulamentação dos modos e das formas através das quais o grupo social reage à violação das normas de primeiro grau ou a institucionalização da sanção. Essas normas têm como escopo mínimo o impedimento de ações que possam levar à destruição da sociedade, a solução dos conflitos que a ameaçam e que tornariam impossível a própria sobrevivência do grupo se não fossem resolvidos, tendo também como objetivo a consecução e a manutenção da ordem e da paz social. Se se juntar a isto, conforme ensina a tendência principal da teoria do Direito, que o caráter específico do ordenamento normativo do Direito em relação às outras formas de ordenamentos normativos, tais como a moral social, os costumes, os jogos, os desportos e outros, consiste no fato de que o Direito recorre, em última instância, à força física para obter o respeito das normas, para tornar eficaz, como se diz, o ordenamento em seu conjunto, a conexão entre Direito entendido como ordenamento normativo coativo e política torna-se tão estreita, que leva a considerar o Direito como o principal instrumento através do qual as forças políticas, que têm nas mãos o poder dominante em uma determinada sociedade, exercem o próprio domínio.

O que se defende nestas linhas é que tal força conservadora perde a capacidade de efetivação de direitos em face de uma sociedade cada vez mais complexa e que necessita não só de determinações e regulações, mas de explicações, de conhecimento e de resultados.

Jean François Lyotard²⁰³ observa a natureza social numa perspectiva pós-moderna, afirmando que:

O "redesdobramento" econômico na fase atual do capitalismo, auxiliado pela mutação das técnicas e das tecnologias segue em paralelo, já se disse, com uma mudança de função dos Estados: a partir desta síndrome forma-se uma imagem da sociedade que obriga a revisar seriamente os enfoques apresentados como alternativa. Digamos sumariamente que as funções de regulagem e, portanto, de reprodução, são e serão cada vez mais retiradas dos administradores e confiadas a autômatos. A grande questão vem a ser e será a de dispor das informações que estes deverão ter na memória a fim de que boas decisões sejam tomadas. O acesso às informações é e será de alçada dos *experts* de todos os tipos. A classe dirigente é e será a dos decisores. Ela já não é mais constituída pela

²⁰³ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p. 27-28.

classe política tradicional, mas por uma camada formada por dirigentes de empresas, altos funcionários, dirigentes de grandes órgãos profissionais, sindicais, políticos, confessionais”.

E, neste ponto, um novo fator é apresentado, qual seja, a legitimação pelo poder, que se dá pelo bom desempenho, boa verificação e bom veredito.

Para Lyotard²⁰⁴: “O poder legitima a ciência e o direito por sua eficiência, e esta por aqueles.” Tal compreensão aponta para uma estrutura regulada sob a otimização de suas performances que assim se autolegitima.

Entendendo a amplitude do conceito de direito e da sua produção, que supera a idéia normativa de solução pela mera subsunção e reconhecê-lo numa perspectiva epistemológica como produtor de conhecimento, fica evidente a importância do papel do homem como conhecedor consciente da realidade posta. O conhecimento é considerado como uma relação na qual se encontra um sujeito consciente e diante dele uma porção da realidade com a qual o conhecedor está direta ou indiretamente relacionado²⁰⁵.

Identificar o conhecedor diante de uma teia normativa e da falta de um processo reflexivo que possibilite sua compreensão e não só busque o seu cumprimento acrítico é o dilema.

Marcelo Neves²⁰⁶ entendendo o direito como componente da superestrutura político cultural reconhece a sua articulação dialética com os demais componentes da estrutura social.

O direito pode ser visto não só como ciência, norma ou justo. É definido também como faculdade, fato social e, mais modernamente, como objeto cultural.

²⁰⁴ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p. 84.

²⁰⁵ [...] O fato do nosso conhecimento depender do conhecimento e da virtude intelectual de uma grande quantidade de pessoas em nossa comunidade intelectual, bem como de um universo cooperativo, faz que fique claro que não podemos isolar as condições para o conhecimento em um conjunto de propriedades independentes do conhecedor, muito menos em um conjunto de propriedades sobre as quais o conhecedor tenha controle. A sorte epistêmica permeia a condição humana – para o bem ou para o mal. (ZAGZEBSKI, Linda. O que é conhecimento? In: GRECO, John; SOSA, Ernest (org.). **Compêndio de epistemologia**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 183)

²⁰⁶ Afirma que: “Como subsistema social, o Direito está constantemente a interagir com os demais subsistemas sociais, sejam superestruturais ou infraestruturais.” NEVES, Marcelo. **O Direito como fator de desenvolvimento**. Revista do Instituto de Advogados de Pernambuco, Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches, 1990, p. 113.

Paulo Bezerra²⁰⁷ lembra a relação dialética de complementariedade e dependência existente entre Direito e Sociedade, uma vez que para que esta possa subsistir deve contar com um mecanismo regulador do comportamento dos indivíduos e dos grupos. Observa, ainda, a importância desta relação ao tratar da produção do direito que está diretamente relacionada à sociedade e dependente do grupo social do qual emana.

A realidade atual da prática médica e a composição do Conselho de Medicina levantam questões importantes acerca da produção efetiva de direito estatal por estes entes ante a estrutura judicante adotada.

Mister faz-se repensar os limites impostos à conduta médica pela codificação ética e avaliar se as sanções previstas na legislação são suficientes para nortear o exercício ético da profissão, alcançando o cumprimento da função social que lhe é confiada.

Para examinar o direito criado, ou melhor, produzido pelos Conselhos, seria possível examinar uma série de critérios e classificações das fontes. Contudo, por opção metodológica e, por aderir a idéia de que o direito é um construído, será estudada a produção de direito classificando-a não apenas pela sua origem, mas refletindo sobre o significado para o sistema jurídico brasileiro das escolhas realizadas. Muito mais relevante do que a sua própria reafirmação como ente público é compreender a repercussão social de sua atuação.

O direito identificado em diversos sentidos será proveniente de variadas fontes, chamadas de *vetores de produção do direito*, podendo ser produzido pelo Estado e pela sociedade, fomentando os modelos de produção não só jurídico, mas cada vez mais o ético, evitando decisões meramente políticas.²⁰⁸

²⁰⁷ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A Produção do Direito no Brasil**: A dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2008, p. 28.

²⁰⁸ Paulo Bezerra refere-se, ainda, aos modelos de produção de direito, quais sejam: *jurídico*, formulado no direito em vigor que contém regras que determinam o conteúdo e o procedimento de criação do direito, contando com sistema de controle de legalidade; *político* formula postulados referentes ao conteúdo e ao procedimento dessa produção, segundo posturas políticas; *ético* no qual os postulados de criação atendem a uma concepção moral que visa, principalmente, ao conteúdo das normas e o *doutrinário* formulado por juristas. *Ibidem*, p. 36.

Nesta senda, Paulo Bezerra²⁰⁹ trata da tensão entre o direito produzido, a realidade social e o obstáculo ao acesso à justiça, entendido este último em sentido lato, diante da produção do direito pelo Estado e da não observância aos anseios sociais.

Vale, então, refletir, mais uma vez, acerca da chamada legislação-álibi²¹⁰ que seria aquela que além de não solucionar os problemas postos, impede o caminho para que sejam resolvidos, criando uma aparente solução, no caso, das questões ético-profissionais por meio do discurso eminentemente sancionador.

Necessário reconhecer o valor simbólico das normas emanadas do Estado e quanto a isto não se faz aqui uma crítica direta, o problema ocorre quando o cunho simbólico atinge a efetividade da atuação do ente estatal e acaba por descredibilizá-lo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo²¹¹: “Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”.

Comumente, as infrações e sanções administrativas são dispostas normativamente de forma que a infração é prevista em uma parte da norma e a sanção em outra.

No caso dos Conselhos, a lei autoriza a edição de uma norma na qual são dispostas as infrações, definindo expressamente quais os tipos de sanção. Deste modo, quando da aplicação da norma ao caso concreto será verificada qual a sanção aplicável. Logo, uma infração a uma mesma norma deontológica poderá ensejar sanções distintas a depender do contexto em que foi praticado.

Na estrutura jurídica pátria, ninguém pode ser punido sem que exista lei anterior que defina a conduta como ilícito (civil, criminal ou administrativo). Descumprir tal preceito fere as garantias constitucionais.

²⁰⁹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A Produção do Direito no Brasil**: A dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2008, p.65.

²¹⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36

²¹¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 817.

A Lei nº 3268/57 dispõe sobre as sanções disciplinares que poderão ser aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros. São elas: advertência confidencial em aviso reservado; censura confidencial em aviso reservado; censura pública em publicação oficial; suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

A imposição das sanções deverá obedecer à gradação trazida pela lei, ou seja, da sigilosa à pública, sendo as penalidades de caráter confidencial de questionável constitucionalidade.

A existência de sanções que emanam de um ente Estatal de forma sigilosa suscita a necessidade de reexame da aplicabilidade dos princípios inerentes à Administração Pública²¹² na atividade judicante dos Conselhos, em especial, a publicidade das decisões.

A estrutura disciplinar de uma sociedade impõe a adoção de medidas que redimensionem seu funcionamento, sob pena de inadequação. É plausível apontar a manutenção da estrutura dos Conselhos, desde a sua criação, como um complicador para a efetividade dos direitos/deveres que propugnam.

A sua legislação permanece praticamente inalterada e as sanções são rigidamente determinadas pela lei, dificultando a utilização de outros meios para solução de conflitos éticos com maior caráter pedagógico, o que contribuiria para a formação profissional e traria maior proteção à sociedade.

Em última análise, as questões ora apresentadas tanto redimensionam o discurso sancionador dos Conselhos de Medicina, como suscitam uma reflexão acerca do direito e do poder.

Assim, pondera Celso Castro²¹³: “o Poder é simplesmente um meio e não um fim em si mesmo”. Continua o autor: “Sua posição é ancilar ao papel de maior relevância que se concede a um ente público, qual seja, o cumprimento do dever.” E assevera ainda: “[...] todo poder é mero instrumento

²¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 369.

²¹³ CASTRO, Celso Luiz Braga de. **Desvios de Conduta da Administração Pública**. 2001. 195 f., Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2001.

de cumprimento de dever e só nesta medida e com esta restrição é que ganha foros de legitimidade.”

De outra banda, para a efetiva produção de direito em defesa do interesse público e visando livrar-se da arbitrariedade, é mandatório observar o que, também nas palavras do Celso Castro²¹⁴, consiste na relação entre “diagnose-prognose”.

A diagnose cuida de um “mero juízo de constatação cuja precisão ou imprecisão podem comprometer a atuação seguinte”, enquanto a prognose define o papel da administração como discricionária, “no que tange às providências a serem tomadas”.

Assim, merece a atenção do mundo jurídico a efetivação da prognose em tais demandas, diante do formato do direito atual, da importância do processo disciplinar e de suas conseqüências para os jurisdicionados e para a sociedade.

A discussão acerca de sanções administrativas adequadas e de acordo com a Constituição de 1988 não se restringe aos Conselhos de Fiscalização profissional, mas neste caso existe um entrave real.

No caso dos Conselhos de Medicina, a lei que traz o sigilo processual e sanções confidenciais aponta para um descompasso entre a cultura calcada na solução de problemas de categorias profissionais por meio de decisões intramuros e a Constituição que rechaça tal procedimento, já tendo a jurisprudência pátria sinalizado este descompasso.

Buscar estimular o agir consciente é uma demanda da sociedade atual, que deve atentar para a construção de sistemas de controle pela administração pública afinado com o paradigma da eficiência e transparência.

Apesar de tais obstáculos, necessário pensar numa aplicação razoável das sanções, e em alternativas para uma maior efetividade na aplicação das normas vigentes.

Para tanto, pertinente a reflexão de Chaim Perelman²¹⁵:

“As noções de “razoável” e de “desarrazoado”, em contrapartida, não foram muito utilizadas nas teorias do direito, à parte na obra do jurista espanhol, estabelecido no México Luis Recaséns Siches, que desenvolveu, faz vinte anos, a

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução Maria Ermanita Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 429.

lógica do razoável. Parece-me, contudo, que, na prática do direito, no raciocínio jurídico, essas noções intervêm com muito maior frequência do que as de “racional” e de “irracional”, que fornecem um âmbito no qual se exerce toda atividade jurídica, que o desarrazoado não pode ser admitido em direito, o que torna fútil qualquer tentativa de reduzir o direito a um formalismo e a um positivismo jurídico.

Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada. [...] Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável.

Deste modo, há que se observar sempre na aplicação da norma a razoabilidade de seu comando diante do contexto atual, valendo ainda observar de que forma ela é recebida pelos seus destinatários.

Norberto Bobbio²¹⁶, ao tratar da questão da resistência, observa a discussão sobre a diferença travada na teoria geral do direito entre a obediência e a aceitação, sendo interessante considerar tal compreensão para repensar a produção do direito e a sua forma de expressão.

Defende o autor que o contrário de resistência seria a obediência a uma norma ou ordenamento em seu conjunto, atitude esta passiva, quiçá, mecânica, habitual ou instintiva. E que o contrário de contestação é a aceitação de uma norma ou ordenamento em seu conjunto que é uma atitude ativa, que se inclina a um juízo de aprovação, ou, pelo menos, a se servir da norma ou normas para conduzir a própria conduta e condenar a conduta daqueles que a não reconhecem. Nesta senda, este trabalho não é uma manifestação de resistência, entendida como ruptura contra a ordem constituída, colocando-a em crise, mas não necessariamente em questão. Pensa o direito com uma postura por vezes de contestação, com o intento de adotar uma atitude crítica, antes de tudo construtiva.

Por fim, reconhecer a força e a insuficiência da norma como definição para o direito nada tem de contraditório, apenas aponta para a complexidade das relações sociais atuais e para a necessidade de se adotar medidas a fim de efetivar a produção do direito estatal, no particular, aquele

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 132.

fruto da atividade dos Conselhos, que ora será examinada através de dados históricos relativos ao Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB).

4.4 CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DA BAHIA – DADOS HISTÓRICOS.

As incursões históricas podem trazer importantes contribuições para uma discussão e, no caso, como largamente demonstrado, em que pese relevante, o tema posto mostra-se inexplorado e deita suas raízes, na opção brasileira pelo modelo de auto-regulação profissional e na sua desatualização em face das mudanças da concepção num panorama de pós-modernidade.

Através de um estudo²¹⁷ descritivo do conjunto de processos ético-profissionais (PEP) instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia – CREMEB, no período de 1979 a 1998, podem ser observados dados que enriquecem a reflexão e aos quais se recorre aqui, para fomentar a discussão acerca do tema.

O diálogo com a literatura nacional existente é uma tarefa árdua, uma vez que muito pouco se tem escrito sobre os Conselhos e sua atuação judicante, sendo ainda menos conclusivos, na perspectiva jurídica, os resultados verificados. Alguns trabalhos realizados cingem-se a demonstrar dados acerca da tramitação, julgamento e até especialidades médicas nas quais os profissionais mais respondem a processos ético-profissionais.

Ao recorrer aos estudos alienígenas²¹⁸²¹⁹²²⁰, a dificuldade reside não tanto na escassez da discussão acerca da atuação médica, mas na peculiaridade da regulação profissional nos países, o que aponta para tratamentos diversos dados à codificação ética e sua aplicabilidade.

²¹⁷ NERY FILHO, Antonio, et al. **Caracterização dos processos ético-profissionais do Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979 a 1998**: Análise preliminar. Salvador, 2009, p.75. Trabalho não publicado.

²¹⁸ DOLCI, German. et al. Perfil epidemiológico general de las quejas médicas atendidas em La Comisión Nacional de Arbitraje Médico. 1996-2007. **Salud Pública de México**, México, v. 51, n. 8, mar./abr. de 2009

²¹⁹ WEINGART, Saul N. et al. Epidemiology of medical error. **BMJ**, London, v. 320 mar. 2000.

²²⁰ GOTSCHLICH, Roberto Von Bennewitz. **Las Demandas y Querellas por responsabilidad medica em la hora actual e sus mecanismos de regulación**. Santiago de Chile: Cuad. Méd.-Soc., 1993, p. 15-28.

A pesquisa nasceu, em 2002, por iniciativa da Corregedoria do Conselho de Medicina da Bahia, para análise das características e tendências das infrações ocorridas ao longo do tempo, considerando, especialmente, o crescimento da abordagem dada ao tema erro médico no mundo e a necessidade de estudo desse fenômeno no Brasil.

O trabalho foi desenvolvido pelos membros da Associação de Acadêmicos de Medicina para o Estudo da Ética Médica e Bioética – ACADEMÉTICA²²¹, sendo apresentado um relatório ao Conselho com as informações dos dados coletados e considerações preliminares acerca dos achados²²².

O relatório²²³ descreve as características dos processos ético-profissionais no período de 1979 a 1998, com vistas a possibilitar um resgate histórico da sua atuação para subsidiar intervenções junto aos profissionais médicos na prevenção do erro. Tendo utilizado como referencial a codificação ética de 1988, foi procedido um recorte temporal, que antecede e sucede a mencionada norma em dez anos.

Dos dados coletados²²⁴, foram excluídos os processos ético-profissionais que não apresentavam registro de denúncia, de instauração do processo e de julgamento e aqueles que consistiam em Carta Precatória para atos processuais demandados ao CREMEB por CRM de outro estado da federação.

Considerando que o objetivo do trabalho é, examinando as formas de solução de conflitos pelos Conselhos de Medicina, analisar a efetividade de sua atuação judicante, foram selecionados alguns dados que se mostram pertinentes.

²²¹ ATHANAZIO, Rodrigo Abensur. et al. Acadêmica: um novo método de estudo continuado sobre Ética Médica e Bioética. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 28, n.1, p. 73-78, jan./abr. 2004.

²²² Ao longo da pesquisa e diante dos dados encontrados, novos questionamentos foram surgindo, sendo essa dissertação um desdobramento da análise, inicialmente descritiva, que possibilitou uma série de reflexões para além dos dados coletados.

²²³ NERY FILHO, Antonio, et al. **Caracterização dos processos ético-profissionais do Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979 a 1998**: Análise preliminar. Salvador, 2009, p.75. Trabalho não publicado.

²²⁴ Os dados foram digitados, processados e analisados com o auxílio do *software* SPSS (*Statistical Package for the Social Sciences*) versão 17.0.

As variáveis²²⁵ selecionadas para o presente estudo foram: *Caracterização do processo, da suposta infração e do julgamento*, apesar de constar no relatório uma série de dados que contribuem para outras diversas análises.

Na Caracterização do processo constam informações como: ano de abertura, quantidade e origem da denúncia e tempo de tramitação das etapas do processo (sindicância, instrução, relatório final – julgamento, recursos).

Digno de nota, a tendência de aumento linear do número de processos ético-profissionais instaurados com o passar dos anos. No período de 1979-1998, 440 processos ético-profissionais foram instaurados e concluídos, originados a partir de 447 denúncias²²⁶. (Gráfico 1)

O crescimento mostra-se expressivo a partir de 1988, sendo identificado um aumento significativo no número de processos ético-profissionais instaurados nos anos seguintes às eleições no Conselho.

O ano de 1995 apresentou o maior número de processos instaurados no período, não sendo possível, apenas diante dos dados coletados, fazer uma inferência específica acerca deste achado.

É difícil estabelecer comparações entre os estudos realizados no Brasil, principalmente em face do período examinado, mas o diálogo com tais fontes se mostra enriquecedor.

Roberto D'Ávila²²⁷ em seu estudo acerca dos processos ético-profissionais no estado de Santa Catarina identifica o aumento no número de denúncias a partir de 1988, tendo, Maria Suzana S. de Arruda Falcão²²⁸, também identificado um aumento expressivo no início da década de noventa no estado do Rio de Janeiro.

²²⁵ As variáveis categóricas foram expressas através de suas proporções, sendo calculadas as médias e desvios-padrão para as variáveis contínuas com distribuição normal e medianas e quartis para as não-normais.

²²⁶ Importante referir que em um processo pode haver mais de uma denúncia de origem.

²²⁷ D'ÁVILA, Roberto Luis. **O comportamento ético-profissional dos médicos de Santa Catarina**: uma análise dos processos disciplinares no período de 1958 a 1996. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998, p.136.

²²⁸ FALCÃO, Maria Suzana S. de Arruda. **A ética médica e suas infrações**: Um estudo sobre processos ético profissionais do Estado do Rio de Janeiro. 1993. 160 f. Dissertação (Mestrado em Saúde) - Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Instituto Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1993, p. 178.

Deíla Barbosa Maia²²⁹ examinando os processos do Conselho Federal de Medicina, instância recursal, ressalta o aumento de demandas contra médicos instauradas nos conselhos regionais, diante da constatação de que o número de recurso encaminhado ao CFM, entre 1988 e 1998, sextuplicou.

O aumento das demandas nos Conselhos espelha um movimento de busca de solução de conflitos nas instâncias formais que, antes descredibilizadas e caladas por um regime ditatorial, passam a ter que se reinventar de acordo com a nova ordem.

É o que sugere também os dados analisado pelo Banco Mundial a respeito da atuação do judiciário brasileiro, observando que desde o início dos anos 90 restou demonstrado um crescimento dramático²³⁰ da sua atuação em todas as áreas. Ainda no judiciário, quando se examina o crescimento de demanda específica acerca de erro médico, por exemplo, estudos²³¹ continuam apontando para o seu crescimento.

No caso dos Conselhos, o crescimento identificado provavelmente está relacionado com o aumento do número de denúncias que têm sido registradas e do número de médicos que cresce a cada ano, o que se coaduna com estudos realizados acerca dos processos julgados no Conselho Federal de Medicina e em outros regionais.

Buscando considerar o alcance dos processos ético profissionais, interessante observar que, os processos envolveram 542 supostas infrações, 484 denunciantes, 690 médicos denunciados e 690 julgamentos – um para cada denunciado.

²²⁹ MAIA, Deíla Barbosa. **Erro médico no brasil**: análise de processos ético-profissionais julgados no conselho federal de medicina no período de 1988 a 1998. 1999. 130 f. Monografia (Graduação em Medicina). Universidade Federal do Maranhão. São Luis. 1999, p.128.

²³⁰ “Conclusões a partir na análise de dados existentes: [...] A análise inicial das tendências relacionadas à carga de trabalho em várias jurisdições e níveis valida a crença (Hipótese 1) de que desde o início dos anos 90 houve crescimento dramático²³⁰ em todas as áreas, o que veio a gerar problemas de congestionamento (Hipótese 2) e, mais provavelmente, de demora (Hipótese 3).”. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIRO - AMB. Resenha da Associação dos Magistrados Brasileiros sobre o relatório do Banco Mundial - Brasil: fazendo com que a justiça conte. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em 20 nov. 2011.

²³¹ Em estudo realizado entre 2003 a 2006 no Tribunal de Justiça de São Paulo o resultado ainda se mostra crescente. GARFINKEL, Ana. Responsabilidade Civil por erro médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista DIREITO GV vol.3, n.21, jul./dez. 2007. Disponível em <<http://www.direitogv.com.br/subportais>>. Acesso em: 20 nov.2011.

Assim, mesmo sendo crescente o número de processos instaurados, é possível inferir que diante do total de médicos inscritos e ativos no Conselho da Bahia, que era em 1999 de cerca de 10.000²³² (dez mil médicos), o número de denunciados aponta para um percentual de 6,9 % dos profissionais ativos.

No que tange à origem da denúncia, dos 440 registros, 40,9% constituíram-se de denúncias ex-officio, sendo considerado denunciante aquele que tem seu direito infringido e compõe a lide no seu pólo ativo. Esta proporção apresentou grande variabilidade, com tendência de redução no período analisado. (Tabela 01 e Gráfico 2)

Merece destaque, no caso dos processos disciplinares, a possibilidade de instauração denominada *ex officio*. A Administração, *sponte propria*, detém a iniciativa de apurar fatos, no caso, possíveis infrações ao Código de Ética Médica, buscando realizar o interesse público.

É a aplicação do princípio da oficialidade, que distingue esta atividade daquela exercida pelo Poder Judiciário²³³ em sua função jurisdicional, pela qual, o Estado deve ser provocado, sendo inicialmente inerte.

Considerando o aumento no número de processos, ainda se mostra significativa a mobilização *interna corporis* para apuração da conduta ética, sendo relevante observar o crescimento da veiculação de notícias²³⁴, nos meios de comunicação, das mais diversas situações envolvendo a prática médica, o que enseja apuração pelo Conselho, consistindo este em um considerável percentual das denúncias ex officio (Tabela 1).

José Marques Filho²³⁵ ao examinar os processos que culminaram em cassação no estado de São Paulo, no período de dezembro de 1988 a

²³² Informação fornecida pelo Setor de Pessoa Física do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, que considerando mudança do sistema informatizado registra inconsistência nos dados registrados.

²³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 931.

²³⁴ Irany Novah Moraes alerta para a responsabilidade da mídia que vem exercendo significativo papel na satisfação dos anseios sociais: "Como os fatos mórbidos possibilitam, pela natureza humana, maior audiência, os malogros da Medicina são alardeados muitas vezes como um cruel prejulgamento. Evidentemente, a comprovação posterior da verdade jamais consegue merecer o mesmo tratamento jornalístico. O dano produzido pela matéria não é reparado da mesma forma. Diante de tal realidade, é fundamental que haja precaução em divulgar a notícia, antes de apurados os fatos." (MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.514).

²³⁵ MARQUES FILHO, José; HOSSNE, William Saad. Análise Bioética dos Processos de cassação do Exercício profissional médico do Estado de São Paulo. **Revista da Associação Médica Brasileira**. São Paulo, v. 54, n. 3, p.214-219, jun. 2008, p. 214-219.

dezembro de 2004, observa que 33,3 % tiveram origem ex officio, apontando outros 31,1% que teriam sido encaminhados pelo Poder Judiciário, havendo, do mesmo modo, a maior frequência de processos com origem ex officio.

D'Ávila²³⁶, entretanto, ao analisar os processos instaurados em Santa Catarina, identifica um maior número de denúncias provenientes de usuários de serviço de saúde e do meio médico. No Estado de Goiás²³⁷, trabalho que analisa dados relativos aos anos de 2000 a 2006 encontrou um percentual de 60% (sessenta por cento) de denúncias feitas por pessoas físicas, 36% (trinta e seis por cento) por organismos com atribuição de vigilância e preservação da ética médica, 45% (quatro por cento) por outros órgãos públicos ou outras organizações de classe e 05 (meio por cento) proveniente do Ministério Público naquele Regional.

Outro dado é o tempo médio de duração de um PEP foi de 54,7 meses e a mediana de 52,5 meses, aproximadamente cinco anos, sendo a menor duração 4,0 meses e a maior, 182,5 meses, aproximadamente 15 anos. Os valores referentes à duração de cada etapa da tramitação do processo – sindicância, instrução, relatórios finais e julgamentos, e recursos – podem ser visualizados. (Tabela 2)

O estudo realizado no Conselho de Medicina da Bahia ainda verificou, de acordo com o ano de instauração, no período considerado, um aumento da média anual de duração total em meses dos processos e da média anual de duração em meses relativa a cada etapa da tramitação. A exceção ocorreu quando foi analisada a média anual da duração dos recursos, que apresentou uma diminuição no período avaliado. (Gráficos 3, 4, 5, 6 e 7)

O Código de Processo Ético Profissional tem estipulado o prazo de até 30 (trinta) dias, para apresentação do relatório da sindicância, sendo prorrogável a critério do Presidente ou Corregedor. Assim, verificar como média de duração de sindicância, 9,5 meses, e situações em que se identifica 16 meses de duração, sugere uma dilação desarrazoada de prazo. (Gráfico 3)

²³⁶ D'ÁVILA, Roberto Luis. **O comportamento ético-profissional dos médicos de Santa Catarina**: uma análise dos processos disciplinares no período de 1958 a 1996. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998, p. 136.

²³⁷ FUJITA, Reginaldo Raimundo; SANTOS, Ilian Cardoso dos. Denúncias por Erro Médico em Goiás. **Revista da Associação Médica Brasileira**. São Paulo, v. 55, n. 3, p.283-289, maio/jun. 2009.

Quanto à duração da instrução processual, é concedido pelo Código de Processo Ético Profissional o prazo de 120 (cento e vinte) dias para instruir o processo, sendo a média encontrada de 22,7 meses e uma tendência de crescimento do tempo de duração desta fase. (Gráfico 4)

Em relação à média anual do tempo de duração entre os relatórios finais e julgamento, observou-se que os processos instaurados nos anos de 1984, 1985 e 1986 tiveram médias muito maiores do que as observadas nos outros anos. (Gráfico 5)

Considerando que no ano de 1988 houve mudança na codificação ética vigente, a demora para a conclusão desses processos pode estar relacionada com os ajustes necessários para o julgamento, uma vez que estes foram instaurados com base na codificação ética de 1984.

Sendo somados todos os prazos processuais determinados pelo Código de Processo Ético Profissional se teria uma média de 400 dias para tramitação de um processo, ou seja, 13,3 meses.

Mesmo considerando a dificuldade do cumprimento de tais prazos, por todas as dificuldades cartorárias que vai desde a juntada de um Aviso de Recebimento aos autos, até a notificação com proveito, ou despacho no feito pelo Conselheiro responsável pela respectiva fase processual e se duplicasse este prazo, se teria uma duração de 26,6 meses, ou seja, menos da metade do tempo médio verificado no período.

Diante da constatação de excessiva duração dos processos ético-profissionais, é necessário registrar que se espera na resposta do Estado, em todas as suas instâncias, um tempo razoável de tramitação.

Aqui se constata uma das dificuldades vivenciadas nos Conselhos de Medicina, que ainda não pertine ao mérito, mas de caráter processual, que é o tempo de resposta.

Neste estudo²³⁸ ainda se examinou o tempo de duração dos referidos processos, perfazendo em média um total de oito anos e quatro meses, sendo que dois anos e um mês o processo aguardou decisão em 2ª instância, ou seja, no Conselho Federal de Medicina.

²³⁸ BOYACIYAN Krikor; CAMANO, Luiz. O perfil dos médicos denunciados que exercem ginecologia e obstetrícia no estado de São Paulo. **Revista da Associação Médica Brasileira**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 3, p. 144-147, maio/jun. 2006.

Quanto ao número de processos instaurados em São Paulo, outro artigo²³⁹ traz uma informação bastante significativa relativa ao período de 1994 a 2004. Neste intervalo de tempo, dos 24.678 expedientes denúncia foram instaurados 4134 processo, sendo importante referir que, no final do ano de 2004, o Estado de São Paulo contava com 86.413 médicos inscritos. Logo, a curva ascendente no que se refere a instauração de processos disciplinares contra médico ainda se mostra uma realidade.

Na Caracterização da suposta infração o estudo realizado na Bahia apresenta dado, com as seguintes referências, aqui mencionadas: partes envolvidas (Médico-paciente, Médico-CRM, Médico-Médico, Médico Familiares, Médico-Instituição de saúde, Outros) e artigo(s) do código com indício de infração da suposta infração, sobre esta última considerações serão feitas mais adiante.

No período analisado, dentre as partes envolvidas na suposta infração, observou-se que médico e paciente corresponderam a quase metade dos casos (49,4%), ou seja, o médico como infrator e o paciente como vítima (não sendo este último necessariamente o denunciante), seguido da relação entre médicos (13,9%), médicos e CRM (9,3%), médicos e instituição de saúde (7,8%) e médicos e familiares (0,4%). (Gráfico 8).

Analisar as partes envolvidas na suposta infração agrega valor a discussão, pois se constata que, em pese haver referência genérica ao descumprimento de norma deontológica, a codificação da ética profissional trata de diversos pontos do exercício da medicina que pela suas peculiaridades, merecem tratamento diferenciado, inclusive, devendo ser observado o risco para a profissão e a sociedade.

Como já afirmado anteriormente, atualmente, tentativas incipientes de composição dos conflitos têm previsão normativa, podendo ser citadas: a conciliação, prevista do Código de Processo Ético Profissional²⁴⁰, e o Termo de

²³⁹ BOYACIYAN Krikor; CAMANO, Luiz. O perfil dos médicos denunciados que exercem ginecologia e obstetrícia no estado de São Paulo. **Revista da Associação Médica Brasileira**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 3, p. 144-147, maio/jun. 2006.

²⁴⁰ Resolução CFM 1897/2009: [...] Art. 9º A critério do Conselheiro Sindicante, será facultada a conciliação de denúncias de possível infração ao Código de Ética Médica, com a expressa concordância das partes, até o encerramento da sindicância. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Processo Ético-profissional. Resolução CFM nº 1897/2009, de 6 de maio de 2009. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos Ético-

Ajustamento de Conduta²⁴¹, regulado através da Resolução CFM. Tais institutos, no entanto, são referidos, com ressalvas²⁴², tendendo a ser pouco ou equivocadamente utilizados, diante da forma como previstos.

No Brasil, a codificação ética tem natureza obrigatória com previsão legal de sanções na hipótese de descumprimento de tais normas, sendo os Conselhos parte da estrutura de poder estatal e a deontologia uma produção do direito que regulamenta a profissão, objetivando a fiscalização, no caso, do exercício da medicina.

José Marques Filho²⁴³ refere que, a atuação do Conselho tanto é analisada, por alguns segmentos da sociedade, como corporativista, quanto pela comunidade médica, como muito rigorosa. Para o referido autor, a opinião díspare seria o reflexo de um equilíbrio prudente, que reflete, muito provavelmente, uma média de decisões equânimes e coerentes, contemplando ambas as partes com justiça.

Outro olhar, entretanto, pode ensejar certa discordância acerca desta afirmação, porquanto, se sociedade e categoria médica não se entendem quanto à atuação dos Conselhos, mais do que levar a uma conclusão de justiça em suas ações, pode acarretar questionamento sobre os mecanismos de composição de conflito utilizados e a sua real efetividade. E é esta a reflexão ora posta.

A Caracterização do julgamento: conclusão no CRM (Absolvido, Condenado – alínea a, Condenado – alínea b, Condenado – alínea c, Condenado – alínea d, Condenado – alínea e, Extinção da Punibilidade - Morte do denunciado, Extinção da Punibilidade - Prescrição), condição da decisão (maioria, unanimidade, Não consta), artigos infringidos, existência de recurso ao Pleno do CRM ou CFM, interpositor do recurso (denunciado, denunciante, ambos) e conclusão do recurso.

profissionais e o rito dos Julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

²⁴¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.967/2011, de 16 de maio de 2011. Dispõe sobre Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito dos conselhos regionais de medicina. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 31 de out. 2011.

²⁴² Adiante serão examinadas as alternativas possíveis para solução de conflitos éticos, oportunidade em que estes institutos serão mais detidamente estudados.

²⁴³ MARQUES FILHO, José; HOSSNE, William Saad. Análise Bioética dos Processos de cassação do Exercício profissional médico do Estado de São Paulo. **Revista da Associação Médica Brasileira**. São Paulo, v. 54, n. 3, p.214-219, jun. 2008, p. 214-219.

A forma de decisão, assim considerada, os casos em que foi julgado o feito por maioria ou unanimidade de votos, não apresentou muita discrepâncias, sendo em regra metade dos casos para cada forma, sendo que no período de 1979-1984 65% das decisões ocorrerão por maioria de votos. (Gráfico 10). Os médicos são os que mais recorrem das decisões do Conselho, sendo responsável por 83% dos recursos. (Gráfico 11)

No estudo realizado na Bahia, no período referido, não foi identificado nenhum caso de cassação que tivesse sido sustentado pelo Pleno do Tribunal de Ética que: em 56% dos casos julgou pela absolvição, 11% apenas o denunciado com advertência confidencial, 22% censura confidencial e 11% censura pública. (Gráfico 12) Há registro de decisões pela suspensão por até 30 dias (Tabela 7), mas como já observado, esta não foi mantida pelo Pleno.

O Conselho Federal de Medicina reformou 36% das decisões, tendo sido mantidas em 64% dos casos. (Gráfico 13).

Em estudo realizado²⁴⁴ no estado São Paulo, no qual foram analisados processos ético-profissionais entre 1995 a 2003, foi possível concluir que: 2330 foram julgados, sendo que 1146 (49,2%) sofreram algum tipo de punição, das quais, para 86,5 % dos médicos, foram aplicadas penas identificadas como leves (advertência, censura confidencial e censura pública).

Ainda quanto ao julgamento, foi realizado um estudo²⁴⁵ dos 41(quarenta e um) processos ético-profissionais julgados naquele Estado, no período de janeiro de 1988 a dezembro de 2004, nos quais 45 (quarenta e cinco) médicos foram condenados pelo Regional à pena máxima, qual seja, cassação, correspondendo ao total de 2,3% das penas impostas a médicos por aquele Regional. Tal decisão foi confirmada pelo Conselho Federal de Medicina em 55,5% dos casos, ou seja, 25 médicos foram cassados na via administrativa, entretanto, das 25 cassações, a Justiça Federal anulou 05

²⁴⁴ SEUGLING, Fernando dos Ramos, PERCHE, Macyr Esteves, MENDES, Roberto Teixeira. **Distribuição dos processos Disciplinares pelo CREMESP: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e seus resultados nas diversas especialidades médicas.** São Paulo: BIOETHIKOS: 2007, p. 56-62.

²⁴⁵ MARQUES FILHO, José; HOSSNE, William Saad. Análise Bioética dos Processos de cassação do Exercício profissional médico do Estado de São Paulo. **Revista da Associação Médica Brasileira.** São Paulo, v. 54, n. 3, p.214-219, jun. 2008, p. 214-219.

(cinco) decisões, devolvendo aos médicos a possibilidade de exercer a profissão.

Tais resultados mostram a necessidade de reflexão acerca da própria instauração dos processos, uma vez que, no caso da Bahia, mais da metade foram improcedentes, tendo sido, no restante dos processos, apenas médicos em sanções confidenciais em 33% dos casos, que tem baixa efetividade social e sua constitucionalidade questionável.

Para a codificação da variável “artigo(s) do código com indício de infração” foi realizada a correspondência entre a data de ocorrência do julgamento e sua capitulação com o código em vigência no período, uma vez que durante o período de 1979 a 1998 vigoraram três codificações éticas²⁴⁶: o Código de Ética Médica (CEM) de 1965, o Código Brasileiro de Deontologia Médica (CBDM) de 1984 e o Código de Ética Médica (CEM) de 1988.

Interessante observar que no maior número de casos a quantidade de artigos capitulados e infringidos foi igual a 1 (um), divergindo este dado apenas nos processos instaurados no período de 1984-1987 que teve em 37% dos casos capitulação entre 3 e 5 artigos e em 60% mesmo número de artigos infringidos (Tabela 3 e 5) A análise dos capítulos e artigos capitulados e infringidos possibilita verificar o mérito das demandas instauradas (Tabela 4 e 6).

Como já referido no capítulo anterior acerca dos Códigos de Ética Médica, o atual código não considera princípios fundamentais como norma deontológica como nos Códigos até então editados pelos Conselhos, constando do estudo realizado registro de capitulações e sanção imputadas a infração de princípios.

O artigo mais capitulado e infringido no período de 1979-1984 e 1988-1998 encontra-se no capítulo de responsabilidade médica, respectivamente nos Códigos de 1965²⁴⁷ e 1988²⁴⁸, sendo mais significativa

²⁴⁶ Disponível em: <http://portal.cfm.org.br> Acesso em: 01.dez.2011

²⁴⁷ “Artigo 45- O médico responde civil e penalmente por atos profissionais danosos ao cliente, a que tenha dado causa por imperícia, imprudência, negligencia ou infrações éticas”. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br> Acesso em: 01.dez.2011

²⁴⁸ “É vedado ao médico: Art. 29 - Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br> Acesso em: 01.dez.2011

esta diferença após 1988. No período de 1984-1987²⁴⁹ foram encontrados artigos envolvendo relação entre colegas e com a sociedade e outros profissionais.

Os estudos sobre o tema foram realizados em Estados e épocas distintas, além de critérios específicos de cada trabalho para definição da origem da denúncia o que dificulta, como já afirmado, a comparação dos dados quanto à frequência de denúncias que tiveram origem ex-officio, havendo certa variabilidade nos achados.

Fechando este capítulo e diante dos dados encontrados neste estudo, serão discutidos a seguir os problemas a serem enfrentados para alcançar a efetividade na atuação judicante.

4.5 PROBLEMAS A SEREM ENFRETTADOS DIANTE DA NECESSIDADE DE EFETIVIDADE NA ATUAÇÃO DOS CONSELHOS

É certo que há uma série de causas para o fenômeno descrito no mencionado estudo, sendo aqui identificados alguns dos problemas a serem enfrentados diante da necessidade de efetiva atuação do Tribunal de Ética Médica.

Depreende-se dos dados históricos apresentados características que apontam para uma inefetividade na atuação judicante dos Conselhos, desde a origem da denúncia, tempo de duração do processo, no procedimento adotado para apuração de infrações, que se mostram distintas em seu próprio fundamento, bem como no resultado dos julgamentos realizados, no qual se verifica um significativo número de absolvições e ainda penalidades de caráter sigiloso.

Na caracterização do processo, é relevante o número de procedimentos instaurados sem a identificação do legitimado para figurar como denunciante. A tramitação, em cumprimento estrito ao dever do Conselho, ex

²⁴⁹ Artigo 8º- Desrespeitar a legislação vigente e não pautar os seus atos pelos mais rígidos princípios morais e éticos. [...] Artigo 33º- Deixar no exercício da profissão, de ter para com os colegas apreço, consideração e solidariedade ou contribuir para a desarmonia ou desprestígio público da classe. [...] Artigo 42º- Deixar, tanto em cargo de direção ou chefia ou como subordinado de respeitar as suas obrigações e deveres e atenções para com os seus colegas. Artigo 43º- Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivas da profissão médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br> Acesso em: 01.dez.2011

offício, não só prejudica a participação daquele que foi atingido diretamente pela conduta do profissional e com isso a produção das provas necessárias para instruir o feito, mas o próprio exercício da democracia.

Para uma atuação nos moldes democráticos seria imprescindível o conhecimento público acerca das providências adotadas para tratar da situação posta sob exame no ambiente ético profissional, bem como sua participação.

O controle social é um elemento de suma importância para se vivenciar um regime democrático e a falta de informação acerca das ações empreendidas no processo de auto-regulação profissional dificulta sua efetivação.

O presente trabalho não comporta digressões acerca das teorias que discorrem sobre democracia, sendo suficiente entendê-la como uma forma de exercício de poder em que a informação e a participação são requisitos, ou melhor, pressupostos para sua existência.

Assim, seja pela descrença no espírito de corpo que paira nas instituições de auto-regulação, seja pela recente divulgação da atuação destes entes, o fato é que, se faz necessário trazer o cidadão e, por conseguinte, a própria sociedade, para compor o pólo ativo das demandas. Para tanto, identificado o legitimado, este deve ser notificado a participar e só na hipótese de permanecer silente e a demanda ter efetivo interesse público a ser salvaguardado é que deve prosseguir ex officio.

O segundo problema, que deve ser referido é o tempo de duração dos processos ético-profissionais. Esta dificuldade também atormenta a instância judicial e seus longos processos e por mais que celeridade não seja sinônimo de efetividade, a morosidade injustificada na solução de um conflito é um dado que não pode ser desconsiderado quando se intenta identificar os problemas a serem enfrentados no exercício de uma atividade identificada como judicante.

Entregar a Cronos as questões éticas é desconsiderar toda força axiológica que permeia tais demandas, que deve ter momento próprio para se solucionar. Este deus, Tempo, que, segundo a mitologia grega,²⁵⁰ devorava

²⁵⁰ Em artigo que discute a relação do tempo e a teoria da constituição foram apresentadas as metáfora gregas de Cronos e Kairós, que, neste momento, com outra roupagem, mostra-se pertinente. Afinal, o tempo atinge a efetividade e faz nascer questões que tocam as próprias

seus filhos para sustentar seu poder é o mesmo que mantém a ética profissional no caminho da conservação. É o tempo de Kairós, que deve ser alcançado por uma ética efetivamente voltada a transformação.

Mais adiante deverá ser discutida a própria abordagem dada as questões éticas pelos Conselhos, buscando com isso poder vislumbrar alternativas para solução dos conflitos, que não deve ocorrer apenas através de longos processos ético profissionais

Há uma interdependência entre o plano material e processual. O processo não é livre do direito material, logo, outro ponto relevante na caracterização da suposta infração é o tratamento dado a infrações diversas.

Como exemplo, pode ser citada uma das facetas mais sensíveis no domínio da ética médica, que muitas vezes se espraia ainda pelas instâncias penal e cível, a questão do “erro médico” e uma corriqueira situação vivenciada nos serviços de saúde “solicitação de prontuário”.

No primeiro caso, efetivamente, sendo constatados indícios de infração ética, deverá ser instaurado um processo ético profissional, ainda mais quando do suposto erro (nas espécies negligência, imprudência ou imperícia) tenha decorrido dano ao paciente.

Entretanto, no segundo caso, o que se quer ver garantido é o direito de acesso ao prontuário médico, logo, a tramitação de um longo processo não seria a via mais indicada para a solução da querela. Muito mais efetivo seria o Conselho intervir no sentido de avaliar a questão que suscitou a dúvida no fornecimento da cópia do documento e auxiliar o estabelecimento de saúde na adoção das providências para sua liberação, ou ratificar a sua negativa, o que somente ocorre em respeito ao direito de privacidade do paciente de forma fundamentada.

Aplicada tal orientação, além de solucionar uma questão pontual (direito individual), se estaria qualificando o serviço de saúde para dirimir conflitos futuros (perspectiva coletiva) da resolução de uma contenda.

Estudo realizado do Pará²⁵¹ identifica na organização do Tribunal de Ética daquele Estado a utilização de tarjas, a fim de facilitar a identificação do objeto da demanda e a sua natureza, o que se padronizado nos Regionais poderia auxiliar, inclusive, na verificação daqueles casos passíveis de medidas alternativas para solução de conflito, através da composição.

Na hipótese do estabelecimento de saúde se mostra contumaz nesta prática, caberia sim, a instauração de um processo ético profissional em desfavor de seu Diretor Técnico, mas sendo tal alternativa a última via, porquanto uma punição do médico responsável não garante o acesso.

Nesta direção caminha a constatação da diversidade de supostas infrações éticas que, culminando com a absolvição do profissional processado, deixa a sensação de que inapropriada a sua instauração.

João Batista Gomes Moreira²⁵², observando o ambiente em que viceja o direito disciplinar, salienta a supremacia especial para justificar a existência de sanções independentes nas esferas administrativas daquelas propriamente previstas pelo direito penal, uma vez que na norma penal se tutela o interesse geral da sociedade e na norma disciplinar o que se tem em mente é a regularidade da administração (autotutela) no desempenho de sua função.

A realidade mudou, a conformação processual mudou, logo, não se pode conceber que entidades autárquicas, no exercício de sua função disciplinar, mantenham-se recalcitrantes quanto a sua função normativa e a adequação constitucional de tal procedimento.

Nesta senda, ainda é necessário fazer breve referência à limitação das sanções previstas pela lei vigente, quais sejam: advertência confidencial, censura confidencial, censura pública, suspensão do exercício profissional por até 30 (trinta) dias e cassação.

Na pesquisa realizada verifica-se, no resultado dos julgamentos realizados, um significativo número de absolvições e penalidades de caráter

²⁵¹ SILVA, José Antônio Cordero, et. al. Sindicâncias e processos ético-profissionais no Conselho Regional de Medicina do Pará: evolução processual de 2005 a 2007. **Revista Brasileira de Clínica Médica**, São Paulo, n. 8, p. 20-24, 2010.

²⁵² MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 206.

sigiloso, sendo possível apontar para uma impropriedade na instauração dos processos.

Se a conclusão, entretanto, fosse de mero “corporativismo”, ou seja, em que pese subsistir a infração, o “espírito de corpo” inviabilizasse a sanção, sequer haveria a necessidade de se aventar possibilidades para uma maior efetividade das atividades desenvolvidas por estes entes, cabendo se caminhar para sua extinção.

Anteriormente, já se discorreu acerca das sanções e de sua aplicação, inclusive, quanto à constitucionalidade de sanções sigilosas, nesta esteira, imprescindível reflexão se impõe quanto à pertinência na instauração do processo ético-profissional.

Neste ponto, interessante contribuição traz Lyotard²⁵³, ao observar a importância da tradutibilidade dos resultados em *performances*.

Mas é verdade que o desempenho, aumentando a capacidade de administrar a prova, aumenta a de ter razão: o critério técnico introduzido brutalmente no saber científico não deixa de ter influência sobre o critério de verdade. O mesmo poderia ser dito da relação entre justiça e desempenho; as chances de uma ordem ser considerada justa aumentariam com as chances dela ser executada, e estas com o desempenho do prescritos.

Refere ele, que o “controle do contexto”, isto é a melhoria das *performances* realizadas contra os parceiros que constituem este último poderia valer como uma espécie de legitimação.

O que parece uma proposta “*contra legem*”, acredita-se que, em breve, será considerada uma obviedade, afinal, dia a dia a força da constituição vem mostrando-se pujante no sentido de afastar a visão liberal²⁵⁴, apontada no contexto atual como conservadora.

²⁵³ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p.83-84.

²⁵⁴ Na ADC 12-MC/DF que analisou a Resolução 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, conhecida pela vedação ao nepotismo, o Ministro Eros Roberto Grau, em seu voto, após discorrer acerca da reserva da lei e reserva da norma afirma: “Já é tempo de afastarmos as concepções que os liberais no século XIX nutriam a respeito dos regulamentos, das quais muitos dos nossos publicistas ainda hoje fazem praça. A classificação das funções estatais segundo um critério material – função *normativa*, função *jurisdicional* e função *administrativa* – ainda não chegou aos ouvidos dessa gente, o que faz crer que não há ninguém mais conservador do que um liberal [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC 12/DF. Relator: Min. Carlos Brito. Brasília, 20.08.2008. DPJ 18.12.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

Certo que outras tantas considerações poderiam ser formuladas diante dos dados examinados e da dificuldade de predeterminação de todas as situações possíveis, uma constatação se mostra inevitável, a estrutura dos Conselhos demanda uma reformulação.

5. DA ÉTICA DA CONSERVAÇÃO À ÉTICA DA TRANSFORMAÇÃO

Definir palavras que guardam relevância para a construção de um pensamento é condição para a sua compreensão, tendo caráter propedêutico as considerações a seguir expostas acerca do termo *ética*.

Chaim Perelman²⁵⁵ alerta para a confusão de sentidos advinda do conteúdo emotivo de algumas palavras, dentre as quais, pode ser incluída a *Ética*:

Com efeito, quanto mais uma noção simboliza um valor, quanto mais numerosos são os sentidos conceituais que tentam defini-la, mas confusa ela parece. A tal ponto que nos perguntamos às vezes, e não sem razão, se o sentido emotivo não é o único que define estas noções prestigiosas e se não temos de resignar-nos de uma vez por todas à confusão que se pretende ao sentido conceitual delas.

Todavia, não se pode permitir confusão conceitual. Diversas²⁵⁶ são as abordagens encontradas sobre a terminologia ética e moral, que, sob o ponto de vista semântico, carregariam idêntico conteúdo. Este não é o único critério para determinar o significado das palavras. Ao longo da história, tais significantes vêm sendo utilizados com significados distintos.

Três tipos de saber ético merecem destaque, nesta quadra: a ética descritiva, que pressupõe o fato moral; a normativa, que consiste em juízos prescritivos ou normas morais, formando sistemas ou códigos éticos; e a filosófica, nesta última, encontra-se a epistemologia moral, que consiste “na reflexão crítica sobre os fundamentos e a coerência do sistema normativo”²⁵⁷.

Ciente do ceticismo que envolve a epistemologia moral e tenta descredibilizar a possibilidade de qualquer conhecimento moral, Robert Audi²⁵⁸

²⁵⁵ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução Maria Ermanita Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 06.

²⁵⁶ Interessante a distinção que aproveita para as reflexões trazidas por esta pesquisa entre vida moral (moral vivida) e o saber moral (moral refletida). A vida moral é uma realidade temporal, dinâmica. [...] A biografia moral de cada sujeito é o conjunto de acontecimentos que vão dando forma a seu núcleo oral, ao ethos do sujeito. O saber oral é o conhecimento fundamentado da moralidade, que se chama ética. FERRER, Jorge José; ALVARÉZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. São Paulo: Loyola. 2005, p. 27.

²⁵⁷ FERRER, Jorge José; ALVARÉZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. São Paulo: Loyola. 2005, p. 29.

²⁵⁸ AUDI, Robert. Conhecimento moral e pluralismo ético. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (org.). **Compêndio de epistemologia**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 420.

chega a abordar que para alguns: “os julgamentos morais representam no máximo suposições culturais, não tendo, portanto, relação com a verdade”.

Dentre as diversas possibilidades de classificação, e, tão somente com o objetivo de melhor sistematizar a compreensão do termo, serão referidas as quatro abordagens da epistemologia moral calcadas em teorias historicamente influentes na ética: o empirismo (numa versão utilitarista), racionalismo, intuicionismo e não cognitivismo, ressaltando a possibilidade trazida pelo autor²⁵⁹ de combinar a ética das virtudes a qualquer uma delas.

O empirismo utilitarista²⁶⁰, baseado na experiência, traz a epistemologia moral como fórmula que examina a correção de uma ação na medida em que esta, de qualquer modo, contribui: “na proporção de bem (não moral) para mal (felicidade ou infelicidade, por exemplo) na população relevante (digamos seres humanos) tanto quanto alternativa viável (em que os critérios para viabilidade sejam não-morais).” Acerca do racionalismo kantiano²⁶¹, que tem como base o uso da razão, é apresentada uma leitura do imperativo afirmando que: “devemos agir somente baseados naqueles princípios que podemos (racionalmente) desejar que sejam leis universais da natureza (dessa forma obedecidas por todos nós).”

O intuicionismo²⁶², apontado pelo autor como a mais promissora teoria, compartilha com o kantismo um comprometimento com o racionalismo, mas pode também ser visto como empirista. Afirma que ao defender um juízo factual: “em determinado momento, posso ser igualmente incapaz de dar uma nova justificação, o que não significaria que o juízo que defendo não expresse conhecimento ou crença justificada.” Considerando o compromisso geral da maioria, apresenta o fundacionismo epistemológico²⁶³, como espécie de intuicionismo, e acrescenta que:

o apelo ao que é auto-evidente pode ser garantido quando chegamos a certos estágios num processo de justificação, pois eles acreditam que algumas crenças (incluindo muitas que não possuem proposições auto-evidentes como objetos) são fundacionais de modo que seja garantido sustentá-las sem premissas prévias.

²⁵⁹ AUDI, Robert. Conhecimento moral e pluralismo ético. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (org.). **Compêndio de epistemologia**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 421.

²⁶⁰ Ibidem, p. 421.

²⁶¹ Ibidem, p. 423.

²⁶² Ibidem, p. 427.

²⁶³ Ibidem, p. 428.

Diante da possibilidade de questionamento às abordagens da epistemologia da moral até então apresentada, o autor propõe a aplicação da ética das virtudes, tendo como paradigma a teoria moral de Aristóteles para afirmar como pressuposto universal: “que o agente virtuoso é aquele que possui conhecimento ético apropriado para o exercício da virtude.”²⁶⁴ Segundo o autor, para Aristóteles, a ética tem relação direta com o caráter e não como comumente entendido como o bem e o mal, certo ou errado. Ele afirmaria que há um valor prático em reconhecer a mediania das virtudes, salientando a importância da justiça, adotando a possibilidade de censura e conclui afirmando que estas qualidades da mente podem ser mantidas e encorajadas através da legislação. O caráter compreendido pela ética aristotélica é aquele reconhecido em seu caráter estritamente moral, em outras palavras²⁶⁵:

a disposição fundamental de uma pessoa diante da vida, seu modo de ser estável do ponto de vista dos hábitos morais (disposições atitudes, virtudes e vícios) que a marcam - que a caracterizam – e lhe conferem a índole peculiar que a distingue.

Ainda no estudo da epistemologia moral, há que se tratar do não cognitivismo. Este compreendido de uma maneira ampla traz os juízos morais, incluindo princípios morais, bem como juízos morais de ações particulares que: “não são nem verdadeiros nem falsos, mas juízos que expressam atitudes pró ou contra, ou atitudes de comprometimento com as normas.”

Constatadas as correntes existentes acerca da epistemologia moral, necessário fazer um corte metodológico, para se ater a discussão da ética na sua vertente normativa, examinando os limites da deontologia, que se potencializa, sob a ótica da conservação.

Deste modo, mesmo que sucintamente, será feito um percurso pela ética profissional, como ética normativa, para que seja possível defini-la explicitando a existência de um universo que lhe pertence e está apto a promover transformações que surgem no momento atual, em oposição a raízes conservadoras, que, por vezes, às tornam inefetivas.

²⁶⁴ AUDI, Robert. Conhecimento moral e pluralismo ético. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (org.). **Compêndio de epistemologia**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 429.

²⁶⁵ FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. São Paulo: Loyola. 2005, p. 25.

5.1 A DEONTOLOGIA E SEUS MECANISMOS DE CONSERVAÇÃO

A ética profissional é uma parte da ética aplicada voltada para a regulação das relações laborais e uma das questões a ser enfrentada nesta área é a aplicação da codificação ética. José Geraldo de Freitas Drumond²⁶⁶, examinando a ética médica, afirma que: “A deontologia – teoria do dever – é o novo estatuto da moral, separada da ontologia – a teoria do ser”. E continua salientando ser esta ética profissional um produto ideológico do positivismo, logo, uma ética positiva, que substituiu o papel da metafísica e da religião no sistema normativo, surgindo como disciplina.

Registros históricos já referidos apontam para uma regulação da medicina desde seus tempos mais remotos. Entretanto, digno de nota, ressaltar que o termo “ética médica” foi cunhado por Thomas Percival²⁶⁷ em 1803, através da obra “*Medical Ethics: a code of institutes and precepts adapted to the Professional conduct of physicians and surgeons*”, a quem coube o mérito de promover a transição da hegemônica tradição hipocrática para uma ética menos doutrinária e mais normativa, como representação daqueles fundamentos. Percival, graças à referida obra, ficou conhecido como aquele que escreveu, pela primeira vez, o código de ética médica, nos moldes vistos na atualidade.

Hans Jonas²⁶⁸ observa os limites das éticas tradicionais que defendem a imutabilidade da condição humana e diante disto a possibilidade de determinar sem dificuldades o bem humano como se o alcance da ação do homem e a sua conseqüente responsabilidade estivessem delimitadas. Defende a existência de um novo poder que estas ações trazem, impondo alterações na natureza da própria ética.

A medicina tem observado que o conhecimento necessário para a sua prática vai além do corpo humano e de suas partes. Após ter trilhado um

²⁶⁶ DRUMOND, José Geraldo de Freitas. A História da Ética na Medicina. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena; LANA, Roberto Lauro. **Direito médico implicações éticas e jurídicas da prática médica**. Rio de Janeiro: Lumem Iuris. 2009, p. 37.

²⁶⁷ NEVES, Maria Patrão. Thomas Percival: Tradição e Inovação. **Revista Bioética**. Brasília, v. 11, n. 1, p. 11-22, nov. 2003.

²⁶⁸ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução original alemão Marijane Lisboa e Luis Barros Montez. Contraponto. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2006.

incessante caminho para a especialização desta ciência, que culminou com a adoção do modelo flexneriano²⁶⁹ de ensino médico, vive um momento de retomada de valores e percepção da necessidade de conhecimentos e métodos, antes relegados à área das chamadas humanidades.

Assim a medicina evoluiu muito no último século e os avanços da ciência e da tecnologia trazem novas questões que pugnam por solução, devendo reconhecer-se as limitações das respostas dogmáticas e do procedimento estático da subsunção do fato à norma no momento atual, impondo-se a busca por meios mais efetivos para dirimir os conflitos que lhes são apresentados.

Agora, o paciente é sujeito de direito e a medicina, muito mais que uma ciência produtora de verdades absolutas, que deveriam apenas ser aceitas, passa a necessitar de conhecimentos humanísticos para dar conta das responsabilidades sociais as quais está exposta.

O conceito de saúde amplia-se, o paciente não é mais um objeto portador de um defeito (doença) que deverá ser restaurado para possibilitar seu retorno à sociedade sadia²⁷⁰. O médico que detém o conhecimento deve compartilhá-lo com o paciente, que tem não só este direito, como também o de transformar as possibilidades em práticas validadas para o caso concreto, através do seu necessário consentimento.

²⁶⁹ Abraham Flexner foi o autor do conhecido Relatório Flexner (1910), que é apontado como responsável pelas mudanças do ensino médico nos EUA com profundas implicações para formação médica em todo o mundo. Considera a doença como processo natural e biológico e o hospital como a principal instituição de transmissão de conhecimento médico. À faculdade compete o ensino das áreas básicas como anatomia, fisiologia e patologia e a parte teórica das especialidades. O chamado modelo flexneriano é o retrato do momento de racionalização que atinge o Ocidente, adotando o método científico como forma legítima de produção de conhecimento. O social, o coletivo, o público e a comunidade não contam para o ensino médico e não são considerados implicados no processo de saúde-doença. PAGLIOSA, Fernando Luiz; DA ROS, Marco Aurélio. O Relatório Flexner: Para o bem e para o mal. **RBEM**: Revista Brasileira de Educação Médica, Rio de Janeiro, RJ, v. 32. n.4, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbem/v32n4/v32n4a12.pdf>> . Acesso em 20 nov. 2010.

²⁷⁰ A idéia de mundos distintos entre doentes e sadios é retratada por Susan Sontag, sendo interessante registrar seu pensamento a respeito destas realidades e de uma espécie de cidadania distinta, porquanto o direito deve saber transitar nestes universos, auxiliando nas reflexões necessárias para sua aproximação. Afirma a autora: "A DOENÇA é o lado sombrio da vida, uma espécie de cidadania mais onerosa. Todas as pessoas vivas têm dupla cidadania, uma no reino da saúde e outra no reino da doença. Embora todos prefiram usar somente o bom passaporte, mais cedo ou mais tarde cada um de nós será obrigado, pelo menos por um curto período, a identificar-se como cidadão do outro país". SONTAG, Susan. **Doença como metáfora**. Tradução Márcio Ramalho. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

Hartmut Kress apresenta o problema da atualidade no que pertine à ética médica²⁷¹:

Aprender a lidar de modo humano com a biomedicina e a biotecnologia e desenvolver critérios de responsabilidade ética para isso representa uma pedra de toque ética para a cultura de hoje e o estado de direito; a capacidade de aprendizado cultural e social neste caso está diante do desafio da prática.

Os novos conflitos da medicina estão postos, sendo uma questão de relação consigo, com seus pares, com outras profissionais e com o paciente. Na era da informação, a questão posta é de comunicação.²⁷²

Fábio Konder Comparato²⁷³ observa que, como autêntico demiurgo, o ser humano modela o mundo circundante a sua imagem e semelhança, para o bem e para o mal, apontando como sendo este um dos principais, senão o principal problema ético na atualidade.

Dwight Furrow²⁷⁴, examinando a ação moral, entende que o agente moral seria aquele habilitado a tomar decisões morais e agir de acordo com elas. Saliência, contudo, a existência de um interesse próprio que perpassa esta conduta e poderá desembocar no egoísmo ético que: “diz que devemos fazer sempre o que atende ao nosso interesse próprio e nunca temos obrigação de por o interesse de outros diante do nosso”. Constatar este ponto de entrave no tratamento dado às questões éticas pelos Conselhos de Medicina pode levar o egoísmo ético a ser compreendido como espírito de corpo, sendo o corporativismo uma espécie de tradição que se constitui em obstáculo a efetivação da deontologia.

Interessante a manifestação do Ministro Gilmar Mendes²⁷⁵, acerca do funcionamento das Corregedorias nos Tribunais locais, proferida durante o julgamento da ADI 4638 Referendo-MC/DF, já citada neste trabalho, e que trata da possibilidade de regulamentação de processo disciplinar pelo Conselho Nacional de Justiça:

²⁷¹ KRESS, Hartmut. **Ética Médica**. Tradução Hedda Manina. São Paulo: Loyola, 2008.

²⁷² LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p. 6.

²⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno**, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 21.

²⁷⁴ FURROW, Dwight. **Ética: conceitos-chave em filosofia**. Tradução Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 22.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4638/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Informativo 653. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

"Até as pedras sabem que as corregedorias não se mexem quando se trata de investigar os próprios pares. Determinar que o processo de investigação comece na corregedoria do tribunal é transformar o CNJ em órgão de fiscalização das corregedorias, e isso é um esvaziamento do órgão".

Reconhecer o corporativismo como ponto negativo que imobiliza as Corregedorias traz questionamento acerca da manutenção destas estruturas correicionais e, nesta linha, leva à reflexão sobre a atividade judicante dos Conselhos de Medicina. Longe de ser uma proposta, porquanto, não se propõe neste trabalho a desconstrução da estrutura posta, questionar a sua manutenção sinaliza a necessidade de sua adequação ao novo momento, que inadmite uma máquina estatal sem efetividade²⁷⁶.

A deontologia, neste panorama, espelha o positivismo²⁷⁷ e já se sabe que este não é suficiente para dirimir conflitos da sociedade atual. Boaventura de Souza Santos²⁷⁸ esclarece ainda que no paradigma dominante o conhecimento baseado na formulação de leis tem como pressuposto metateórico a idéia de ordem e de estabilidade do mundo, acreditando que o passado repete no futuro.

A ética da conservação, nos termos adotados nesta quadra, pode ser compreendida como aquela que, engessada num modelo eminentemente sancionador, busca, através da codificação, proceder a estrita subsunção de fato à norma, sem adotar padrões dialógicos de solução de conflito nem se preocupar com o seu desempenho, sendo a expressão do positivismo.

Ademais, O código de ética assumido coletivamente por uma categoria profissional como parte do ordenamento jurídico e, ainda, como um compromisso formal com sociedade de assim proceder no exercício da profissão, traz, no prato oposto da balança, uma natureza também defensiva e disso não se pode olvidar.

²⁷⁶ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p. 6-7.

²⁷⁷ Compreendido aqui como a expressão do direito através da norma prescritiva com relação de imputação entre o ilícito e a sanção, traz uma aplicação subsuntiva, o positivismo é a concepção do direito na qual este deve ser "encarado como norma, jamais como fato social ou como valor transcendente". CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 76-77.

²⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p.30.

Reconhecer o espírito de corpo não deve inviabilizar a atuação dos Conselhos, mas auxiliar nas reflexões propostas. A complexidade na formação desse espaço é encontrada, com precisão, no comentário aos Anais do Congresso Nacional de Práticos²⁷⁹, quando analisa o discurso médico, em 1922, demonstrando a carga ideológica que compõe uma corporação:

[...] são compostos de mais de seiscentas páginas datilografadas de documentos escritos. De palavras. Palavras que serão analisadas como expressão de interesses corporativos e particulares. Palavras que se traduzem em estratégias políticas e ideológicas. Palavras que promovem reflexões. Que revelam o quanto a corporação presta solidariedade recíproca e, ao mesmo tempo, o quanto ela concorre entre si por clientes, prestígio e autoridade. Palavras que demonstram identidades profissionais distintas, concorrentes e por vezes antagônicas.

Impende salientar os limites do discurso e do funcionamento do sistema judicante hipertrofiado, uma vez que o poder calcado na repressão torna-se frágil, devendo a interpretação dada às atribuições destes entes patrocinar o aflorar de outros discursos, mais democratizados e eficazes, nos quais o poder trazido pela indisponibilidade do interesse público produza o saber. Nelson Cerqueira²⁸⁰ encontra dimensão do poder que se reconhece positiva quando não é exercido de forma centralizada:

“A verdade é que o poder reprime e fortalece as idéias, sendo às vezes centralizado e intencional e, ao mesmo tempo, difuso e impessoal. O fato de o poder abrigar conspirações, estratégias auto-reguladoras, obrigando a defender-se uma posição hoje, mas ser obrigado a rejeitá-la amanhã, como no caso de Lukács e muitos outros socialistas e não-socialistas, deve ser entendido dentro de uma contextualização e a partir de uma visão irônica do que significa pluralidade e heterogeneidade. O crítico que defende uma posição monista também se alia a um poder absolutista. O poder exerce uma dimensão positiva quando não é centralizador nem hegenômico, quando se aproxima do que Michel Foucault denominou de poder autêntico, onde “as leis do estado e as leis do coração, por fim, se apresentam de forma idênticas”.

Os centros produtores de direito, com especial atenção, os estatais que se mantiverem herméticos e conservadores terão dificuldade para pacificar as relações sociais.

²⁷⁹ PEREIRA NETO, André de Faria. **Ser médico do Brasil: o presente no passado**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001, p. 23.

²⁸⁰ CERQUEIRA, Nelson. **A crítica Marxista de Franz Kafka**. Salvador: Cara, 2005, p. 168.

Possível concluir, portanto, que o modelo estatal sancionatório pugna por uma nova concepção da atividade colegiada, visando alcançar uma produção efetiva do direito estatal, repensando o discurso existente e as sanções previstas.

Um estudo deste tipo, sem pretensões de ser exaustivo, levanta dúvida quanto às normas deontológicas. Se, seriam elas definidas através da auto-regulação, correspondendo a normas observáveis e presentes na prática cotidiana, sendo, por conseguinte, exigíveis e servindo de norte para uma maior qualidade no exercício da profissão ou seriam apenas carta de intenções, pretexto para manutenção da estrutura posta, tendo no exercício profissional da maioria a demonstração de seu distanciamento com a realidade.

Adota este estudo a idéia de que seriam normas observáveis e presentes na prática cotidiana, sendo, por conseguinte, exigíveis, em que pese, adiante sugerir uma revisão do arcabouço normativo existente e propor alternativas para sua aplicação, numa perspectiva mais adequada ao momento de transição vivenciado pelas estruturas de poder e a sociedade.

Alfim deve ser observada a finalidade da deontologia não na sua vertente eminentemente conservadora, mas como instrumento importante para se alcançar a transformação da postura adotada, no caso analisado, por uma categoria profissional em face da pós-modernidade e de suas demandas.

5.2 OS DESAFIOS A CAMINHO DA FLEXIBILIDADE DEMOCRÁTICA

A flexibilidade democrática é apontada como o caminho a ser seguido pelos Conselhos de Medicina, atendendo a uma “tendência de aproximação e entrelaçamento do Estado com a sociedade e o conseqüente surgimento da administração democrática”²⁸¹. A flexibilidade não deve ser um conceito aplicado sozinho, para que não sucumba à tentação do arbítrio e com ele cometam arbitrariedades. O termo foi propositalmente adjetivado, ou melhor dizendo, ganhou um significado, afinal a flexibilidade democrática deverá atender as características desta última.

²⁸¹ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 18.

A democracia²⁸² é pluralista, não sendo a dona da verdade única, traz possibilidades de atuação para as estruturas de Estado ainda tão apegadas, regra geral, ao positivismo fundado no racionalismo cartesiano. Verifica-se, então, a necessidade de perquirir o papel destes entes que não podem se reduzir a instâncias fiscalizadoras e sancionadoras das práticas profissionais, porquanto este não é o modelo atual do melhor direito produzido pelo Estado.

Considerando os Conselhos como espaço de produção da ética profissional, pertinente trazer as reflexões de Foucault²⁸³ acerca das heterotopias, traçando um paralelo para definir o seu papel da estrutura social brasileira. Apesar das redes de saberes que auxiliam na delimitação e formalização dos espaços, estes ainda se encontram na ordem do sagrado, regidos por toda sorte de dicotomia.

Foucault²⁸⁴ destaca a existência de dois sítios que se encadeiam, mas contradizem os outros. As utopias, espaços sem lugar real, que tem uma relação invertida com espaços reais da sociedade, e o outro, denominado de heterotopia. São estes espaços reais formados na fundação da sociedade, nos quais todos os outros sítios reais desta cultura podem ser encontrados, “sendo, simultaneamente, representados, contestados e invertidos”. Ainda observa que a heterotopia poderia ser de crise ou de desvio, sendo a primeira “lugares privilegiados ou sagrados ou proibidos, reservados a indivíduos que estão, em relação à sociedade e ao ambiente humano que ocupam, numa situação de crise”, e a segunda: “aquelas nas quais os indivíduos, cujos comportamentos são desviantes em relação à norma ou média necessárias, são colocados.”

O Tribunal de Ética Médica poderia ser entendido como heteropia de crise, na medida em que são espaços reais, com função própria, admitidos na sociedade atual, reservados àqueles que estão numa situação de crise, no

²⁸² MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 18

²⁸³ FOUCAULT, Michel. Outros espaços. In: Conferência proferida no Cercle d' Études Architecturales. 1967. Disponível em: <<http://dc341.4shared.com>>. Acesso em: 11.dez. 2011.

²⁸⁴ A medida que a história se desenvolve, a heterotopia pode assumir uma função diversa da original, conseguindo sobrepor, num só espaço real, vários espaços, que, por si só, seriam incompatíveis. Tem um caráter temporal de definitude, podendo sua entrada ser ou não compulsória, mas não acessível como um lugar público e, por fim, tem como função criar um espaço ilusório ou compensatório, no qual se prima pela busca da perfeição. Foucault trata dos bordeis, cemitérios, colônias e navios, mas em extensão ao seu pensamento é possível observar a estrutura dos Conselhos que ocupam espaços reais e devem refletir como ocupá-los de forma mais efetiva possível, para não se concluir serem estas verdadeiras utopias.

caso, deontológica, havendo também uma característica heterotopia de desvio. Na esteira do pensamento foucaultiniano, é possível observar que devem ser mais explorados seus vários sítios coexistentes, não só aquele afeito à aplicação de penalidades.

Em que pese poder assumir função diversa da que tem sido mais alimentada, que consiste basicamente em vigiar e punir, ainda se mostra tímido este outro foco de atuação. O problema ou a solução não está em ser parte do poder estatal, mas na forma como os Conselhos de Medicina devem exercer este poder numa dimensão positiva.

A atuação destes organismos não se mostra compatível com a proposta trazida pela pós-modernidade, e esta realidade pode ser atribuída em grande parte ao discurso jurídico eminentemente sancionador desenvolvido para a fiscalização do exercício profissional.

Dworkin²⁸⁵ lembra que, às vezes, os juristas lidam com problemas sobre os quais não há consenso geral quanto ao modo de proceder, exemplifica com questões atinentes à conflito ético quanto ao conteúdo equânime de uma norma. O conflito ético referido está para além da deontologia, norma jurídica da qual tem se incumbido os Conselhos de Medicina de produzir, inclusive, no que tange à ênfase dada a garantia através da coercibilidade.

Marcelo Neves, ao tratar do direito como fator social, ressalta duas funções básicas: a conservadora que corresponde ao aspecto estático da realidade social e a transformadora correspondendo ao aspecto dinâmico desta realidade.²⁸⁶

Com isto, o direito não deve ser entendido como obstáculo para a transformação social, o que se objetiva é encontrar mecanismos para sua efetivação. Pode ser definido como elemento de conservação das estruturas sociais, neste caso, seria sinônimo de lei, ou como instrumento de transformação da sociedade, numa perspectiva de direito correspondendo à justiça, destinado a ordenar a convivência e o desenvolvimento do povo.

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2002, p. 01.

²⁸⁶ NEVES, Marcelo. **O Direito como fator de desenvolvimento**. Revista do Instituto de Advogados de Pernambuco, Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches, 1990, p. 115.

A elaboração e sistematização do conjunto de normas que objetiva expressar a percepção ética do exercício de uma profissão traz uma série de reflexões internas e externas acerca daquela atividade, seus princípios, seus objetivos, modo de atuação, dimensionando a sua função social e contribuindo para nortear, em situações concretas, a atuação profissional.

Merece comento as críticas trazidas por Eduardo Novoa Monreal²⁸⁷ no que pertine à legislação e à sua compreensão hermética:

Deste modo, a legislação destinada a ser conhecida, entendida e, em conseqüência, respeitada por todos os cidadãos, sofre uma deformação monstruosa: converte-se num ditame hermético, passa a constituir um artifício para o cidadão honesto, disposto a acatar tudo aquilo que a autoridade legítima lhe possa reclamar. Ademais, seu conhecimento se transforma em injustificada fonte de lucro para o privilegiado que, por qualquer razão, consegue especializar-se em um setor de seus domínios.

A ética profissional não está livre de amargar de tal mazela, sendo as normas deontológicas, de certo modo, herméticas, e quando eminentemente teóricas e verticalmente produzidas espelham a conservação que deformam a sua proposta.

Nesta esteira, Marcelo Neves²⁸⁸ traz a concepção de legislação simbólica como problema específico do sistema jurídico:

Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica. Porém o problema da legislação simbólica é condicionado estruturalmente, sendo antes de se falar em interesses sociais que a possibilitam do que de vontade ou intenção do legislador.

A idéia de legislação simbólica como posta compreende este simbolismo, em certa medida, como um problema, em que pese salientar que não há impedimento real para que se produza intencionalmente normas desta natureza.

A legitimidade da legalidade expressa através da deontologia, como afirma Habermas²⁸⁹: “deve-se a um cruzamento, entre procedimentos jurídicos

²⁸⁷ MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 46.

²⁸⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**: estudos preliminares e aditamentos. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Piaget, 1992, p. 34.

e uma argumentação moral que obedece, unicamente, a sua própria racionalidade de procedimento”.

Dessarte, mesmo que se considere o consenso habermasiano como um estágio da discussão ética²⁹⁰, é possível, acolhendo-o como horizonte, compreender o cruzamento entre procedimento e argumentação como desafio a ser enfrentado na construção de normas éticas que tenham cunho transformador.

A idéia de compreensão de Gadamer²⁹¹ e da sua importância para o “cumprimento de ordens” se dá na medida de sua aplicação a situação concreta. Desta forma aduz:

Evidentemente a compreensão se mede segundo um padrão que não se encontra na literalidade da ordem nem na real intenção de quem a dá, mas unicamente na compreensão da situação e na responsabilização daquele que obedece. [...] Executar ordens recebidas, de maneira que se cumpra a sua literalidade, mas não o seu sentido, é um ato que se reveste de um caráter de travessura. Por isso não há dúvida de que o receptor de uma ordem tem de levar a cabo um certo desempenho produtivo da compreensão do sentido.

Assinale-se que os Conselhos de Medicina são produtores de direito, no entanto, diante de uma perspectiva cultural e multifacetada, seu caminho, não pode ser meramente formalista, porquanto, se assim for, se manterá afastado da própria justiça.

É possível reconhecer ordens, ou melhor, disposições normativas como um dos produtos do direito e a forma de manejo destas é que poderá definir a força atribuída ao próprio direito.

A percepção de justiça se apresenta de maneira rica nas diversas teorias e estudos sobre o termo, o que não comporta ser examinado neste trabalho.

Pertinente, no entanto, para o que se propõe refletir, citar a idéia de Derrida²⁹² acerca do “fundamento místico” da autoridade das leis e sua distinção do direito e da justiça afirma:

²⁹⁰ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p. 111.

²⁹¹ GADAMER, Hans George. **Verdade e Método I - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flavio Paulo Meuer.. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 438.

²⁹² DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010, p. 21.

A justiça do direito, a justiça como direito não é a justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade. A palavra “crédito” porta toda a carga da proposição e justifica a alusão ao caráter ‘místico’ da autoridade. A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento. Esse ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional. E ainda resta pensar no que significa crer.

Aponta²⁹³ o direito como desconstruível seja por ser construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis, seja porque seu fundamento último, por definição não é fundado. Tal compreensão traz a chance política de todo progresso histórico, sendo “a desconstrução a justiça”.

Este trabalho defende a idéia de desconstrução, não da Ética, mas da deontologia, sob o prisma da conservação, que se apresenta de forma inadequada e, por isso, distanciada daqueloutra e da realidade.

Com o intuito de compreender a face transformadora dos Conselhos, necessário assimilar a existência de um campo da ética e sua aplicação para além da deontologia, a fim de obter uma efetiva solução das questões que envolvem a profissão, e, mesmo quando esta couber, que seja, para além da mera subsunção. Por sua vez, a ética da transformação é aquela que se percebe como pertencente ao direito positivado, diante da sua redução a norma jurídica com característica de imperatividade e mecanismos de garantia, no entanto, busca aprimorar as formas de garantias desde a criação das normas até sua aplicação por meio de mecanismos que otimizem o desempenho da atividade profissional e a aprimorem a qualificação humanística daqueles que a exercem.

Este é o desafio da função educativa da deontologia: saber conjugar realização e controle sem perder de vista a necessidade de mudanças sociais para alcançar a ética da transformação, que promove adequações diante da mutabilidade da realidade. Para tanto, esta proposta tem o condão de

²⁹³ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010, p. 27.

acompanhar as modificações dos valores sociais e a forma de se relacionar com o novo, reposicionando o papel da coerção.

Este entendimento se coaduna com o discurso ético jurídico da atualidade, que transcende a ética da conservação, reconhecendo uma ética da transformação a qual se faz efetiva pela contribuição para a mudança da realidade posta. Esta “nova” ética que se estabelece pela utilização de novos recursos para legitimar a aplicação dos ditames éticos será adequadamente considerada não só como norma deontológica, mas em sua dimensão axiológica, na medida em que para possibilitar o processo de transformação traz, em seu bojo, a idéia intrínseca de valor que potencializa a sua essência.

Destarte, o maior desafio para a implementação de medidas visando a produção efetiva do direito estatal, para legitimar o papel dos Conselhos como autoridade em matéria deontológica perante a categoria profissional e a sociedade e, assim, alcançar a ética da transformação, é fazer os atores sociais entenderem a premência de tal salto.

5.3 A ÉTICA PÓS MODERNA E A PERSPECTIVA DE TRANSFORMAÇÃO

A pós-modernidade vem sendo reconhecida ao longo deste trabalho como o momento no qual, sem respostas prontas e definitivas, vive-se, na atualidade, um tempo de transição. Ao examinar a condição dos saberes nas sociedades mais desenvolvidas, Lyotard²⁹⁴ traz um panorama da pós-modernidade como um tempo em que seria não só a ciência, mas, também, as instituições incapazes de buscar a legitimação em discursos filosóficos. O recurso aos grandes relatos está excluído, não sendo o caso, para o autor, de recorrer à dialética do Espírito ou mesmo à emancipação da humanidade para a validação do discurso pós-moderno.

Necessário reconhecer a questão posta na sociedade atual pela força do componente comunicacional, onde a linguagem adquiriu uma nova

²⁹⁴ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p.111.

importância. Para Jean François Lyotard²⁹⁵: “seria superficial reduzir à alternativa tradicional da palavra manipuladora ou da transmissão unilateral de mensagem, por um lado, ou da livre expressão ou do diálogo, por outro lado”. Segundo ele, o consenso não é senão um estado das discussões e não o seu fim, e, neste ponto, faz uma crítica direta a Habermas.

Apesar de afirmar que o consenso é um valor ultrapassado, reconhece que a justiça não o é, e sugere que se deve chegar à prática da justiça de outra fórmula que não seja ligada à do consenso. A reflexão de Lyotard posiciona o momento atual como sendo de transição e compreende o consenso como um estágio da discussão ética e não sua finalidade, até porque utópico depositar nos jogos de linguagem prescritivos a responsabilidade de no seu procedimento alcançar sempre o consenso como resultado, este dado presta-se a caracterizar o momento de transformação ética proposto.

E neste ponto, a heterogeneidade dos jogos de linguagem vislumbra a dificuldade de igualar as questões e as relações, bem como a limitação espaço-tempo dos procedimentos adotados. Isto é, se o consenso existir, este ocorrerá naquele local e entre aqueles participantes, devendo ainda se ater à compreensão de que “jogos de linguagem serão jogos de informação completa no momento considerado” e de que “as disputas serão constituídas por conhecimento (ou informações) e a reserva de conhecimentos, que é a reserva de linguagem em enunciados possíveis, é inesgotável”.²⁹⁶

Há de convir que uma vivência epistemológica calcada na prática dialógica pode contribuir para um melhor desempenho do indivíduo e dos organismos estatais, sendo a ética profissional um instrumento de compreensão das relações que objetiva regular, o que não pode prescindir de um exercício hermenêutico consciente.

Boaventura de Sousa Santos²⁹⁷ afirma que a exigüidade está inscrita na forma de conhecimento da ciência moderna e com isso ela: “nos ensina pouco sobre a nossa maneira de estar no mundo e que esse pouco, por mais

²⁹⁵ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p.29.

²⁹⁶ Não cabe no presente trabalho discorrer acerca do conceito de consenso trazido por Habermas, sendo acolhido o pensamento de Lyotard em instrumentalizá-lo, porquanto, deste modo já contribui para a construção aqui proposta. Ibidem, p. 120.

²⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 88.

que se amplie, será sempre exíguo [...]”. De outra banda, a ciência na pós-modernidade sabe que somente a configuração de todas as formas de conhecimento é racional. Reabilita o senso comum como “o conhecimento vulgar e prático com que no quotidiano orientamos as nossas ações e damos sentido à nossa vida”, salientando que se interpenetrado pelo conhecimento científico pode o senso comum estar na origem de uma nova racionalidade.

A velocidade da informação e os avanços tecnológicos passam a fazer parte da experiência humana, subsistindo os grandes temas no campo da ética, sendo examinadas novas formas de serem abordadas tais questões.

Neste contexto, encontra-se a ética da transformação, denominação dada à ética aplicada na pós-modernidade que, inobstante não exauriente na solução dos dilemas da atualidade, reconhece sua normatização como válida, observando o consenso como estágio da discussão, salientando a necessidade de efetividade do seu procedimento de aplicação.

Zygmunt Bauman²⁹⁸ contribui para discussão ao discorrer acerca da ética pós-moderna, título de uma de suas obras, na qual examina a própria perspectiva pós-moderna. Ele teve a cautela de iniciar seu texto registrando a diferença entre ética e moralidade pós-moderna, atendo-se esta última, se fosse o caso, a uma espécie de inventário, o mais compreensivo possível dos problemas morais dos habitantes de um mundo pós-moderno. E ressalta²⁹⁹: “A agenda moral de nossos tempos está cheia de itens em que escritores éticos do passado mal ou sequer tocaram, e por boa razão: em sua época eles não eram articulados como parte da experiência humana”.

Com a moderna prática legislativa, o moderno pensamento ético estaria calcado na universalidade e na fundamentação. A primeira consiste no traço das prescrições éticas que compelem toda criatura a reconhecê-las como direito e aceitá-las como obrigatórias e a segunda significa o poder coercitivo do estado que tornava a obediência às regras como uma expectativa sensata. A modernidade assim permaneceu enquanto não abandonou a crença e o esforço de solucionar os conflitos ainda não resolvidos, mas resolvíveis. O pensamento era alcançar um código de ética não ambivalente e não

²⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

²⁹⁹ Ibidem, p. 5.

aporético³⁰⁰. A crítica trazida pela pós-modernidade está na descrença nessa possibilidade.

Para Baumann³⁰¹: “é a própria modernidade que vai demonstrar (se é que já não demonstrou), e demonstrar além de qualquer dúvida, sua impossibilidade, a vaidade de suas esperanças e o desperdício de seus trabalhos.” E continua³⁰²:

“Tirar a moralidade da couraça rígida dos códigos éticos artificialmente construídos (ou abandonar a ambição de mantê-la aí) significa repersonalizá-la. [...] O que estamos aprendendo, e aprendendo duramente, é que a moralidade pessoal é que torna a negociação ética e o consenso possíveis, e não vice-versa”.

Depreende-se que a pluralidade de caminhos é uma constatação da pós-modernidade, sendo a forma de lidar com esta realidade que definirá a ética da qual se está tratando.

A ética da transformação deita suas raízes no senso comum³⁰³, não para legitimar prepotências, ao invés disso, para encontrar uma proposta de ética condizente com os anseios da atualidade, que apesar de apresentar-se não com o caráter de definitividade, propugna por uma reestruturação na utilização *a priori* dos instrumentos existentes.

O efeito emancipatório do pluralismo leva ao reconhecimento da autonomia do indivíduo, e este é o desafio da codificação ética. A ética profissional deve estar pronta para compreender e acolher esta nova e complexa realidade, não havendo espaço para demiurgos ou egoísmo ético.

No caso da medicina, sua regulamentação ainda guarda outra peculiaridade, podem suas normas se imiscuir no comportamento a ser adotado na prestação de assistência à saúde e na atuação de outros profissionais, o que, em muitos momentos, como já afirmado, pode gerar a interferência dos Conselhos em outras profissões. Tal característica a coloca no limite entre o fortalecimento da medicina no contexto atual, que impõe um

³⁰⁰ Baumann conceitua aporia como sendo uma contradição que não se pode superar, uma contradição que resulta em conflito que não se pode resolver. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p.15.

³⁰¹ Ibidem, p. 15.

³⁰² Ibidem, p.43.

³⁰³ Reconhecendo, aqui, no senso comum a virtualidades para enriquecer a relação com o mundo. SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 88.

efetivo diálogo com a realidade da profissão em todas as esferas da prática médica e o abuso desse poder.

Para a ética da transformação, a forma como se estabelecem as discussões para a definição das normas éticas que serão aplicáveis a determinada profissão, a afinidade destas com o sistema normativo pátrio e a sua força no cotidiano dos profissionais merecem destaque. Ou seja, deve-se pensar na força da norma ética diante da legitimidade nos mecanismos de sua criação e ainda atentar-se para o desempenho da sua aplicação, porque nele encontra-se a razão de existir dos próprios Conselhos e nela identifica-se a afinação com o discurso atual.

Entender insuficiente a codificação ética para resolver questões que envolvem a medicina e as relações médicas cada vez mais complexas, não faz da ética da transformação contrária a deontologia, mas consciente da necessidade de otimização da sua aplicação nos espaços que lhe são pertinentes. Possibilita ainda, a avaliação de meios para implementação de políticas de estímulo ao exercício ético da profissão, através do reconhecimento daqueles que assim procedem, ganhando um contorno positivo.

A força dos Conselhos e de sua codificação estará na interação entre realidade e normatividade, devendo haver, por parte do profissional, disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida, subsistindo, assim, a vontade de concretizar³⁰⁴.

Nesta esteira, a ética da conservação tem sua estrutura calcada na modernidade e a da transformação na pós-modernidade, não devendo ser esta compreendida como pós-deontológica, mas estabelecida num contexto de flexibilidade democrática que demanda características mais propositivas e efetivamente resolutivas no tratamento das questões que lhes são apresentadas.

Tal assertiva traz implicações relacionadas à forma como a realidade passará, então, a ser enfrentada e, longe de ter uma pretensão de exaurir as possibilidades, discorrer-se-á, a seguir, acerca de algumas alternativas que se

³⁰⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21.

apresentam como diretrizes implementáveis para se iniciar o caminho em direção à ética da transformação.

Adequação legislativa - para que os Conselhos possam efetivamente cumprir o papel social, importante o reexame da lei que os criou tanto por ser anterior à ordem constitucional vigente, como pela constatação do aprimoramento da linguagem e dos recursos jurídicos válidos para solução de conflitos que possibilitam outra forma de exercício do poder. A alteração até então ocorrida foi discreta não cuidando, por exemplo, de reestruturar as atribuições e adequar as sanções previstas.

Revisão das Resoluções vigentes – Considerando que as Resoluções regulamentam as mais diferentes questões éticas é premente o reexame e classificação das resoluções entre aquelas de cunho procedimental, técnico e ético, esta última entendida em seu sentido deontológico, como regra de conduta.

Atentando-se para a regulação específica das diversas especialidades médicas reconhecidas, seria recomendável contar com as Câmaras Técnicas dos Conselhos e com as sociedades brasileiras de cada especialidade para atualização de tais normativos que deverá ter publicidade para possibilitar a adesão cultural da categoria. Por mais que a idéia de codificação pareça conservadora, o grande volume de normas esparsas é um dos fortes sinais da inefetividade.

A opção pela auto-regulação profissional deveria garantir um maior conhecimento pela própria categoria profissional das normas que regulam sua profissão, porém o grande número de Resoluções editadas de maneira esparsa e suas alterações constantes dificultam o acesso e consolidação de diretrizes éticas, sendo a consciência da norma um dos pressupostos para a legitimação de sua aplicação. Marca do positivismo, o juízo comum de que faltam normas não corresponde à prática verificada nos Conselhos.

Capacitação do Conselheiro – O múnus de conselheiro é exercido por médicos eleitos por seus pares, o que, de logo, marca uma diferença considerável com o ato judicial³⁰⁵. Na formação médica ainda não se

³⁰⁵ BORDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 14 Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.227-228.

estabeleceu uma cultura ético-profissional o que acarreta certa dificuldade daqueles que, assumindo o encargo, não foram preparados para exercer tal *mister*.

Como já afirmado, em que pese a peculiaridade do papel do Conselheiro, o termo atividade judicante sinaliza que, por analogia, espera-se de um Conselheiro, assim como de um juiz, além do respeito à técnica, postura e conhecimento da norma, o que somente pode ocorrer com uma preparação ou treinamento.

Como membro de um Tribunal, deve ter domínio do rito processual, segurança e clareza na aplicação da norma, respeitando a imparcialidade esperada para todo julgador, para assim transformar a dimensão simbólica arraigada acerca do papel desempenhado.

Valorização da instância ética – no processo transformador da ética, não se conclui pela supressão da instância administrativa nos moldes postos, mas pela sua reestruturação diante de um novo tempo. A sua perspectiva corporativa não deve dificultar as relações travadas entre o conselho, seus pares e a sociedade e, para tanto, deve ser esclarecido o seu papel e os limites de sua atuação. Se a dificuldade de funcionamento das estruturas correcionais é difundida na sociedade, os atores sociais envolvidos devem reverter esta descrença se pretendem a manutenção destes espaços.

Compreensão da interdependência do Código de Ética Médica e do Código de Processo Ético Profissional para efetividade da atuação dos Conselhos – As normas éticas que se prestam a transformar a conduta do profissional e sua própria concepção da profissão não podem cingir-se a prescrever regras de conduta. Fazem parte deste arcabouço normativo também as normas de natureza processual, uma vez que o procedimento a ser adotado e seu alinhamento com o ordenamento jurídico pátrio dão o matiz da transformação esperada. Assim, há uma interdependência entre o plano material e processual, não sendo o processo livre do direito material e vice versa. Ao invés de ramos jurídicos distintos, estar-se-á diante de um só desiderato, o exercício profissional atendendo aos ditames apresentados pelos Conselhos.

Para a definição legítima dos princípios e regras que regulam eticamente uma profissão, necessário considerar como os profissionais vêm a

si e aos seus pares, como são percebidos pelos demais grupos sociais e ainda como se relacionam com a sociedade, a fim de possibilitar a todos a participação de discursos racionais, uma vez que tal postura dialógica mostra-se um importante instrumento para uma convivência harmônica. Considerando a recente revisão da codificação ética e não se observando na norma material³⁰⁶ o maior descompasso encontrado para a efetividade da atuação dos Conselhos, é prudente recomendar uma maturação de tal norma para que novas adequações possam ser propostas ao longo do tempo, mas não sem antes proceder à revisão do arcabouço normativo das instâncias Federal e Regionais.

Na vertente processual, o tempo é um forte fator a ser considerado no caminho em busca de respostas capazes de exercer influência na realidade confiada as estruturas estatais que fiscalizam o exercício profissional, mas não é somente ele.

A lei traz, ainda, o sigilo processual e sanções confidenciais, que, por si, no caso dos Conselhos de Medicina, apontam para um descompasso com os ditames constitucionais.

Importante, no momento atual, otimizar a processualização para solução de conflitos através da reestruturação do sistemas de controle, pensando no paradigma da eficiência e transparência Sugere-se exemplificativamente: Diminuição do tempo estéril durante as fases do processo e, principalmente, no curso da instrução processual, fomentar a solução do conflito na fase pré-processual, conhecer os precedentes do Tribunal e aplicar, na medida do possível, em outros casos concretos que apontem o mesmo dilema em tese, primando pela fundamentação das decisões são providências fundamentais.

Aprimoramento do Banco de Decisões/Jurisprudência - Ainda é incipiente a sistematização das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais de Ética Médica, o que dificulta o conhecimento da sociedade, dos médicos e dos próprios membros dos Conselhos acerca da interpretação dada pelos órgãos colegiados.

³⁰⁶ BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997, p. 70.

Estímulo à prática de Conciliação e Termo de Ajustamento de Conduta – A conciliação, em que pese ser uma faculdade aplicável na fase pré-processual, não pode ficar ao alvedrio do Conselheiro. Critérios mínimos devem sinalizar para sua possibilidade e estes devem ser observados, uma vez que o consenso é reconhecido como um instrumento válido de busca para solução de conflito.

O Termo de Ajustamento de Conduta da forma como prevista na norma vigente mostra-se inócuo. Entretanto, não por isso pode deixar de ser reconhecido como instrumento importante, num tempo em que a conformação processual tende a coletivização. Mesmo sendo uma ferramenta pré-processual, a sua aplicação efetiva auxiliaria na diminuição da processualização, já que, por vezes, a solução das questões éticas se mostra para além da prática de um profissional, podendo ser ajustada com o grupo envolvido, e, quando possível, rediscutida com a categoria profissional.

Possibilidade de substituição de sanções por medidas alternativas – A insuficiente aplicação de discursos pedagógicos e medidas para fomentar ações educativas e preventivas dos Conselhos, bem como a restrita aplicação do direito sob o prisma dogmático possibilitam inferir a necessidade da expansão de horizontes, vislumbrando o conteúdo social dos conflitos éticos sob exame de tais estruturas do Estado.

Diante das críticas formuladas acerca do sigilo processual e das sanções confidenciais abordadas ao longo do trabalho, cabe considerar a pertinência de um estudo mais aprofundado sobre medidas alternativas a serem impostas aos médicos quando responsabilizados por uma conduta antiética. O processo ético profissional deveria ter a possibilidade de sanções mais efetiva, contribuindo para prevenção à reiteração da conduta, podendo-se citar como exemplo, cursos de reciclagem, prestação de serviço médico em instituições previamente cadastradas e de natureza filantrópica, dentre outras.

No entanto, para se revestir do manto da legalidade, após a devida maturação, esta proposta deve ser, pela natureza sancionatória, ratificada pelo legislativo.

Redimensionamento da atuação das Comissões de Ética - constituem, por delegação do Conselho Regional de Medicina, uma atividade das instituições médicas. A atuação de tais organismos é de suma importância

no fortalecimento de uma proposta que defende a horizontalização das soluções das questões éticas, como primeira via. Foi-lhes atribuídas funções sindicantes, educativas e fiscalizadoras do desempenho ético da Medicina em sua área de abrangência, devendo ser melhor delineada pelos Conselhos a forma de sua atuação.

Algumas providências de cunho coletivo poderiam ser adotadas, com a finalidade de otimizar o desempenho destas instituições, tal como, a periodicidade de discussão de casos organizada pelas comissões de ética e, quando necessário, com a participação de membros do Conselho para auxiliar no debate e solução das questões éticas suscitadas.

Como sugestão é possível propor a identificação, quando do recebimento da denúncia no Conselho, a instituição de origem, objetivando ações preventivas junta àqueles estabelecimentos de saúde que apresentassem número significativo de denúncias com participação da Comissão de Ética que deve ser um multiplicador, porquanto não cabe neste momento ao Conselho impor caminhos.

Capacitação Profissional para solução das questões ética - As atividades técnicas são de suma importância para o funcionamento da engrenagem no modelo social vigente, mas a graduação obtida sem uma formação crítica e humanística amplia os riscos tecnocráticos e burocráticos.

Baumann³⁰⁷ apresenta na pós-modernidade “uma moralidade sem código”, na qual não se espera mais do legislador ou da perspicácia dos filósofos para dirimir a ambivalência moral e a incerteza das decisões. E alerta: que “não haverá indivíduos morais se não pelo trabalho de treinamento e exercício realizado pela sociedade”, mas não ignora que é a capacidade moral dos seres humanos que os faz capazes de formar sociedades e assegurar a sua sobrevivência. No entanto, para se caminhar a ponto de não imputar ao legislador ou aos filósofos a solução para ambivalência moral, os indivíduos morais, no caso, os profissionais, devem ser habilitados pelo treinamento a dirimir os conflitos éticos que se apresentem durante o exercício da profissão numa sociedade tão dinâmica, não se propondo aqui uma ética aplicada sem

³⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997 p.40/41.

códigos ou uma deontologia sem sanções, mas o seu redimensionamento em busca de efetividade.

Entrementes, constatar o crescimento da atividade judicante permite a sugestão profilática de capacitação dos profissionais durante sua formação acadêmica junto às Universidades, bem como durante o curso profissional junto aos estabelecimentos de saúde e, quando for o caso, por meio de suas comissões de ética, devendo contar em todas estas fases com o acompanhamento e estímulo de atividades de natureza pedagógica pelos Conselhos.

Reconhecimento de dilemas éticos que não encontram resposta na ética codificada – Na atualidade, diversos dilemas éticos se apresentam no cotidiano da prática médica, que não encontra resposta em longos processos e punições, o que se espera, nestes casos, não é encontrar um culpado, mas solucionar o impasse de natureza ética.

O que resta proposto é o aproveitamento dos Conselhos de Medicina como espaços aptos a desenvolver soluções alternativas em conflitos éticos que guardam, na sua essência, questões também técnicas a ser dirimidas. A efetividade da instância administrativa e sua credibilidade podem, inclusive, auxiliar para diminuição da judicialização excessiva das relações, merecendo tal impacto estudo próprio.

Alfim é possível considerar a essência do quanto questionado nesta exposição como sendo os próprios Conselhos, e para tanto, pertinente citar a reflexão de Heidegger³⁰⁸, para quem: “todo questionar é buscar e toda busca retira do que se busca a sua direção prévia. Questionar é buscar cientemente o ente naquilo que ele é e como é.”

Ao tratar da questão do ser, revela o filósofo que o questionar necessita de uma orientação prévia do que se busca, cabendo salientar que não será algo inteiramente desconhecido. E assim, revela a importância da percepção do ser³⁰⁹.

³⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcio Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. São Paulo: Vozes, 2008, p. 40-41.

³⁰⁹ Para Heidegger: “O questionado da questão a ser elaborada é o ser, o que determina o ente como ente, o em vista de que o ente já está sempre sendo compreendido, em qualquer discussão.” Ibidem, p. 40-41.

Nesta esteira, mesmo partindo da constatação de que os Conselhos no Brasil são pessoas jurídicas de direito público, com forte papel fiscalizatório e punitivo, de algum modo, foi esta percepção, em essência, o próprio questionado. Afinal, discutir a atividade judicante do Conselho perpassa pela sua essência.

6. CONCLUSÃO

Definitivamente, um texto não termina quando acaba o seu processo de escrita. As novas reflexões travadas na ambiência acadêmica e social manterão o presente trabalho em construção, mas, os últimos passos do caminho percorrido conduziram a algumas conclusões.

O regime regulatório das profissões³¹⁰ é um complexo normativo que determinam o acesso, o exercício e a disciplina atinente àquela profissão regulada, podendo se instituir pelo Estado ou associação profissional.

No Brasil, a auto-regulação profissional é o sistema escolhido e neste sentido, desde a sua gênese, fica patente que regulador e regulado se confundem³¹¹, e, conforme explicitado no item 2, a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1717-6³¹², como atividade típica de poder público, sendo imprescindível que estas instituições assimilem, nas suas práticas cotidianas, às conseqüências do enquadramento legal em sua inteireza.

Considerada a regulação profissional é extraído do estudo feito sobre profissão³¹³ o seu conceito como uma atividade disciplinada por lei, que, desde a formação acadêmica, formata a identidade do exercente, que adere a uma cultura profissional, como pertencente a um grupo ou categoria com atuação social definida, dependendo, para o seu exercício lícito e remunerado, do cumprimento de requisitos legais.

A idéia de pertencimento a uma categoria social academicamente especializada não deve significar adesão a um sistema fechado e autopoietico, não podendo levar à concepção de que seria suficiente uma fonte única de

³¹⁰ No item 2.1.1 foi realizado estudo acerca da formas de autoregulação profissional regulação contando como importante referência a obra: MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 21.

³¹¹ CUELLAR, Leila. **Auto-regulação profissional: exercício de atividade pública**. RDPE - Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 73-98, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 21 Jul. 2011.

³¹² No item 2.1.3 consta pesquisa realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal na qual foram citadas diversas decisões que tratam da natureza jurídica dos Conselhos, encontrando-se algumas ainda pendentes de decisão á época do levantamento, sendo observado que a questão não resta pacificada nos Tribunais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 jul. 2011.

³¹³ Tal conceito foi aqui estruturado com base no estudo realizado no item 2.2 acerca da sociologia das profissões. DUBAR, Claude. **A socialização: construção das identidades sociais e profissionais**. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005, p. 188.

conhecimento calcada em modelos estáticos e sacralizados para o exercício técnico e ético da profissão.

No cenário atual, no qual não se sustenta o estilo unidimensional, havendo que levar em conta o pluralismo metodológico e a transdisciplinariedade³¹⁴, os profissionais não podem se considerar como parte de castas que prescindem de relações sociais, já que estas são indispensáveis para sustentar qualquer prática profissional.

A restrição à liberdade ao exercício profissional é possível desde que sustentada por argumentos constitucionalmente válidos³¹⁵, ou seja, deve ser justificada pela proteção a outro direito ou interesse protegido pela Constituição e necessário para alcançar o objetivo não atingindo o conteúdo essencial do preceito restringido.

Neste panorama, os Conselhos estando autorizados por lei a restringir à liberdade da profissão que se propõe regular, devem acautelar-se para que medidas flagrantemente desproporcionais não tropecem na inconstitucionalidade e arranhem a sua competência regulatória, bem como para que ações inócuas não revelem um descompasso³¹⁶ com o ordenamento em vigor.

O papel das entidades de auto-regulação e a função social da profissão são extraídos do seu perfil e das ações coletivas realizadas, sendo escolhida a medicina para um exame mais acurado dos seus mecanismos de auto-regulação, sendo direcionado o estudo para a atuação do Tribunal de Ética Médica.

No item 3, foram mencionadas passagens da medicina³¹⁷ que possibilitaram contextualizar esta prática, observou-se o quanto se caminhou

³¹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p.76.

³¹⁵ No item 2.3 foi procedido um desenho constitucional da liberdade do exercício profissional no Brasil reafirmando a possibilidade de restrição ao exercício profissional. GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

³¹⁶ NEVES, Marcelo. **O Direito como fator de desenvolvimento**, Revista do Instituto de Advogados de Pernambuco, Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 1990. p. 109.

³¹⁷ No item 3.1, as passagens da história citadas objetivaram destacar ainda que não é estranha à medicina a regulação de sua prática. De outro sentido, sinalizam que o papel que esta atividade profissional ocupava e ocupa na sociedade tem passado por significativas mudanças o que acarreta uma reflexão concernente aos entes responsáveis pela regulamentação da profissão na atualidade, bem como à essência de suas normas de conduta e seu alcance.

em direção à uma atividade que se mostra atualmente muito mais complexa, e, ao mesmo tempo, foi possível perceber na sua genealogia os desafios a serem enfrentados. Procedeu-se, ainda, uma análise sócio-histórica dos Conselhos de Medicina o que viabilizou a identificação do momento no qual foi adotado tal modelo no Brasil e sua condição de centro produtor de direito que enfatiza a normatização da conduta.

Ante as transformações na posição do médico e de suas relações de trabalho, para cumprir o objetivo de efetividade, os Conselhos precisam observar, como afirma Boaventura de Souza Santos³¹⁸, outra forma de conhecimento compreensivo e íntimo que não os separe e, antes, os una ao que se prestam a regular. Alerta o autor: “Hoje, não se trata tanto de sobreviver como de saber viver”³¹⁹.

As atribuições legais dos Conselhos foram mencionadas para destacar que estes podem estabelecer regras de conduta, cuidando de sua efetivação, inclusive, com aplicação de sanção pelas infrações cometidas. Esta atribuição foi examinada à luz da Constituição, encontrando na perspectiva da vontade da Constituição³²⁰ a importância da legitimação. Pela consciência de que, essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade se verifica não apenas a força do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*.³²¹

Nesta senda, é fundamental examinar a codificação ética³²² e a sua aplicação no âmbito dos Conselhos de Medicina para a construção das alternativas, a fim de que a atividade judicante se torne mais efetiva.

A codificação ética passou por sucessivas mudanças, optando a norma vigente por prescrever normas axiológicas e normas deontológicas³²³.

³¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 85.

³¹⁹ Ibidem, p.85

³²⁰ Esta vontade consiste na assimilação da necessidade e do valor de uma ordem normativa resistente, como uma proteção para o Estado contra o arbítrio desmedido. HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

³²¹ No item 3.3 constata-se que no caso dos Conselhos é a norma escrita trazendo uma vontade ética de conduta profissional e, ao mesmo tempo, a sua aplicabilidade adequada à realidade da prática médica que viabilizará a legitimidade de conteúdo.

³²² Miguel Reale³²², ao examinar o Código de Ética Médica, afirma que, na linguagem jurídica, para que sejam facilitadas a investigação científica e a interpretação do texto, o termo Código significa: “uma coletânea ou o corpo de leis, que contem todas ou a maior parte das normas jurídicas que disciplinam determinada matéria, dispostas de maneira sistemática, num todo orgânico”. REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 503, ano 66, p.47-53, set. 1977, p.47-53.

Todavia, a dificuldade não é, sob o manto da ética, encontrar novos princípios e, sim, explicitar suas potencialidades e conseqüências diante de novas situações identificadas e encontrar, para além de novas regras éticas, alternativas para efetivar os princípios que norteiam a categoria profissional³²⁴.

No tópico 4, guiado pela necessidade de construção de um processo de autoconhecimento³²⁵, o presente estudo examinou o procedimento adotado pelo Tribunal de Ética Médica³²⁶ entendendo os processos ético profissionais como processo administrativo disciplinar e os princípios constitucionais aplicáveis³²⁷ como parâmetros na busca de alternativas a fim de alcançar uma maior efetividade na atuação judicante dos Conselhos.

A efetividade³²⁸ foi tratada neste trabalho como a realização máxima das normas vigentes e, ao mesmo tempo, a superação das disfunções identificadas na atuação dos Conselhos, nascendo da interpretação normativa: o objetivo de pacificar as relações atinentes ao exercício da profissão.

A sanção disciplinar³²⁹ faz parte da perspectiva deontológica e a forma como aplicada possibilita a maior ou menor efetividade na atuação dos Conselhos, sendo reconhecido que tem sua gênese na conservação e que sua idéia ainda se encontra calcada na noção essencial do direito como norma coercitiva.

³²³ No item 3.4 é feita incursão histórica, sendo tratada ainda a diferença da norma deontológica e axiológica nos moldes exposto por Alexy. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153

³²⁴ BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997, p. 70.

³²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 80.

³²⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Processo Ético-profissional. Resolução CFM nº 1.897/2009, de 6 de maio de 2009. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos Ético-profissionais e o rito dos Julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

³²⁷ No item 4.2, sem a intenção de exaurir o estudo sobre princípios, estes foram apresentados parâmetros objetivos para pensar as alternativas existentes diante da estrutura posta.

³²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. p. 5-6. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em 26fev.2012.

³²⁹ As sanções disciplinares foram tratadas no item 4.3 sendo considerado o direito como ordenamento normativo coativo para questioná-lo diante da natureza social pós-modernidade, não se filiando a crítica a idéia de sanção, mas reconhecendo a necessidade de reabilitar a capacidade de efetividade deste mecanismo ainda vigente de controle social.

Como uma instituição de controle pertencente a uma sociedade que, nos moldes apresentados por Foucault³³⁰, é identificada como disciplinar, foi observado que os Conselhos fomentam o estado de vigilância permanente pelo exercício de seu poder, não tendo mecanismos implementados para dimensionar o êxito da aplicação de suas normas com parâmetros objetivos.

Por fim, reconhecer a força e a insuficiência da norma como definição para o direito nada tem de contraditório, apenas aponta para a complexidade das relações sociais atuais e para a necessidade de se adotar medidas com o fito de efetivar a produção do direito estatal, no particular, aquele fruto da atividade dos Conselhos.

Com caráter eminentemente ilustrativo, foram apresentados dados da pesquisa³³¹ realizada no conjunto de processos ético-profissionais (PEP) instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia – CREMEB, no período de 1979 a 1998, cabendo destacar a seguir relevantes achados para reflexão:

a) O expressivo aumento linear do número de processos ético-profissionais, a partir de 1988, espelha o alinhamento formal dos Conselhos aos ditames legais para processamento dos conflitos que chegam às instâncias formais. Não se pode desconsiderar que, com a democratização do acesso às profissões, houve uma ampliação do número de profissionais inscritos.

b) A variabilidade e redução do número de processos instaurados com origem em denúncia *ex officio* mostra a ainda significativa mobilização *interna corporis* para apuração dos fatos que chegam ao seu conhecimento. Dado importante é o crescimento da veiculação de notícias, nos meios de comunicação, envolvendo a prática médica.

c) O aumento da média anual de duração total, em meses, dos processos e da média anual de duração, em meses relativa a cada etapa da tramitação, assim como a tendência de crescimento do tempo de duração da fase instrutória, aponta para uma questão de caráter processual que atinge a ética aplicada, qual seja, o tempo da resposta e seu distanciamento da duração razoável do processo.

³³⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau. 2009, p. 80.

³³¹ A pesquisa encontra-se detalhada nos itens 4.4 e 4.5, constando ainda nos anexos deste trabalho gráficos e tabelas de referência que ilustram o estudo realizado.

d) A caracterização da suposta infração traz, em quase 50% (cinquenta por cento) dos casos, como partes envolvidas médico e paciente, sugerindo, em face da diversidade de dilemas vivenciados pela profissão médica, que alguns pontos merecem atenção especial e abordagem específica pelos Conselhos.

e) Nesta esteira, foi possível identificar, ressaltadas as alterações na codificação ética ao longo do tempo, que o capítulo que dispõe sobre responsabilidade médica foi o mais infringido. Independente das mudanças relativas à medicina, à relação médico-paciente e ao tratamento dado a este último, a forma de proceder na prevenção da doença e preservação da saúde ainda se mostram o calcanhar de Aquiles da profissão médica.

f) Na caracterização do julgamento, no período referido, foi identificado, em 56% (cinquenta e seis por cento) dos casos, decisão pela absolvição, 11% (onze por cento) apenou o denunciado com advertência confidencial, 22% (vinte e dois por cento) censura confidencial e 11% (onze por cento) censura pública. Há registro de decisões pela suspensão por até 30 dias, que, como já observado, não foi mantida pelo Pleno. Neste diapasão, desdobram-se questionamentos acerca do mecanismo de composição dos conflitos éticos adotados.

Dito isto, é possível afirmar que o crescimento do número de processos não é suficiente para afirmar uma maior credibilidade social dos Conselhos. A instauração *ex officio*, seja com origem na forte exposição da profissão na mídia e ainda na iniciativa de diretores e coordenadores de instituição, apontam para a velocidade da informação vivenciada e para dificuldade dos estabelecimentos de saúde dirimirem seus conflitos em processos dialógicos válidos. A longa duração dos processos enfraquece a credibilidade na instituição e deslegitima suas decisões, ainda mais quando culminam em absolvições ou sanções confidenciais.

As questões éticas não podem ter tratamento estratificado, demandam em grande parte soluções dialógicas, restando como ultima via a instauração de processos nos moldes tradicionalmente conhecidos para aplicação deontológica. Processar não significa necessariamente estar afinado com a nova ordem constitucional e com a expectativa de Estado atual.

Ao descrever a tramitação dos processos ético-profissionais e a execução das decisões, é descortinado o distanciamento da prática à realidade, merecendo destaque os problemas a serem enfrentados diante da necessidade de efetividade na atuação dos Conselhos, dentre eles, as espécies de sanções disciplinares previstas na lei.

Seguindo da ética da conservação à ética da transformação para construção das alternativas, foi necessário examinar a deontologia e seus mecanismos de conservação, os desafios a caminho da flexibilidade democrática para chegar à ética da transformação como proposta para a adequação da estrutura existente.³³²

Considerando os mecanismos de criação e aplicação da ética profissional que trazem forte cunho deontológico, tem-se a ética da conservação, que pode ser compreendida como aquela que, engessada num modelo eminentemente sancionador, busca, através da codificação, proceder à estrita subsunção de fato à norma, sem se preocupar com a legitimidade de suas ações ou com seu desempenho, distanciando-se dos padrões dialógicos de solução de conflito.

Demonstrada a insuficiência do modelo vigente e diante da perspectiva de uma ética pós-moderna³³³ nasce a ética da transformação como aquela aplicável diante da face dinâmica e fluída da pós-modernidade. Ela reconhece a normatização como válida, inobstante não exauriente na solução dos dilemas da atualidade, propondo que a utilização de processo ético profissional seja a última via e a capacitação para a vivência ético-profissional ocorra em todas as instâncias envolvidas na relação, sem descuidar da necessidade de eficiência dos procedimentos adotados pelos Conselhos.

Sem pretensão de esgotar as possibilidades, foram elencadas propostas alternativas para a consolidação de um caminho em busca da ética da transformação, a saber: adequação legislativa, revisão das resoluções vigentes, capacitação do conselheiro, valorização da instância ética, compreensão da interdependência do Código de Ética Médica e do Código de

³³² O Item 5 examina detidamente estes tópicos, cabendo nestas linhas finais breve revisita aos conceitos centrais construídos no mencionado item.

³³³ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

Processo Ético Profissional para efetividade da atuação dos Conselhos, aprimoramento do Banco de Decisões/Jurisprudência, estímulo à prática de Conciliação e Termo de Ajustamento de Conduta, possibilidade de substituição de sanções por medidas alternativas, redimensionamento da atuação das Comissões de Ética, capacitação Profissional para solução das questões ética e reconhecimento de Dilemas éticos que não encontram resposta na ética codificada.

À guisa de conclusão, cabe observar que por mais que se caminhe em direção ao direito que se distancia do racionalismo cartesiano, tão utilizado no positivismo, a sua consolidação se dará apenas e na medida em que, sem perder o contato com suas raízes, as instituições assimilem o conceito de transformação como nova expressão de poder, redimensionando a idéia disciplinar que, por vezes, deixa de cumprir a necessária função integradora na sociedade.

Identificando a pós-modernidade³³⁴ como um tempo de transição, no qual as sucessivas transformações na produção de conhecimento e tecnologia redimensionam a identificação que o profissional tem de si mesmo e do seu papel neste emaranhado de informações que permeiam as relações sociais, não se encontrará em uma só teoria a solução. Não é um tempo fácil para respostas prontas, o contraponto ao excesso de informação é a qualidade da comunicação, sendo este um poderoso instrumento para responder aos reptos pessoais e profissionais.

Boaventura de Souza Santos³³⁵ afirma que “se todo conhecimento é autoconhecimento, todo desconhecimento é autodesconhecimento”, e nesta esteira, demonstra-se a importância de um olhar mais acurado em direção à atuação dos Conselhos de Medicina, devendo tais instituições estar aptas para enfrentar as demandas colocadas sob seu exame. Se a prática médica vem se reinventando, a entidade a quem compete a sua fiscalização deve reconhecer esta realidade e experimentar um processo de autoconhecimento objetivando contribuir para a atuação do profissional que lhe foi confiado.

³³⁴ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p.111.

³³⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 92.

O arcabouço teórico aqui utilizado não foi adotado como afirmação de verdades absolutas e imutáveis, mas como suporte necessário para um aprofundamento do estudo, sendo possível concluir que, na perspectiva trazida pela sociedade atual, na qual a realidade é fluída e o paradigma emergente propõe um repensar das estruturas, a ética aplicada pelos Conselhos de Medicina, através da atuação do Tribunal de Ética Medicina, nos moldes da ética da conservação mostra-se inefetiva.

Por fim, acreditando na possibilidade de redimensionamento da estrutura por meio da ética da transformação, considerando a sua existência numa sociedade em que o componente comunicacional torna-se cada dia mais evidente³³⁶, conclui-se ainda que são expressivos os desafios em direção à efetivação dos mecanismos de atuação dos Conselhos para torná-lo mais proveitoso ao médico, à medicina e à sociedade. Discutir a questão é o primeiro deles!

³³⁶ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p.29.

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Normas Legais e Éticas para os profissionais da Medicina**. São Paulo. LTr: Conselho Federal de Medicina, 1984.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: Critérios jurídicos para lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIRO - AMB. Resenha da Associação dos Magistrados Brasileiros sobre o relatório do Banco Mundial - Brasil: fazendo com que a justiça conte. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em 20 nov. 2011.
- ATHANAZIO, Rodrigo Abensur. et al. Acadêmica: um novo método de estudo continuado sobre Ética Médica e Bioética. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 28, n.1, p. 73-78, jan./abr. 2004.
- AUDI, Robert. Conhecimento moral e pluralismo ético. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (org.). **Compêndio de epistemologia**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 419-468.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**. p. 5-6. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acesso em 26fev.2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A Produção do Direito no Brasil**: A dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica**: Ética geral e profissional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. v. 1, 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 349.

BORDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 14 Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOYACIYAN Krikor; CAMANO, Luiz. O perfil dos médicos denunciados que exercem ginecologia e obstetrícia no estado de São Paulo. **Revista da Associação Médica Brasileira**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 3, p. 144-147, maio/jun. 2006.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso 29 Jul.2011.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>
. Acesso em 29 jul.2011.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>
Acesso em: 29 Jul. 2011.

_____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil.
Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 Jul.2011.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil.
Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil.
Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 Jul. 2011.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.
Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso
em 01 dez. 2011.

_____. Decreto-Lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945. Institui os
Conselhos de Medicina e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7955.htm>.
Acesso em: 21 jul.2011.

_____. Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de
Medicina, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 11 nov.
2011.

_____. Lei 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da
Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9649cons.htm>.
Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Código de moral médica (1929). Disponível em:
<<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigomoralmedica1929.pdf>>. Acesso em 01 dez. 2011.

_____. Código de Deontologia Medica (1931). Disponível em:
<<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

_____. Código de Deontologia Médica (1945). Disponível em:
<<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011

_____. Código de Ética da Associação Médica Brasileira (1953). Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br> >. Acesso em: 01 dez. 2011.

_____. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica (1965). Disponível em:
<<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigoeticamedica1965.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

_____. Conselho Federal de Medicina. Código Brasileiro de Deontologia Médica (1984). Resolução CFM nº 1.154, de 13 de abril de 1984. Disponível em:
<<http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codbrasileirodeontologiamedica1984.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

_____. Conselho Federal de Medicina . Código de Ética Médica (1988). Resolução CFM nº 1.246/88, de 26 de janeiro de 1988. Disponível em:
<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=10&Itemid=123>. Acesso em: 01 dez. 2011.

_____. Conselho Federal de Medicina . Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de ética Médica. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

_____. Conselho Federal de Medicina . Código de Processo Ético-profissional. Resolução CFM nº 1.897/2009, de 6 de maio de 2009. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos Ético-profissionais e o rito dos Julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011

_____. Conselho Federal de Medicina . Resolução CFM nº 1.657/2002, de 20 de dezembro de 2002. Estabelece normas de organização, funcionamento e

eleição, competências das Comissões de Ética Médica dos estabelecimentos de saúde, e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011

_____. Conselho Federal de Medicina . Resolução CFM nº 1.812/2007, de 27 de fevereiro de 2007. Altera o art. 6º da Resolução CFM nº 1.657/2002, que estabelece normas de organização, funcionamento e eleição, competências das Comissões de Ética Médica dos estabelecimentos de saúde, e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 01 dez. 2011

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.967/2011, de 16 de maio de 2011. Dispõe sobre Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito dos conselhos regionais de medicina. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 31 de out. 2011.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 01 de jul. 2011.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. **Vade mecum Rideel**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal. **Vade mecum Rideel**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. **Vade mecum Rideel**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RMS 5.590/DF. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 16.04.1996. DJ 10.06.1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC 12/DF. Relator: Min. Carlos Brito. Brasília, 20.08.2008. DJ 18.12.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1717-6/ DF. Relator: Min. Sidney Sanches. Brasília, 07.11.2002. DJ 28.03.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4638/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Informativo 653. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. AI 839276/CE. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23.05.2011. DJ 20.06.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. MS 21.797/RJ. Relator: Min. Carlos Veloso. Brasília, 09.03.2000. DJ 18.05.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 590649/ RJ. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 19.11.2010. DJ 01.12.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 567.451 AgR - EDv/ SC. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 22.05.2011. DJ 30.05.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 611686/ GO. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12.04.2011. DJ 13.04.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 368.917/RN. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 21.10.2009. DJE 10.11.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 465.330/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 03.04.2006. DJ 08.05.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 523.163/RS. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 03.02.2011. DJE 16.02.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 548.345/BA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 16.06.2008. DJE 30.06.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 565.578/PB. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23.11.2009. DJE 15.12.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jul. 2011

CARIA, Telmo H. **A cultura profissional**: reconfiguração do trabalho técnico-intelectual e do profissionalismo nas sociedades pós-industriais. Comunicação para o VI Congresso Português de Sociologia realizado em 2008. Disponível em: <<http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/29.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **A arte do Direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. **Desvios de Conduta da Administração Pública**. 2001. 195 f., Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2001.

CERQUEIRA, Nelson. **A crítica Marxista de Franz Kafka**. Salvador: Cara, 2005.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.4shared.com>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: Direito, Moral e Religião no mundo moderno, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSELHO Regional de Medicina: Instalado nesta capital no dia 10 do corrente. **A Tarde**, Salvador, 14 de mar. 1958. Caderno 1, p. 4.

CONSELHO Regional de Medicina do Estado da Bahia: Comunicação de instalação e de abertura das inscrições. **A Tarde**, Salvador, 24 de abr. 1958. Caderno 1, p. 5.

CUELLAR, Leila. **Auto-regulação profissional**: exercício de atividade pública. RDPE - Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 73-98, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idconteudo=37259>>. Acesso em: 21 Jul. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

D'ÁVILA, Roberto Luis. **O comportamento ético-profissional dos médicos de Santa Catarina**: uma análise dos processos disciplinares no período de 1958 a 1996. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. Conferência Internacional Sobre Cuidados Primários de Saúde. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/coletiva/uploadArq/Alma-Ata.pdf>>. Acesso em; 22 nov. 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010.

DOLCI, Gérman. et al. Perfil epidemiológico general de las quejas médicas atendidas em La Comisión Nacional de Arbitraje Médico. 1996-2007. **Salud Pública de México**, México, v. 51, n. 8, mar./abr. de 2009.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. A História da Ética na Medicina. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena; LANA, Roberto Lauro. **Direito médico implicações éticas e jurídicas da prática médica**. Rio de Janeiro: Lumem Iuris. 2009.

DUBAR, Claude. **A socialização**: construção das identidades sociais e profissionais. Tradução Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2005.

DURKHEIM, Emile. **A divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. 2 ed. 2 Vol. Lisboa: Presença. 1984.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. The Taft-Hartley Act, passed (1947). Attempted to define professional and non-professional employees and allowed professional employees to vote separately on the question of union representation. Disponível em:
<http://www.isa.org/Content/NavigationMenu/General_Information/Careers/Career_Library1/Professionalism_and_Unionism.doc>. Acesso em 29 jul. 2011.

Faculdade de Medicina da Bahia. Histórico. Disponível em:
<<http://www.fameb.ufba.br>>. Acesso em 21 jul. 2011.

FARIA JÚNIOR, João Leão de. Ordens e Conselhos Profissionais: noções (Excerto de um parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 64. Vol. 475. maio 1975.

FALCÃO, Maria Suzana S. de Arruda. **A ética médica e suas infrações**: Um estudo sobre processos ético profissionais do Estado do Rio de Janeiro. 1993. 160 f. Dissertação (Mestrado em Saúde) - Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Instituto Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1993.

FERRER, Jorge José; ALVARÉZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. São Paulo: Loyola. 2005

FIDALGO, Joaquim Manuel Martins. **O lugar da Ética e da auto-regulação na identidade profissional dos jornalistas**. 2006. Tese (Doutoramento em Ciências da Comunicação). Disponível em:
<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/6011/3/JFIDALGO_2006_Tese_Doutoramento.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2011.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do Discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Santiago. São Paulo: Loyola. 1996.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau. 2009.

_____. **Microfísica do Poder**. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro, Graal, 1979.

_____. Outros espaços. In: Conferência proferida no Cercle d' Études Architecturales. 1967. Disponível em: <<http://dc341.4shared.com>>. Acesso em: 11.dez. 2011.

FRANÇA. 1791 Les décrets d'Allarde (2-17 mars) suppriment les corporations. La loi Le Chapelier (22 mai-14 juin) interdit toute « coalition » entre personnes d'un même métier pour défendre en commun leurs intérêts. 1864 25 mai : la loi Ollivier abolit la loi Le Chapelier et octroie le droit de grève. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/dialogue-social/chronologie.shtml>>. Acesso em 21 jul. 2011.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

FUJITA, Reginaldo Raimundo; SANTOS, Ilian Cardoso dos. Denúncias por Erro Médico em Goiás. **Revista da Associação Médica Brasileira**. São Paulo, v. 55, n. 3, p.283-289, maio/jun. 2009.

FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Tradução Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 22.

GADAMER, Hans george. **Verdade e Método I - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flavio Paulo Meuer.. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAMBA, Luisa Hickel. **A Fiscalização do Exercício das profissões e los Conselhos e Ordens**. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2011.

GARFINKEL, Ana. Responsabilidade Civil por erro médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista DIREITO GV vol.3, n.21, jul./dez. 2007. Disponível em <<http://www.direitogv.com.br/subportais>>. Acesso em: 20nov.2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIL, Antônio Carlos, **Como elaborar um projeto de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23.

GOTSCHLICH, Roberto Von Bennewitz. **Las Demandas y Querellas por responsabilidad medica em la hora actual e sus mecanismos de regulación**. Santiago de Chile: Cuad. Méd.-Soc., 1993.

GUERRA FILHO, Willis Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GUYAU, Jean-Marie. **Crítica da idéia de sanção**. Tradução Regina Shöpke Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcio Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. São Paulo: Vozes, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Constituição e Direito Constitucional. In: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1-22.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**: estudos preliminares e aditamentos. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Piaget, 1992.

Instituto dos Advogados do Brasil. História. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br>>. Acesso: 29 jul.2011.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução original alemão Marijane Lisboa e Luis Barros Montez. Contraponto. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2006.

JURAMENTO DE HIPÓCRATES. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

KHUN, Thomas. **O caminho desde a estrutura**. São Paulo: UNESP, 2006. p. 226.

KRESS, Hartmut. **Ética Médica**. Tradução Hedda Manina. São Paulo: Loyola, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

MAIA, Deíla Barbosa. **Erro médico no brasil**: análise de processos ético-profissionais julgados no conselho federal de medicina no período de 1988 a 1998. 1999. 130 f. Monografia (Graduação em Medicina). Universidade Federal do Maranhão. São Luis. 1999.

MARQUES FILHO, José; HOSSNE, William Saad. Análise Bioética dos Processos de cassação do Exercício profissional médico do Estado de São Paulo. **Revista da Associação Médica Brasileira**. São Paulo, v. 54, n. 3, p.214-219, jun. 2008.

MAURIQUE, Jorge Antônio. Conselhos: Controle profissional, processo administrativo e judicial. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Conselhos de Fiscalização Profissional Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. Novas configurações dos conselhos profissionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Ano 87. v. 751. maio 1998.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONREAL, Eduardo Nova. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MUNÕZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o Consentimento livre e esclarecido. In: FERREIRA, Sergio Ibiapina; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.) **Iniciação a Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NERY FILHO, Antonio, et al. **Caracterização dos processos ético-profissionais do Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979 a 1998**: Análise preliminar. Salvador, 2009. Trabalho não publicado.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Direito como fator de desenvolvimento**. Revista do Instituto de Advogados de Pernambuco, Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches, 1990.

NEVES, Maria Patrão. Thomas Percival: Tradição e Inovação. **Revista Bioética**. Brasília, v. 11, n. 1, p. 11-22, nov. 2003.

PAGLIOSA, Fernando Luiz; DA ROS, Marco Aurélio. O Relatório Flexner: Para o bem e para o mal. **RBEM**: Revista Brasileira de Educação Médica, Rio de Janeiro, RJ, v. 32. n.4, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbem/v32n4/v32n4a12.pdf>> . Acesso em 20 nov. 2010.

PARSONS, Talcott. **Estructura y proceso em las sociedades modernas**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

PEREIRA NETO, André de Faria. Primeiro Código de Ética Médica (1931): Algumas Considerações. Boletim do CREMERJ, Rio de Janeiro, ano V, n. 37, 1991.

_____. **Ser médico do Brasil: o presente no passado.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Histórico dos Conselhos de Fiscalização profissional In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). **Conselhos de Fiscalização Profissional Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito.** Tradução Maria Ermanita Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 503, ano 66, p.47-53, set. 1977.

REINALDO, Demócrito Ramos. **A publicidade dos atos e decisões administrativos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REIS, Isaac Costa. Entre Cronos e Kairos. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI, 2011, Belo Horizonte, **Anais ...**, Belo Horizonte: CONPEDI, 2011. p. 289-291.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SEUGLING, Fernando dos Ramos, PERCHE, Macyr Esteves, MENDES, Roberto Teixeira. **Distribuição dos processos Disciplinares pelo CREMESP: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e seus resultados nas diversas especialidades médicas.** São Paulo: BIOETHIKOS: 2007.

SILVA, José Antônio Cordero, et. al. Sindicâncias e processos ético-profissionais no Conselho Regional de Medicina do Pará: evolução processual de 2005 a 2007. **Revista Brasileira de Clínica Médica**, São Paulo, n. 8, p. 20-24, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SONTAG, Susan. **Doença como metáfora**. Tradução Márcio Ramalho. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

SOURNIA, Jean Charles. **História da Medicina**. Tradução Jorge Domingues Nogueira. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992.

SOUZA, Álvaro Tavares de. **História da Criação dos Conselhos de Medicina**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa nacional Rio de Janeiro, 1971, p. 05.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20.

VIANNA, Jayme Augusto; ROCHA, Lys Esther. Comparação do Código de Ética Médica do Brasil e de 11 países. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 52, n. 6, p.435-440, nov./dez. 2006.

WEINGART, Saul N. et al. Epidemiology of medical error. **BMJ**, London, v. 320 mar. 2000.

ZAGZEBSKI, Linda. O que é conhecimento? In: GRECO, John; SOSA, Ernest (org.). **Compêndio de epistemologia**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 153-189.

ANEXO

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Número de processos ético-profissionais instaurados por ano no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998.

Gráfico 2 - Origem da denúncia quanto ao ano de instauração nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998.

Gráfico 3 – Média anual do tempo de duração da sindicância em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração.

Gráfico 4 – Média anual do tempo de duração da instrução em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração.

Gráfico 5 – Média anual do tempo de duração entre os relatórios finais e julgamento em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração.

Gráfico 6 – Média anual do tempo de duração dos recursos em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração.

Gráfico 7 – Média anual do tempo de duração total em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração.

Gráfico 8 – Partes envolvidas nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia no período de 1979 a 1998.

Gráfico 9 – Julgamento dos denunciados de acordo com o ano de instauração do PEP nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 a 1998.

Gráfico 10 – Formas de decisão dos julgamentos segundo o código vigente nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 a 1998.

Gráfico 11 – Recorrentes nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 a 1998.

Gráfico 12 – Resultados dos julgamentos realizados pelo Pleno do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia nos quais houve modificação da decisão da Câmara nos processos ético-profissionais no período de 1979 a 1998.

Gráfico 13 – Resultados dos julgamentos dos recursos ao Conselho Federal de Medicina nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 a 1998.

TABELAS

Tabela 1 - Caracterização da origem da denúncia *Ex-Officio* nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia no período de 1979-1998.

Tabela 2 – Duração em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia no período de 1979-1998.

Tabela 3 - Quantidade de artigos capitulados por infração nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998.

Tabela 4 - Principais artigos capitulados em cada período nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998.

Tabela 5- Número de artigos infringidos por denunciado e por período nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998.

Tabela 6 - Principais artigos infringidos em cada período nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998.

Tabela 7 – Julgamento dos denunciados segundo o código vigente saúde nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998.

- Gráficos-

Gráfico 1 – Número de processos ético-profissionais instaurados por ano no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 (n=440)

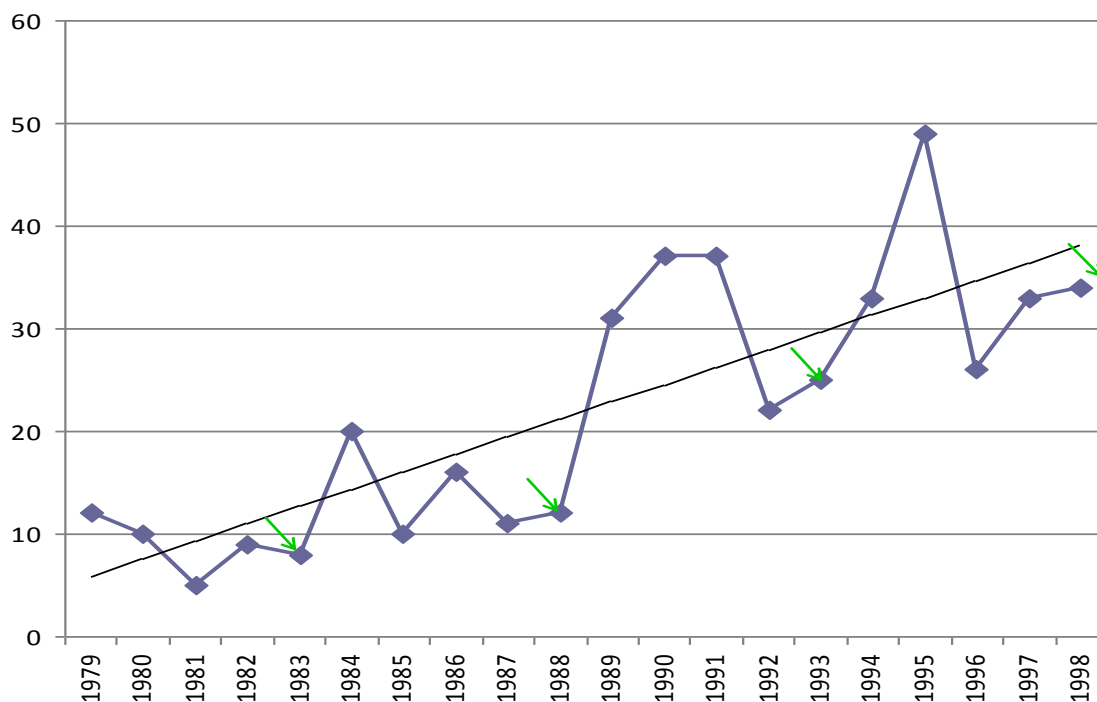


Gráfico 2 - Origem da denúncia quanto ao ano de instauração nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998

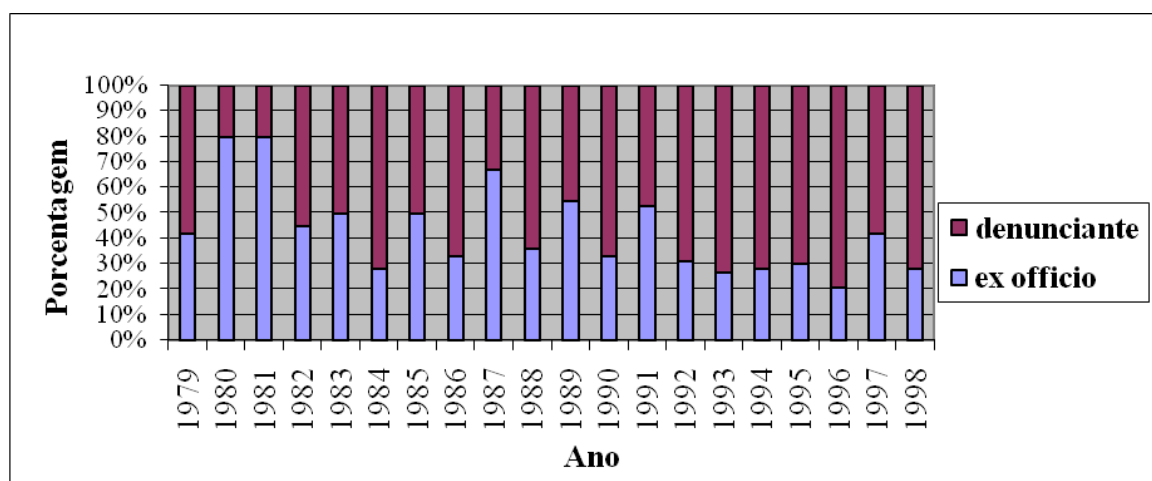


Gráfico 3 – Média anual do tempo de duração da sindicância em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração (n=421)

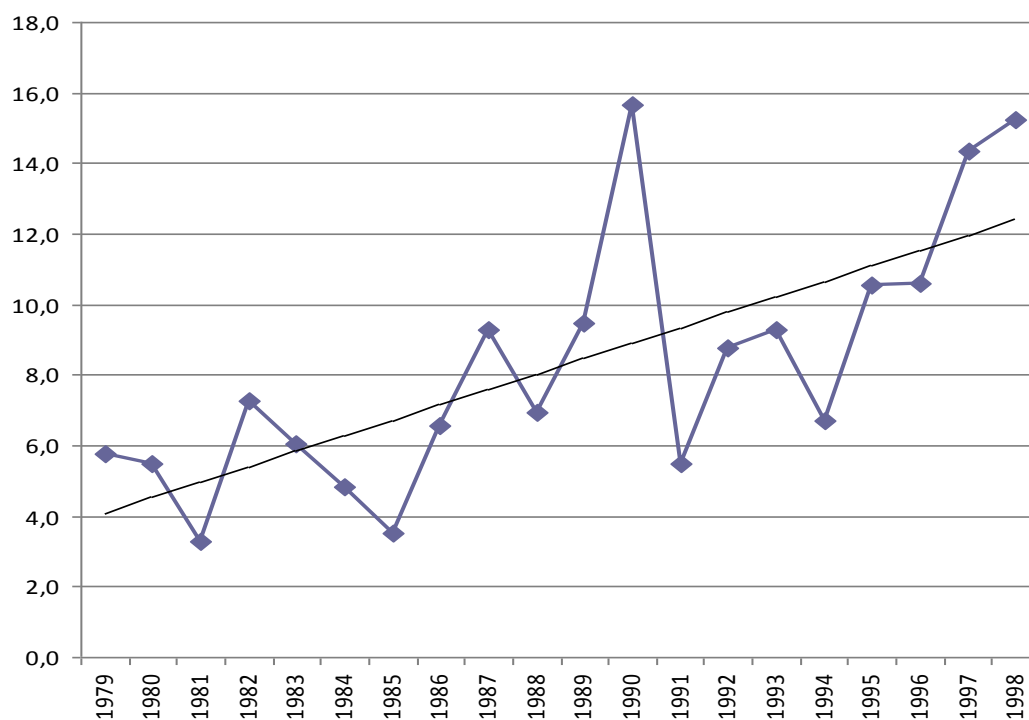


Gráfico 4 – Média anual do tempo de duração da instrução em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração (n=391)

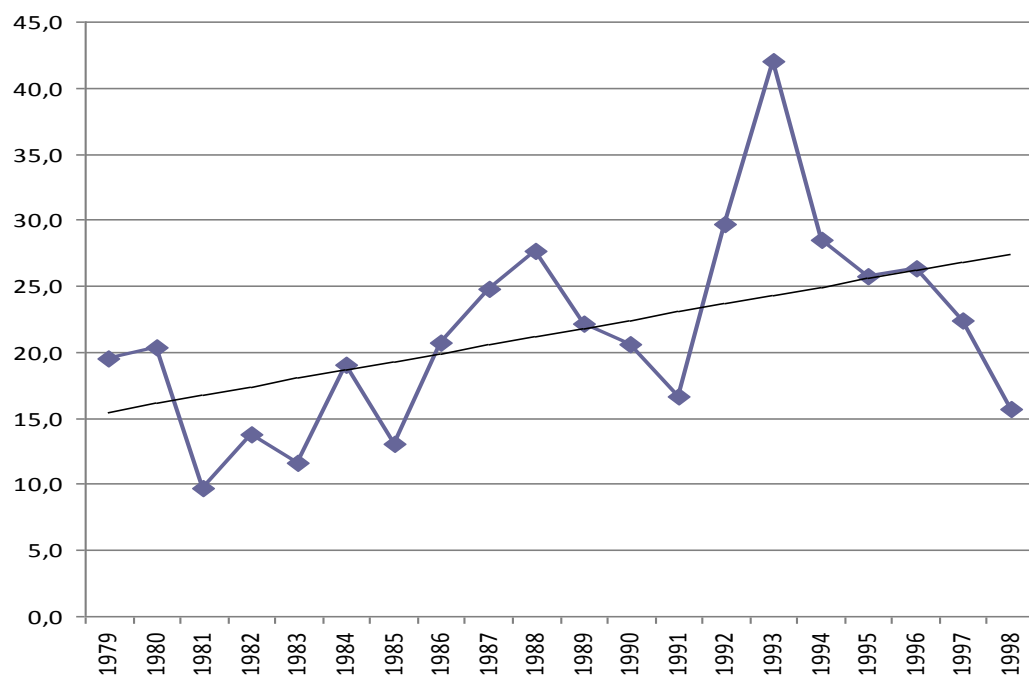


Gráfico 5 – Média anual do tempo de duração entre os relatórios finais e julgamento em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração (n=375)

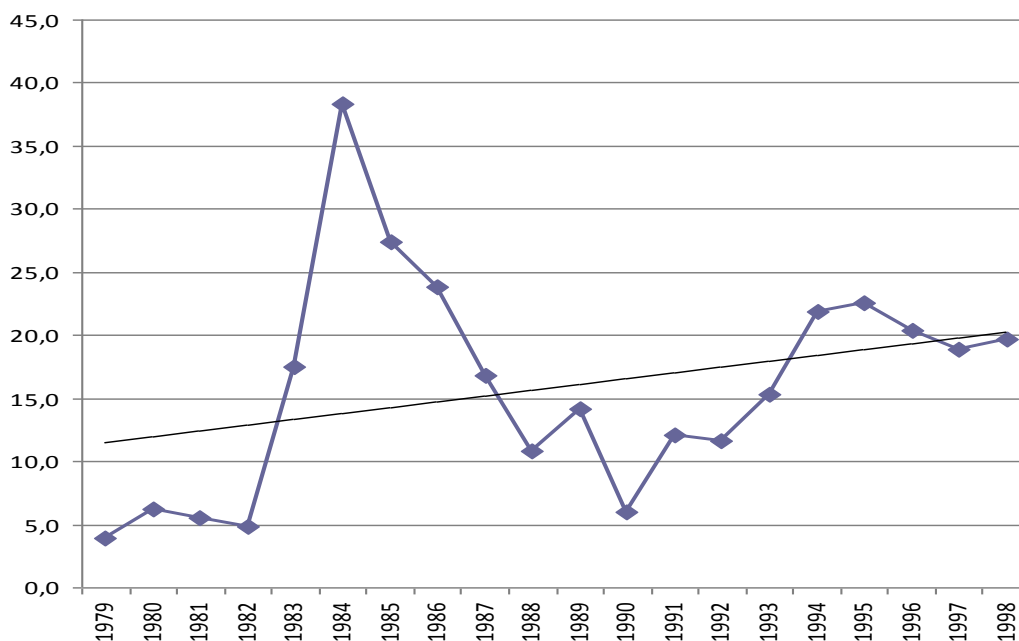


Gráfico 6 – Média anual do tempo de duração dos recursos em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração (n=59)

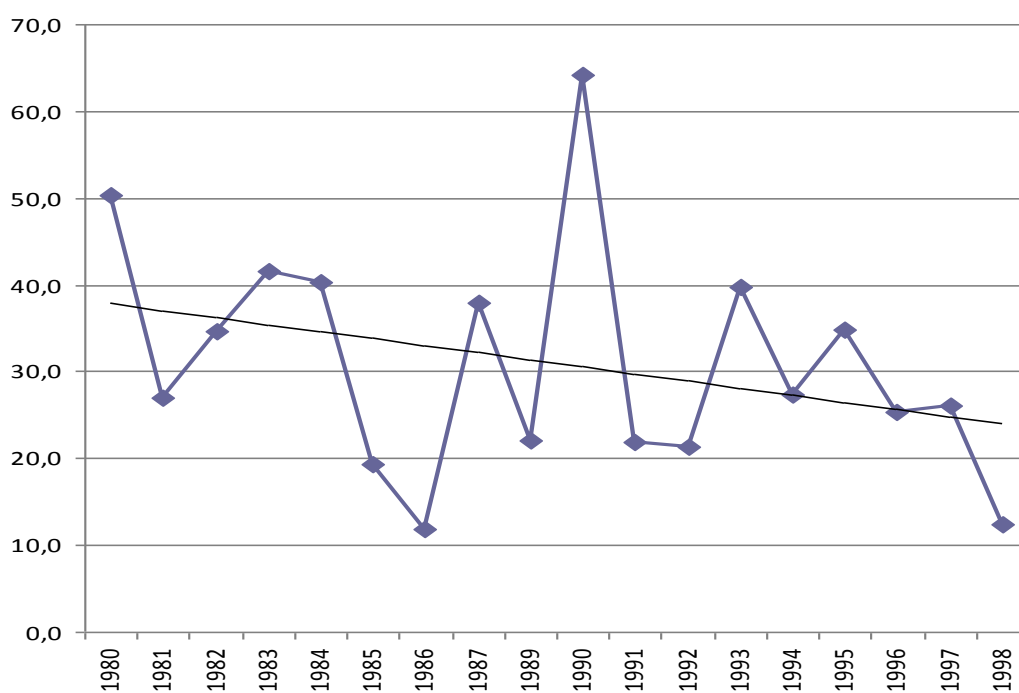


Gráfico 7 – Média anual do tempo de duração total em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB) no período de 1979-1998 de acordo com o ano de instauração (n=406)

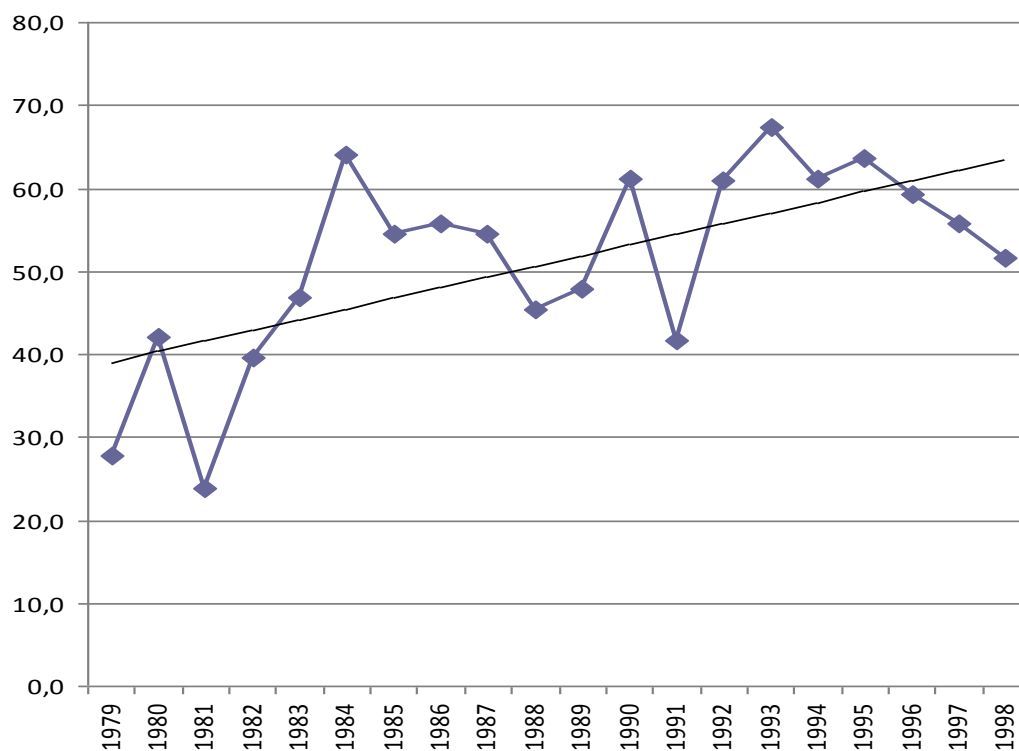


Gráfico 8 – Partes envolvidas nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia no período de 1979 a 1998

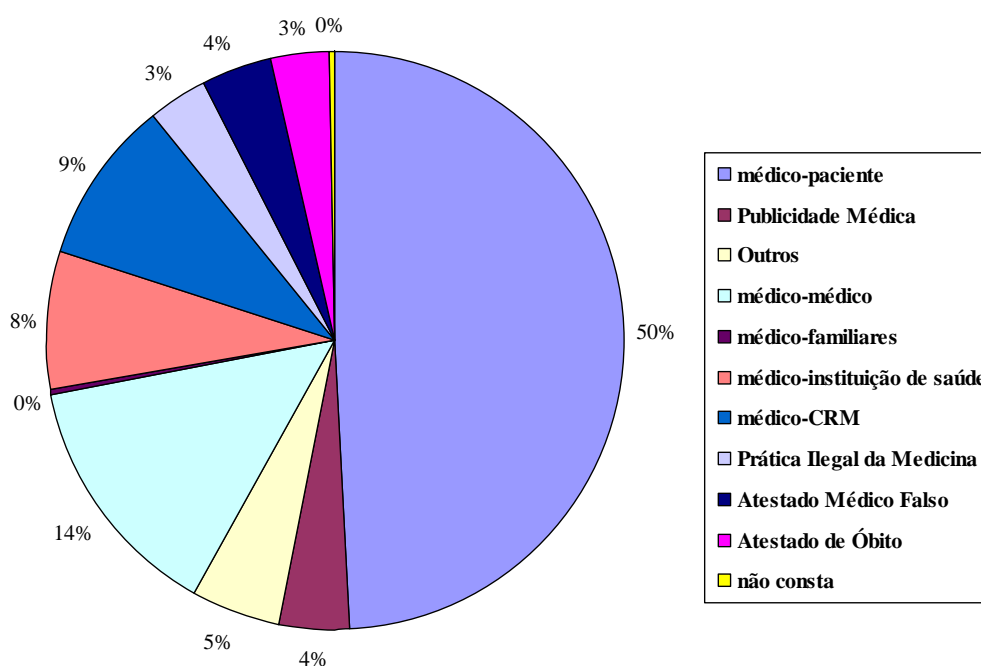


Gráfico 9 – Julgamento dos denunciados de acordo com o ano de instauração do PEP nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 a 1998 (%)

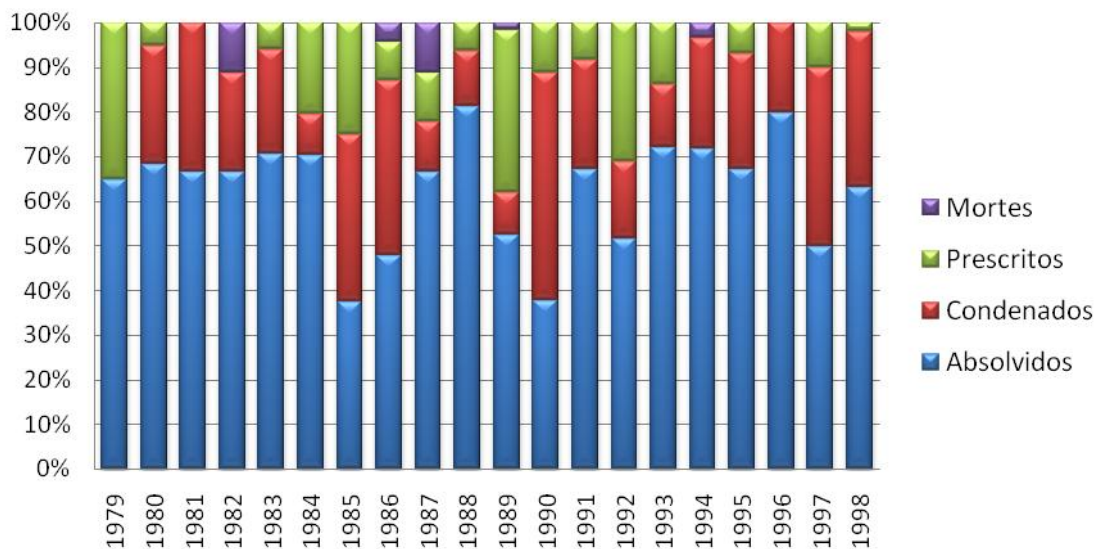


Gráfico 10 – Formas de decisão dos julgamentos segundo o código vigente nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 a 1998 (%)

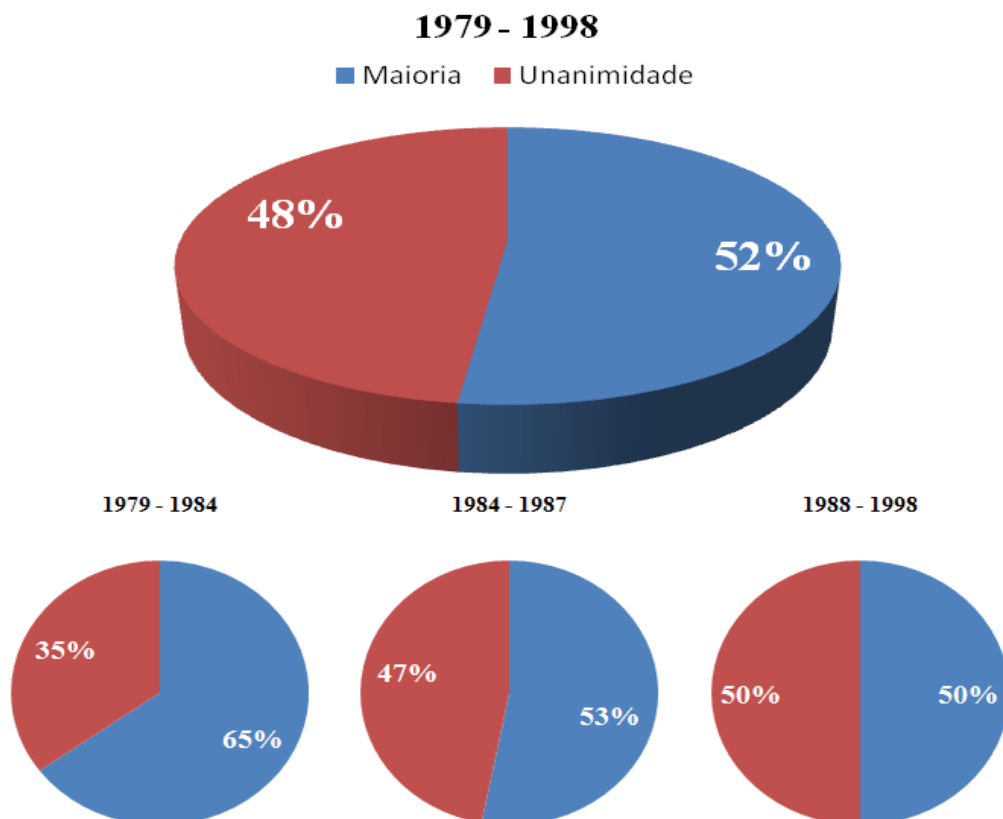


Gráfico 11 – Recorrentes nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 a 1998 (%)

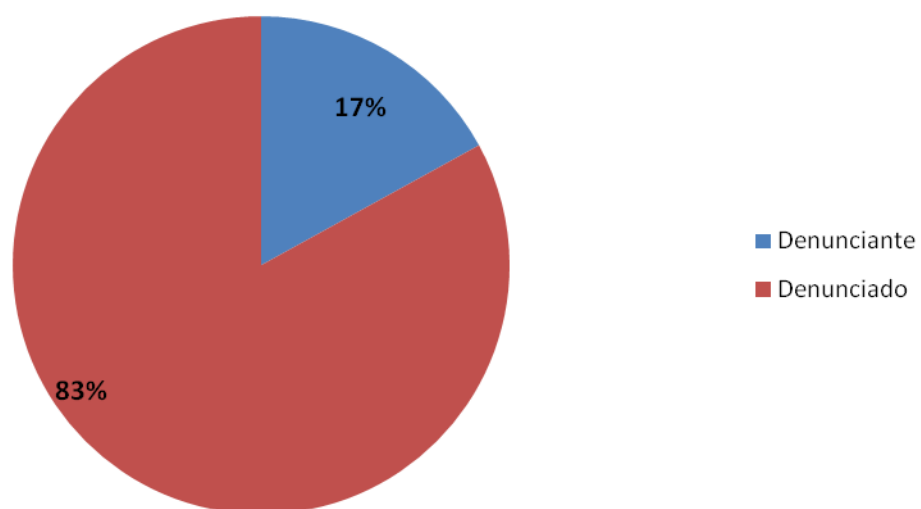


Gráfico 12 – Resultados dos julgamentos realizados pelo Pleno do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia nos quais houve modificação da decisão da Câmara nos processos ético-profissionais no período de 1979 a 1998 (%)

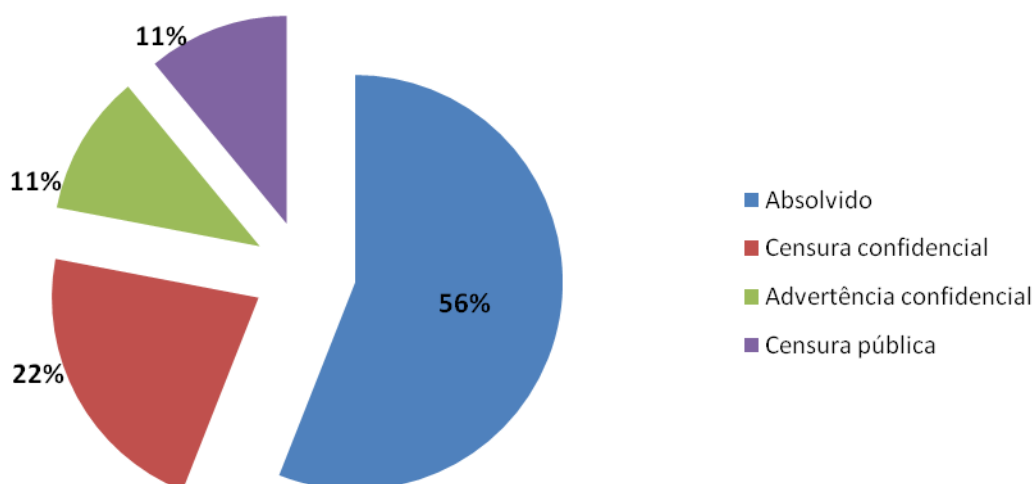
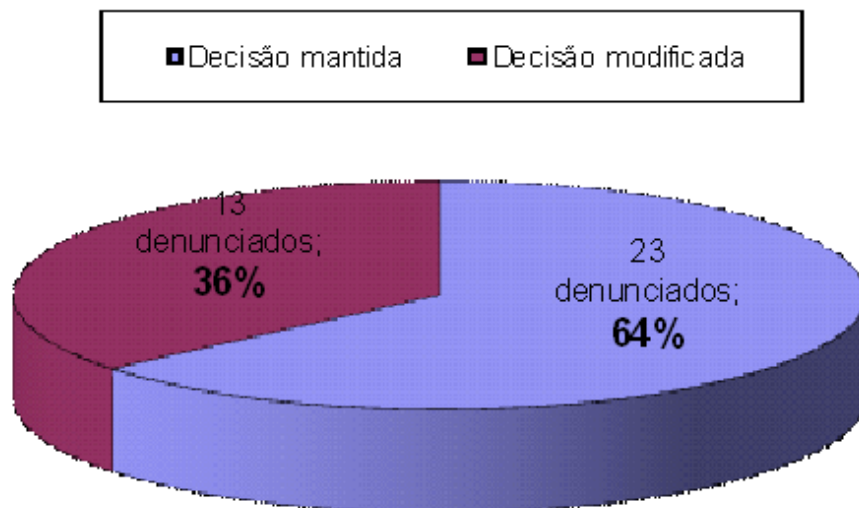


Gráfico 13 – Resultados dos julgamentos dos recursos ao Conselho Federal de Medicina nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 a 1998 (%)



- Tabelas -

Tabela 1 - Caracterização da origem da denúncia *Ex-Officio* nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia no período de 1979-1998

Origem	Frequência absoluta	Percentual (%)
Denúncia Anônima	2	1,1
Jornal Escrito	68	37,8
Televisão	1	0,5
Carta de Diretor/Coordenador de Instituição	67	37,2
CRM	19	10,6
Outro	21	11,7
Não Consta	2	1,1
Total	180	100

Tabela 2 – Duração em meses dos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina da Bahia no período de 1979-1998

	n	Média	Mediana	Desvio-padrão	Mínima	Máxima
Duração da sindicância	421	9,5	6,5	9,8	0,5	61,5
Duração da instrução	391	22,7	17,5	6,7	0,5	94,5
Duração entre os relatórios finais e julgamento	375	16,9	12,0	15,4	0,5	140,5
Duração dos recursos	59	33,9	32,0	24,9	2,0	123,0
Duração total	406	54,7	52,5	28,3	4,0	182,5

Tabela 3 - Quantidade de artigos capitulados por infração nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998

Nº de artigos	1979-1984 CEM (1965) (n=48)	1984-1987 CBDM (1984) (n=61)	1988-1998 CEM (1988) (n=411)
	%	%	%
1	37	29	46
2	33	15	25
3-5	22	37	24
>5	8	19	5

Tabela 4 - Principais artigos capitulados em cada período nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998

1979-1984 CEM (1965)		1984-1987 CBDM (1984)		1988-1998 CEM (1988)	
Capítulo/artigo	%	Capítulo/artigo	%	Capítulo/artigo	%
Responsabilidade profissional médica <i>Artigo 45</i>	11,7	Relações com os colegas <i>Artigo 33</i>	7,5	Responsabilidade profissional <i>Artigo 29</i>	17,9
Relações com o doente <i>Artigo 4º alínea b</i>	10,0	Relações com a sociedade e outros profissionais <i>Artigo 8º</i>	6,2	Princípios fundamentais <i>Artigo 17</i>	4,8
Relações com o doente <i>Artigo 30</i>	8,3	Responsabilidade profissional médica <i>Artigo 16</i>	4,8	Princípios fundamentais <i>Artigo 4º</i>	4,7
Relações com os colegas <i>Artigo 8º § 1º</i>	7,5	Relações com os colegas <i>Artigo 42</i>	4,4	Responsabilidade profissional <i>Artigo 45</i>	4,3
Normas fundamentais <i>Artigo 4º alínea c</i>	4,2	Dos princípios <i>Princípio II</i>	4,4	Princípios fundamentais <i>Artigo 19</i>	3,2
Relações com instituições assistenciais e hospitalares, com auxiliares do Serviço Médico <i>Artigo 76</i>	3,3	Dos princípios <i>Princípio IV</i>	4,4	Princípios fundamentais <i>Artigo 2º</i>	3,2
Relação com os colegas <i>Artigo 8º</i>	3,3	Responsabilidade profissional médica <i>Artigo 11</i>	3,1	Atestado e boletim médico <i>Artigo 110</i>	3,1
Normas Fundamentais <i>Artigo 5º alínea d</i>	2,5	Responsabilidade profissional médica <i>Artigo 14</i>	3,1	Responsabilidade profissional <i>Artigo 33</i>	2,9
Relações com instituições assistenciais e hospitalares, com auxiliares do Serviço Médico <i>Artigo 77</i>	2,5	Dos princípios <i>Princípio I</i>	3,1	Relação com pacientes e familiares <i>Artigo 57</i>	2,9
Relações com instituições assistenciais e hospitalares, com auxiliares do Serviço Médico <i>Artigo 74</i>	2,5	Relações com os colegas <i>Artigo 34</i>	2,6	Responsabilidade profissional <i>Artigo 30</i>	2,7
		Relações com a sociedade e outros profissionais <i>Artigo 7</i>	2,6		

Tabela 5- Número de artigos infringidos por denunciado e por período nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998

Nº de artigos	1979-1984	1984-1987	1988-1998
	CEM (1965) (n=10)	CBDM (1984) (n=10)	CEM (1988) (n=143)
	%	%	%
1	60	20	53
2	20	10	19
3-5	0	60	18
>5	20	10	10

Tabela 6 - Principais artigos infringidos em cada período nos processos ético-profissionais instaurados no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia no período de 1979 – 1998

1979-1984 CEM(1965)		1984-1987 CBDM(1984)		1988-1998 CEM(1988)	
Capítulo/artigo	%	Capítulo/artigo	%	Capítulo/artigo	%
Relações com o doente <i>Artigo 30</i>	10,8	Relações com os colegas <i>Artigo 42</i>	9,1	Responsabilidade profissional <i>Artigo 29</i>	13,9
Responsabilidade profissional médica <i>Artigo 45</i>	10,8	Relações com os colegas <i>Artigo 43</i>	9,1	Princípios fundamentais <i>Artigo 4º</i>	7,5
Normas fundamentais <i>Artigo 4º alínea b</i>	8,1	Relações com a sociedade e outros profissionais <i>Artigo 1º</i>	6,1	Princípios fundamentais <i>Artigo 19</i>	5,4
Normas fundamentais <i>Artigo 2º</i>	5,4	Responsabilidade profissional médica <i>Artigo 17</i>	6,1	Princípios fundamentais <i>Artigo 2º</i>	3,7
Normas fundamentais <i>Artigo 4º</i>	5,4	Relações com os pacientes <i>Artigo 22</i>	6,1	Responsabilidade profissional <i>Artigo 45</i>	3,7
Normas fundamentais <i>Artigo 5º</i>	5,4	Relações com os pacientes <i>Artigo 28</i>	6,1	Princípios fundamentais <i>Artigo 9º</i>	3,7
Relações com instituições assistenciais e hospitalares, com auxiliares do Serviço Médico <i>Artigo 76</i>	5,4	Relações com os colegas <i>Artigo 33</i>	6,1	Princípios fundamentais <i>Artigo 17</i>	3,4
		Relações com a sociedade e outros profissionais <i>Artigo 8º</i>	6,1	Atestado e boletim médico <i>Artigo 110</i>	3,1
		Dos princípios <i>Princípio I</i>	6,1	Responsabilidade profissional <i>Artigo 30</i>	3,1
		Dos princípios <i>Princípio IV</i>	6,1	Relação com pacientes e familiares <i>Artigo 57</i>	2,7

