

O Estado e a Profissão Médica

Jean-Marie Aupy

Professor emérito
da Universidade de
Bordeaux I, Reitor
honorário da
Universidade de
Bordeaux I,
Presidente honorário
da Associação
Francesa de Direito
Sanitário

Este estudo ar da de modo sintético os diferentes aspectos da intervenção do Estado na profissão médica. Aborda, sucessivamente, as condições de exercício da atividade médica, as modalidades desse exercício; as normas aplicáveis a essa atividade e suas conseqüências. O estudo revela uma ampliação do papel do Estado, que parece inevitável, mas à qual devem ser assinalados alguns limites.

UNITERMOS-Direito médico, direito sanitário, papel do Estado

1. Introdução

A intervenção do Estado no que diz respeito à profissão médica remonta à antiguidade. Entre as coleções do Museu do Louvre, existe a pedra de Hammourabi, do século XVIII AC, que constitui, sem dúvida, o primeiro texto legislativo consagrado à responsabilidade do médico (ou daquele que ocupava essa posição naquela época). Os historiadores relatam, também, numerosos textos de épocas mais recentes.

Entretanto, durante séculos, as regras jurídicas consagradas à medicina tiveram alcance limitado. Tratava-se essencialmente de regras penais concernentes à agressão à vida ou à integridade do corpo humano. Estes textos declaravam implicitamente quais os atos ilícitos e previam a aplicação de sanções penais a seus autores.

Muito mais tarde apareceram regras relativas ao estatuto do médico, suas relações com o paciente, ou ainda normas aplicáveis aos atos que ele podia ou não executar.

Foi assim que os juristas puderam conceber, na época contemporânea, a noção de um direito médico. Até então eles viam regras esparsas no direito civil, no direito penal, no direito público, etc., sem perceber a necessidade de ligá-las a uma mesma disciplina.

Hoje em dia é diferente. Na maioria dos países, o direito médico é estudado e ensinado, suscitando muito interesse junto aos juristas de diferentes origens. Existem, por outro lado, vários textos de lei ou mesmo códigos consagrados à medicina ou à saúde pública.

Como toda disciplina jurídica, o direito médico é essencialmente obra do Estado. Há, seguramente, outras fontes (costumes, atos internacionais), mas que têm importância bastante limitada em vista da regra jurídica de origem estatal.

Isto significa que o Estado desempenha sempre o mesmo papel frente à profissão médica. Bem ao contrário, a intervenção do Estado varia segundo as épocas e os países. As obras da história da medicina evocam situações extremamente diferentes. Igualmente, no que diz respeito, aos estudos muito mais raros de direito médico comparado que abrangem principalmente os textos médicos reunidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

No presente estudo, de porte necessariamente limitado, não é possível expor, mesmo de maneira sucinta, a evolução histórica do direito médico ou proceder a estudos comparativos sobre os sistemas jurídicos relativos à medicina. Ressaltaremos apenas as grandes linhas e as grandes tendências de intervenção do Estado, enfatizando os limites trazidos por essa intervenção.

2. As condições de exercício da atividade médica

Essas condições são fixadas na quase totalidade dos países pelo Estado. Textos legislativos-raramente regulamentos administrativos determinam as obrigações às quais está subordinado o exercício lícito da profissão médica.

A condição essencial formulada por esses textos é uma condição de capacidade. O futuro médico deve ter cumprido estudos durante certo número de anos e sobre certas matérias, estudos esses sancionados pela expedição de um diploma. Este diploma deve normalmente ser um diploma nacional, emitido por estabelecimentos credenciados e habilitados para tal.

Vários estados reservam o exercício da profissão aos formados no país. Às vezes, os estrangeiros são autorizados a exercer a profissão, dentro de certos limites e subordinados à condição de possuírem um diploma nacional, ou seja, revalidando o seu diploma original.

Por vezes, outras condições são exigidas: idade, filiação a uma entidade profissional, posse de diplomas suplementares que permitam o exercício de determinadas especialidades, etc.

Somente as pessoas que preenchem as condições previstas nos textos têm o direito de praticar a medicina. Este monopólio é sancionado por disposições penais que freqüentemente dão lugar a abundante jurisprudência.

Esta intervenção estatal não deveria ser alvo de críticas. Mesmo em países que aderem ao princípio da liberdade econômica e profissional, admite-se a existência de profissões regulamentadas cujo exercício está subordinado à execução de condições precisas. O Estado pode reservar o exercício da profissão médica em seu território às pessoas que preencham estas condições, salvo se concluiu acordos internacionais que limitem esta competência.

3. As modalidades de exercício da medicina

É igualmente função do Estado fixar as modalidades de exercício da profissão médica. Nos países que se dotaram de um direito médico, os textos contêm disposições a esse respeito.

O Estado pode escolher entre diferentes fórmulas, podendo optar pela liberdade total de exercício para aqueles que preenchem as condições legais. Esta liberdade é, entretanto, exercida com os limites jurídicos fixados pela lei. Em vários países que conhecem a distinção das profissões liberais e das comerciais, a profissão médica é mais freqüentemente considerada como uma profissão liberal não submetida às regras que se aplicam às atividades comerciais.

Em certos países existe uma tendência ao desenvolvimento da comercialização no domínio médico, sobretudo no quadro geral do exercício coletivo da medicina ou dos estabelecimentos hospitalares.

A liberdade pode ser atenuada pela existência de uma regulamentação. Em alguns países, os médicos não dispõem da liberdade de estabelecer-se e devem curvar-se a certas restrições territoriais.

É assim que freqüentemente, ao lado das organizações profissionais às quais os médicos aderem livremente em função de suas afinidades ou especialidades, existem organizações profissionais às quais devem estar obrigatoriamente afiliados para poderem exercer sua profissão de maneira lícita. Trata-se, essencialmente, dos "Conselhos Profissionais", presentes em muitos países.

A validade destes Conselhos foi por diversas vezes contestada por médicos que se apegavam principalmente, a disposições de direito internacional. Entretanto, os tribunais geralmente admitiram a existência destas organizações, a despeito dos princípios colocados pelas convenções internacionais, como a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, ou do Pacto de New York, de 1966. Por exemplo, a Corte de Cassação francesa (Instância jurídica superior) e a da Bélgica consideraram que não era irregular a violação provocada pelo exercício do Conselho às liberdades dos médicos.

Às vezes, o Estado pode fazer da profissão médica uma atividade administrativa integrada ao servido público. Esta fórmula foi adotada há alguns anos pela antiga União Soviética e pelas democracias populares que, na sua quase totalidade, recusam-se a aceitar a medicina privada. Nestes países, o médico tinha o caráter de funcionário, e era colocado numa situação administrativa.

É preciso ressaltar, entretanto, que em outros países quase sempre encontramos médicos de serviço público que podem exercer uma atividade não somente administrativa mas também uma atividade assistencial, como a prestada pelos médicos de hospitais públicos, de medicina preventiva, de escolas ou universidades, etc.

Estes diferentes sistemas levantam um problema comum, o de maior dependência a qual os médicos se obrigam.

A razão do problema reside no fato de que o corpo médico freqüentemente afirmou a existência de "liberdades médicas" que devem ser respeitadas pelo Estado e por todos os usuários de serviços de saúde. A lista destas liberdades, que variam conforme os sistemas jurídicos, comporta sobretudo o direito do médico a uma independência, em sua atividade médica por excelência (o aspecto administrativo de sua atividade pode sofrer certas restrições).

É assim que o médico deve gozar do direito de prescrever livremente ao seu paciente o tratamento que o estado deste parece necessitar. Por exemplo, o médico, se se tornar assalariado num estabelecimento hospitalar, deve conservar sua independência em suas relações médicas com o paciente.

Entretanto, esta liberdade, confirmada por vários textos, poderia ser limitada pela intervenção do Estado desejoso, por exemplo, de estabelecer um controle sobre a atividade médica?

Até a época contemporânea, salvo em países totalitários, o princípio da liberdade era aplicado. Ao menos os médicos, na sua filiação às vezes obrigatória a um Conselho Profissional, eram submetidos ao controle deste Conselho.

Apesar de considerados, na mais das vezes, como organizações privadas, os Conselhos Profissionais receberam freqüentemente do Estado o direito de impor a seus filiados regras profissionais obrigatórias. Trata-se dos "códigos deontológicos" que fixam os direitos e obrigações dos médicos nas relações com seus doentes, com outros médicos, junto à administração pública, etc. O Estado se reserva geralmente o direito de dar um valor jurídico a estes códigos.

Por outro lado, o sistema de Conselhos Profissionais é freqüentemente acompanhado de um sistema de sanções profissionais que podem ser infringidas aos médicos que se tornam culpados por condutas faltosas. O Estado interveio para dar um caráter jurídico obrigatório às sanções infringidas pelas organizações profissionais e também para exercer controle jurídico sobre elas, prevendo recurso perante as jurisdições comuns.

Este controle, tradicionalmente ligado às normas de caráter profissional, subsiste ainda apesar das contestações suscitadas. Entretanto, observou-se o aparecimento um novo tipo de controle.

De fato, o Estado se preocupou, na maioria dos países, com o custo crescente das despesas de saúde. Por razões demográficas ou econômicas bem conhecidas, mesmo os Estados que dispõem de maiores recursos dificilmente podem assumir o custo crescente dos encargos de saúde.

Disto resultam políticas restritivas que se repercutem amplamente sobre a liberdade e a independência dos médicos.

O médico aparece, de fato, como o "ordenador das despesas de doença", que, presume-se, sejam *a priori* da área econômica. Isto faz com que os Estados fossem conduzidos a estabelecer limitações qualitativas ou quantitativas sobre suas prescrições e seus procedimentos.

Assim, ocorrem violações crescentes ao direito à saúde que a constituição da OMS de 1945 pareceu consagrar em sua plenitude. Regulamentos éticos, mesmo freqüentemente dissimulados sob a aparência de regras profissionais, vieram introduzir várias limitações à liberdade terapêutica do médico. Essas violações ao direito à saúde são menores nos países desenvolvidos. Ao contrário, os países onde o desenvolvimento sanitário é limitado, tiveram que aceitar que o direito à saúde se restrinja somente a um serviço mínimo.

Sabe-se, por exemplo, que a Conferência de Alma Ata aceitou, por necessidade, a idéia de uma medicina econômica, adaptada ao poder econômico do Estado.

Como as perspectivas da conjuntura não são tranquilizadoras, pode-se esperar, no futuro, a manutenção ou mesmo o reforço desta política-traduzida por um controle crescente exercido pelo Estado sobre a atividade médica.

4. As normas aplicáveis à atividade médica

Como o Estado intervém no que diz respeito às normas aplicáveis à atividade médica?

Por muito tempo estas normas se colocaram fora da ação do Estado. O médico foi tradicionalmente considerado como que exercendo uma espécie de sacerdócio, de atividade sagrada, insusceptível de ver-se submetida a uma regra jurídica.

Isso não quer dizer que a atividade médica escapava, nesta perspectiva, a qualquer norma.

De forma muito antiga e consagrada pela tradição até nossos dias, foi concebida a idéia de uma moral especial inerente ao médico. O juramento de Hipócrates, qualquer que seja sua real origem histórica, corresponde à forma mais antiga desta moral aplicável às relações do médico e seu doente ou com os outros.

Em outras épocas, os médicos se viram submetidos a regras diferentes de origem profissional. Na Idade Média existiram, na maioria dos países europeus, corporações médicas que determinaram as regras aplicáveis à profissão médica (ou às profissões que estavam separadas, como a de cirurgião). Estas corporações determinavam as condições de acesso à profissão e fixavam as regras essenciais. Como os conselhos modernos, elas dispunham do poder de exclusão. O Estado apenas intervinha vis-à-vis destas corporações, de maneira extremamente limitada.

É chocante constatar que no século XIX, numa época de desenvolvimento das técnicas e notadamente da técnica médica, não se assistiu ao desenvolvimento da normatividade jurídica. Bem ao contrário, este período se traduziu por um retorno a uma liberdade às vezes anárquica.

Quando as regulamentações corporativas cessaram de ser aplicadas, o Estado interveio sem dúvida para fixar as condições de exercício, mas não passou disso.

Foram precisos, nesta época, muitos esforços para estabelecer a juridicidade da atividade médica. Na França, após o aparecimento do Código Civil (1804), muitos médicos afirmaram que sua atividade escapava à influência do direito e provinha apenas de sua consciência. Foi somente em 1837 que a Corte de Cassação afirmou que a atividade médica, sobretudo no plano da responsabilidade civil, estava submetida às regras do direito (foi somente em 1937 que a mesma Corte decidiu que a relação do médico e do doente se estabelecia sob forma contratual). Atualmente, a jurisprudência fixa os elementos deste contrato que na França ainda não deu lugar a um texto legislativo.

Sem dúvida, a moral médica fixada em seus elementos tradicionais continuou sendo aplicada. Entretanto, sua autoridade permaneceu limitada, apoiada, como na maior parte das morais, sobre a consciência individual ou sobre as reações da opinião pública.

Foi apenas no século XX que se assistiu ao desenvolvimento da deontologia médica distinta da moral. A deontologia, correspondente ao essencial da moral médica tradicional, foi inicialmente concebida como uma prescrição mais precisa e mais prática que a regra moral, conservando entretanto suas características essenciais.

Posteriormente, se assistiu a uma espécie de integração da regra deontológica na regra jurídica.

A criação dos Conselhos de Médicos (na França, em 1941) foi acompanhada da elaboração do "Código de Deontologia" (houve diversos, adaptados às novas modalidades de evolução da medicina).

Aos Conselhos foi reconhecido o direito de preparar os códigos, mas não de lhes dar valor obrigatório. O Estado, como foi supra-referido, interveio para dar às organizações profissionais o direito de inflingir sanções obrigatórias, prevendo, o entanto, garantias jurisdicionais. Desta maneira, a deontologia aparece como uma espécie de regra jurídica diferente da regra normal em razão de sua limitação ao meio profissional. Por isso, os tribunais hesitaram em aplicar as regras deontológicas como tais.

Foi apenas no período contemporâneo que surgiu uma nova norma aplicável aos médicos, a "ética biomédica". Se bem que a noção remonta a alguns anos, o termo, ao que tudo indica, apareceu apenas em 1971.

A bioética corresponde à reflexão pluridisciplinar que mescla a presença de vários especialistas (médicos, biólogos, juristas, moralistas, etc.). A reflexão destes grupos de caráter discursivo versa sobre problemas biológicos enfrentados logo que eles surgiram e jamais numa perspectiva sistemática análoga a uma doutrina moral ou a um texto jurídico.

Os elementos bioéticos têm um caráter descontínuo e existem neste campo várias lacunas, soluções incertas ou até mesmo contraditórias. As regras de "bioética" dizem respeito, segundo a etimologia, à moral e não têm, de modo algum, caráter obrigatório e restritivo.

É evidente que, concebida desta forma, a bioética parece claramente contrária ao direito: quanto a isso, é necessário apenas destacar algumas diferenças.

A regra de direito apresenta caráter imperativo. Ela cria obrigações jurídicas para seus destinatários na ordem jurídica a que pertence: os interessados não podem infringi-las e devem se limitar a suas prescrições.

Este caráter da norma jurídica obriga a que o órgão do qual ela emana seja dotado de um título jurídico, competência normativa. O desrespeito à regra apresenta o caráter de um ato ilícito. Ocasiona sanções diversas,

nulidade, ineficácia, responsabilidade civil ou penal.

Enfim, a regra de direito se integra num sistema jurídico de caráter hierárquico. Ela fundamenta, eventualmente, a validade de outras regras e encontra, ela mesma, sua validade em regras superiores.

Ora, a regra "bioética" não cria nenhuma obrigação jurídica. Os pareceres dos comitês de ética podem, no máximo, criar um sentimento de obrigação moral, suscitar uma pressão social: não comportam nenhum caráter imperativo, do ponto de vista jurídico do termo; aqueles que os infringem não cometem nenhum ato ilícito, nenhuma falta.

Essa característica corresponde ao fato de que os órgãos que formulam as normas éticas não têm nenhuma autoridade jurídica para estabelecer regras obrigatórias.

Esses órgãos se caracterizam ainda por sua pluralidade e independência. Sua criação é freqüentemente informal e seu número não está limitado. Não existe entre eles nenhuma hierarquia, nenhuma obrigação de se submeter à doutrina de outro órgão. Em face da unidade normativa do direito, estamos na presença de uma polinormatividade.

O organismo "bioético" não está ligado por nenhuma regra jurídica. Nada o impede de sugerir uma solução contrária ao direito positivo.

A essas diferenças essenciais entre o direito e a bioética acrescenta-se uma separação entre seus dois tipos de regulamentação.

A regra bioética é externa ao sistema jurídico e não se integra a ele. O legislador e o juiz podem inspirar-se nela, mas não precisam necessariamente cumpri-la.

Inversamente, a regra bioética não está de nenhum modo ligada pelas regras do direito e o problema de sua legitimidade jurídica não está em discussão. Ela pode, portanto, estar em contradição com as regras do direito. Não se pode, entretanto, exagerar essa distinção.

A regra ética, mesmo não integrada à regra do direito, pode comportar uma certa articulação com ela e receber sanções do tipo jurídico. Por exemplo, um projeto experimental que tenha originado um parecer desfavorável de um Comitê de Ética pode ocasionar uma intervenção e até mesmo uma interdição num hospital ou centro de pesquisas.

Por outro lado, a idéia de relatividade da bioética evidencia uma situação talvez provisória. A longo prazo, as divergências diminuem e estabelece-se uma tendência para a unificação das regras bioéticas.

Deve-se observar, então, que a regra ética corresponde a uma função reguladora estritamente ligada à do direito.

Esta função é inicialmente uma função supletiva. A ética complementa, com uma autoridade social diferente, a regra do direito e soluciona essas lacunas.

É fácil, de fato, verificar que a maioria das regras éticas interfere em matérias onde o legislador poderia ou deveria intervir.

Nesse momento, pode-se contrapor o problema da substituição eventual das regras do direito às regras bioéticas.

Esta situação pode produzir-se na jurisprudência quando o juiz dá uma solução que até então havia colocado em questão apenas regras éticas. Mas, temos atualmente, percebido um desenvolvimento da regra escrita em substituição à regra ética.

É assim que na França, após numerosos e notáveis trabalhos dos comitês de ética nacionais ou locais, o legislador adotou em 1994 uma série de leis ditas "leis bioéticas", que retomaram um determinado número de soluções que eram até então éticas e que só compreendiam uma autoridade moral.

Alguns desejam um desenvolvimento do direito "bioético" invocando as vantagens que apresenta a regra jurídica.

Esta evolução traduz o fim da bioética? Não é certo e talvez não seja o desejável.

A regra bioética, pelo seu pluralismo, pela sua flexibilidade, adapta-se melhor que a regra jurídica às mudanças circunstanciais e, por exemplo, à aparição de novas técnicas.

É preciso apenas lembrar a lentidão da elaboração das regras jurídicas que correm o risco de serem rapidamente ultrapassadas. Mesmo se o Estado é levado a integrar ao direito uma parte da bioética, é desejável que ele deixe subsistir os órgãos capazes de formular regras bioéticas.

A intervenção do Estado é, sem dúvida, indispensável neste campo, mas deve-se pensar que talvez não deva ser exclusiva.

5. As conseqüências da atividade médica

As conseqüências abordadas aqui são aquelas resultantes dos danos causados por esta atividade.

Na França, a intervenção do Estado é tradicional no que concerne à repressão penal. Há muito tempo o Estado fixou um sistema de sanções penais aplicáveis nos casos de agressão à vida ou à integridade da pessoa física. O arsenal de repressão penal evoluiu consideravelmente no decorrer dos séculos, mas seu princípio permanece quase igual.

Entretanto, ao lado da repressão penal, se coloca o problema da reparação civil dos danos causados pela atividade médica.

Desde que esta atividade está submetida aos direitos (como já se viu, não faz muito tempo), ao juiz civil (ou às vezes ao administrativo), se confiou a tarefa de mandar reparar os danos oriundos da atividade médica. Existe, portanto, em todos os países do mundo, jurisprudência relativa a esta responsabilidade, geralmente baseada na noção de culpa.

Mas uma intervenção mais profunda apareceu por parte do Estado. Em alguns países, o legislador interveio, de fato, para consagrar pelos meios legislativos um sistema de reparação automática do dano causado pela coletividade médica, quer seja ou não comprovadamente devido à falta.

Em diferentes países, por exemplo, na Nova Zelândia ou na Suécia, foi instalado um sistema legislativo permitindo a reparação, em determinados casos, de danos causados pelos médicos.

Atualmente, assiste-se, em muitos países, sob pressão da opinião pública, à aplicação de projetos que induzem à criação de sistemas semelhantes. A dificuldade reside evidentemente no alto custo financeiro destas reformas. Mas é provável que os sistemas de reparação, não exigindo uma ação da justiça fundamentada em erro, terão no futuro um certo desenvolvimento.

Concluindo, a intervenção do Estado na profissão médica certamente se amplia na época contemporânea. Foram indicadas as razões desta situação, que se relacionam diretamente ao desejo do Estado de ampliar sua influência por motivo de inevitáveis necessidades, sobretudo econômicas e sociais.

O que cabe destacar é que esta intervenção não deve ser excessiva. A relação médico/paciente deve se estabelecer nesse "colóquio singular", feito de consciência profissional, de intimidade e de confiança, segundo a opinião do Prof. Portes.

Não é desejável que o Estado substitua esta relação por uma situação desumanizada, quase administrativa.

Ressaltamos como um grande progresso o desenvolvimento do direito médico no mundo. É óbvio que este desenvolvimento deve ser contido em justos limites, tanto no interesse do paciente como no do médico.

Abstract-The Government and the Medical Profession

This study briefly analyzes the different points of governmental intervention in the medical profession. It also deals with medical practice conditions and means, the norms applied to this activity and its consequences. The study shows the increasing governmental role, which seems to be unavoidable, but with some limitations.

Endereço para correspondência:

43 Avenue Léon Blum

33110 Le Bouscat

France