

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS SANÇÕES ÉTICO-DISCIPLINARES APLICADAS PELOS CONSELHOS DE MEDICINA

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ETHICAL AND DISCIPLINARY SANCTIONS IMPOSED BY THE MEDICAL BOARD

Edmilson de Almeida Barros Júnior

RESUMO

Utilizando-se de técnicas de hermenêutica constitucional, este trabalho apresenta considerações jurídicas sobre a inconstitucionalidade das sanções ético-disciplinares aplicadas pelos Conselhos de Medicina. Exibe as formas de responsabilização do médico. Distingue ilícito penal de ilícito ético. Delimita a competência sancionatória dos Conselhos de Medicina. Discorre sobre os princípios constitucionais aplicáveis ao processo ético disciplinar dos médicos. Utilizando-se do direito comparado nacional, explica a inconstitucionalidade na aplicação das sanções com fundamento na atipicidade (falta de correlação entre ilícito ético e respectiva penalidade). Delimita os princípios constitucionais violados nos julgamentos éticos. Defende a imediata modificação normativa, correlacionando cada ilícito ético com sua respectiva penalidade e finaliza apresentando os efeitos jurídicos após a ocorrência desta mudança.

PALAVRAS-CHAVES: Hermenêutica Constitucional. Inconstitucionalidade. Aplicação de sanções éticas em Medicina. Conselhos de Medicina. Atipicidade.

ABSTRACT

Using techniques of constitutional hermeneutic, this paper presents legal considerations about the unconstitutionality of the ethics sanctions imposed by the Boards of Medicina. Displays forms of responsibility of the physician. Distinguishes criminal offense of illicit ethical. Wraps the punitive jurisdiction of the Board of Medicine. Discusses the constitutional principles applicable to the procedure ethical disciplinary in medicine. Using the national comparative law, explains the unconstitutionality in the application of sanctions on the basis of atypicality (no correlation between ethical violation and corresponding penalty). Wraps violated constitutional principles. Supports the immediate legislative change, correlating each ethical illicit with its corresponding penalty and ends by presenting the legal effects after the occurrence of this change.

KEYWORDS: Constitutional Hermeneutics. Unconstitutional. Application of ethics sanctions in medicine. Atypicality.

INTRODUÇÃO

Todo processo administrativo ético disciplinar, por ter objetivo sancionatório, possui natureza de processo penal geral, existindo grande similaridade entre este e aquele, notadamente quanto aos princípios punitivos.

Desde o início da formação do Estado, durante a evolução da relação Estado-indivíduo, houve necessidade do estabelecimento de normas que resguardassem direitos básicos do ser humano contra o seu forte poder intervencionista. Surgiu assim, a concepção dos Direitos Humanos Fundamentais, cujos objetivos principais são limitar e controlar os abusos do poder estatal (e de suas autoridades constituídas), consagrando os elementos principiológicos básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno – o Estado Democrático de Direito.

Nesta forma de Estado, se prevê o primado dos direitos humanos, que positivados passam a ser denominados de Direito Fundamentais. Dentro deste grupo existem vários princípios que jamais podem ser desrespeitados, sob pena de por em risco a sobrevivência da própria sociedade. Aplicável ao presente estudo, podemos citar alguns princípios constitucionais que, eventualmente, podem ser colocados em risco: dignidade da pessoa humana (do médico), legalidade (administrativa), tipificação prévia de normas de natureza penal, individualização da sanção e irretroatividade da lei mais severa.

No Estado Democrático de Direito, em que se nega lugar para o absolutismo do soberano, especificamente na forma de proceder da Administração Pública, o preposto administrativo (no caso os julgadores – conselheiros – dos Conselhos de Medicina) subordina-se ao princípio da legalidade. Este ente, temporariamente investido de autoridade administrativa, deve praticar os seus atos em estrita conformidade com as leis e regulamentos.

De forma complementar, pelos ensinamentos adquiridos através de uma aprofundada hermenêutica constitucional, após o início da vigência da Carta Magna de 1988, qualquer legislador, responsável pela elaboração de disciplina sancionatória, também começou a ter a obrigação de pautar a sua atuação dentro dos preceitos dos Direitos Fundamentais consagrados na Constituição.

A previsão de condutas humanas supostamente enquadradas como ilícitas, para fins de individualização das sanções, passou a ter como parâmetros a gravidade do ato, o perfil individual do infrator e a relevância do bem jurídico lesado. Representa a atividade disciplinar, essencial instrumento para assegurar a eficiência/qualidade tanto do prestador de serviços quanto do resultado deste.

No presente estudo serão abordados alguns valores constitucionais que devem direcionar a aplicação das sanções ético-disciplinares, inclusive em Medicina. Todas elas, infelizmente e pelo menos até o

presente momento, especificamente na área médica, são de aplicação meramente subjetiva, o que faz com que, todas as penalidades éticas aplicáveis no âmbito dos Conselhos de Medicina do Brasil, transitadas em julgado ou não, possam ser canceladas pelo Poder Judiciário (Justiça Federal), o que prejudica a Medicina, os bons profissionais e principalmente, os pacientes.

Assim, o presente estudo visa possibilitar àqueles que anseiam por conhecimento sobre as sanções éticas aplicadas pelos Conselhos de Medicina, ampliarem um pouco seus horizontes, abordando o assunto através de uma aprofundada hermenêutica constitucional na forma sistemática.

Tem-se como objetivo analisar os princípios constitucionais inerentes aos processos administrativos, especialmente os éticos disciplinares capitaneados pelos Conselhos de Medicina enquanto Autarquias Federais, e portanto, membro integrante da Administração Pública Estatal, verificando como estes ultrapassam os limites impostos ao poder punitivo do Estado, dentro da perspectiva da Constituição Federal, como norma de controle e de validade para o ordenamento jurídico.

Numa primeira abordagem será analisada a importância desses princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, se apresenta o conflito do *jus puniendi* imposto pelo Estado contra o *jus libertatis* do indivíduo, fazendo sempre uma interpretação valorativa e sistemática à luz da Carta Magna, e da orientação dada por ela ao processo ético disciplinar.

1. FORMAS DE RESPONSABILIDADE MÉDICA.

A responsabilidade, consequência pelo descumprimento total ou parcial da obrigação prévia, varia conforme a natureza da norma violada, podendo ser: ética, civil, criminal (penal) ou administrativa, podendo ainda e de regra, serem exigidas de forma autônoma e independente entre si.

A escolha do local e de qual procedimento civil será aberto contra o profissional cabe, em geral, ao paciente-prejudicado ou familiares. Nas demais esferas de responsabilização, há previsão legal. Na esfera penal a responsabilidade será apurada no local do crime. A responsabilidade ética e estatutária será apurada no Conselho Regional de Medicina-CRM em que o esculápio está registrado ou na área de abrangência do estatuto, respectivamente.

A responsabilidade civil decorre do descumprimento de todas as obrigações de natureza não-penal, podendo ser ligadas às relações de consumo (profissionais liberais), comerciais, trabalhistas, etc. Para que se caracterize a responsabilidade civil exige-se de forma concomitante, a conduta do profissional, o prejuízo material ou moral do ofendido, o nexo de causalidade conduta-dano e a culpa (provando-se a negligência, a imprudência ou a imperícia).

Como modalidade de responsabilidade administrativa, existe a responsabilidade ética que é aquela que diz respeito exclusivamente ao julgamento pelos conselhos de classe do descumprimento das obrigações contidas nos dispositivos do Código de Ética Médica e demais resoluções. Devendo ocorrer à punição sempre que o ato médico venha contrariar qualquer um dos preceitos do citado código.

Toda a apuração de responsabilidade, de qualquer das formas acima, deve ocorrer através de minucioso procedimento denominado processo, devidamente assistido por um advogado experiente, em que seja assegurado ao acusado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

A responsabilidade ética é a forma de responsabilidade mais próxima e comum do médico, mas, contraditoriamente, não é de conhecimento aprofundado pela categoria. Na verdade, de forma rotineira, os médicos sequer sabem o conteúdo do código de ética ou ao menos quantos artigos o diploma contém, embora este tenha sido objeto de estudo no curso médico.

Sem mencionar uma a uma, pois o ato normativo deve ser lido de forma integral e periódica, é essencial se demonstrar que no Código de Ética Médica que vigorou entre 1988 a 2010 tínhamos 145 artigos dos quais 112 vedam ao médico determinada atividade; 15 estabelecem que o médico cabe se dirigir de forma específica; um artigo prescreve a suspensão do registro, quatro artigos preceituam as considerações gerais e apenas nove estabelecem os direitos dos médicos, todos esses em exclusivo benefício do paciente.

O Novo Código de Ética Médica, que passou a vigorar em 2010, dispõe mais dispositivos que seu antecessor. Possui 151 dispositivos, sendo 06 preâmbulares e 145 artigos. O moderno diploma apresenta um total de 164 postulados éticos, divididos em 6 tópicos preâmbulares, 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. Sem dúvida, ambos representam o que há de mais rigoroso que existe no Brasil, no que se refere a códigos de ética profissional, pois, veda de forma objetiva praticamente tudo, transformando, quase sempre, qualquer conduta em dever e obrigação.

A inobservância de qualquer um destes dispositivos dever implicar em inevitável punição. Ocorre que as punições não estão previstas no Código de Ética Médica mas sim na Lei 3268 de 30 de setembro de 1957, que no Art. 22, prevê objetivamente as seguintes penas disciplinares do médico, quais sejam:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;

Tais penalidades deverão obedecer a gradação acima, salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave.

Apesar da expressa e prévia determinação legal da qualidade e da quantidade das penas aplicáveis, a legislação silencia em que momento cada uma dessas penalidades deve ser aplicada, dando oportunidade de escolha sem determinação de tipo e limite, consequentemente, os conselheiros julgadores utilizam da subjetividade para optar pela sanção a ser aplicada e tal fato, como se verá, é arbitrário e descumpre preceitos básicos do ordenamento jurídico nacional.

2. DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR ÉTICO

O conceito analítico de crime considera as três notas fundamentais do fato-crime: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade).

Crime é fato típico (conduta integralmente descrita no diploma legal), antijurídico (contrário à norma) e culpável (deve ficar comprovados o dolo ou a culpa – negligência, imperícia ou imprudência).

A distinção entre ilícito penal e os ilícitos do regime jurídico-administrativo opera-se em dois níveis: No primeiro, se entende como ilícito penal os tipos descritos, seja no Código Penal ou legislação extravagante (fora do Código Penal), como por exemplo, os crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez o ilícito administrativo/ético além de ser fato típico, antijurídico e culpável, deve estar integralmente previsto, mas não em diploma penal, e sim em normas administrativas específicas.

A aferição dessas características são requisitos absolutamente indispensáveis à garantia de uma produção de ato administrativo punitivo justo, em harmonia com os princípios informativos da certeza e justiça do direito sancionador.

Como segunda distinção leva-se em consideração o preceito secundário que representa a pena em tese a ser aplicada. Nas normas penais se pode cominar pena restritiva de liberdade (reclusão ou detenção), quer isoladamente, quer alternativamente, ou cumulativamente com a pena de multa; Nos ilícitos administrativo/disciplinar, jamais poderemos encontrar, em seus preceitos secundários, pena de reclusão ou detenção, mas apenas sanções de menor severidade.

O processo ético-disciplinar é distinto e autônomo do processo penal, assentando essa autonomia, principalmente, na diversidade de pressupostos da responsabilidade criminal e disciplinar, bem como na diferente natureza e finalidade das penas nesses processos aplicáveis.

Preliminarmente, dever-se-á conceituar clara e objetivamente a falta disciplinar, também nominada de infração disciplinar ou irregularidade disciplinar, pois a existência de uma Sindicância ou de Processo Administrativo Disciplinar depende da determinação do ilícito cometido e da previsão correspondente sanção disciplinar cabível em cada caso concreto.

Constitui infração ético-disciplinar a violação, pelo médico, de qualquer dever próprio de sua condição profissional prevista ou definida nos diplomas éticos, no caso o Código de Ética Médica e demais resoluções classistas.

Pelos princípios constitucionais, notadamente da legalidade, sua indissociável tipicidade e da individualização da pena, deve haver prévia determinação de cada ilícito ético disciplinar e também de cada penalidade a ser especificamente aplicada para cada infração, mas como já mencionado nem a Lei 3268/57, nem o Código de Ética Médica, ao apresentar as condutas ilícitas, em nenhum momento, determinou as respectivas sanções, deixando a fixação da modalidade da sanção (dentre as cinco previstas pela Lei 3.268/57) ao livre arbítrio dos conselheiros de plantão, que têm a subjetividade de optar desde uma simples advertência confidencial até a cassação. Esta subjetividade, como já comentado, é absolutamente inaceitável pela moderna interpretação constitucional.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO MÉDICO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Sem adentrar ao conceito jurídico de Constituição Federal, por fugir ao tema, não se pode deixar de destacar que a Constituição é um sistema, devendo suas regras e princípios serem considerados como aplicáveis a todo e qualquer preceito integrado em um sistema de direito interno de um território.

A Constituição Federal de 1988 consagra, expressamente, como fundamento da República Federativa do Brasil, constituído como Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, colacionando em seu artigo 5º um extenso e não-taxativo rol de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas.

Por sua vez, os Direitos Fundamentais representam o conjunto institucionalizado de direitos e garantias humanas que tem por escopo o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio dos órgãos e da atuação estatal, estabelecendo as mínimas condições de vida e desenvolvimento da

personalidade humana.

Em breve síntese, Alexandre de Moraes (2008: 06) preceitua que o Estado Democrático de Direito representa a exigência do regramento por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e com ampla participação popular, além do respeito de todas as autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Representaria uma junção do princípio da legalidade com o princípio democrático, naquilo que ambos têm de relevante ao cotejo do império da lei com a realidade política, social e econômica do Estado.

MORAES (2008: 22) também define a dignidade como:

(...) um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A dignidade humana tem dupla concepção, ensejando um direito individual de proteção contra o arbítrio do Estado e contra os semelhantes, determinando um dever fundamental de tratamento igualitário entre os indivíduos em idêntica situação.

Outro assunto não menos relevante para o estudo das sanções é o postulado da legalidade que convive de maneira harmônica com os preceitos do Estado Democrático de Direito, e visam garantir os valores trazidos pelos pensamentos iluministas, especialmente a liberdade e a segurança jurídica.

Dentro da legalidade dormita o poder punitivo estatal e este, por sua vez, encontra seus limites nos preceitos constitucionais estabelecidos como direitos e garantias individuais, em especial, naqueles que resguardam a intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo processado.

Por este princípio, diferente do que ocorre com os cidadãos, que tudo pode fazer, desde que não haja proibição legal, a Administração Pública somente poderá e deverá fazer aquilo a que, por lei, esteja expressamente autorizada.

Armando da Costa (2002: 64) vai mais além, e explica o que seria a legalidade objetiva, de observância obrigatória ao administrador público (no caso dos conselheiros de Medicina):

Por força deste princípio, deve o processo administrativo disciplinar ter por fundamento de sua instauração por lei, impondo-se desenvolver-se de acordo com ela e ter por escopo a sua preservação. Tal princípio exterioriza-se no sentido de fazer com que a repressão disciplinar seja dinamizada da forma mais legal e legítima possível, preservando os interesses da Administração Pública, sem decurar os direitos individuais assegurados pela ordem jurídica ao servidor. Preordenando-se a manter o predomínio da legalidade e da justiça no funcionalismo público (no caso os Conselhos de Medicina e conselheiros - grifo nosso), deve o processo disciplinar escudar-se numa regra geral específica que assegure a sua desenvoltura dentro da legalidade objetiva, a menos que se pretenda incursionar no campo da invalidade.

A nenhuma norma infraconstitucional se facultada ignorar os valores constitucionais, que servem de fundamento para a toda e qualquer interpretação do ordenamento jurídico, notadamente no que diz respeito à aplicação de normas de natureza sancionatórias, como é o caso nas normas ético-disciplinares.

Assim, fica claro que todos os conselhos de classe, por fazerem parte do Poder Público, na qualidade de Autarquia Federal, são obrigados a cumprir os ditames legais e principalmente as normas constitucionais, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Desnecessário dizer que o conselheiro de qualquer órgão de classe está temporariamente investido de autoridade pública, é preposto do conselho que compõe, estando igualmente obrigado a se nortear pelo ordenamento jurídico respeitando todos os seus princípios.

4. A COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIAS DOS CONSELHOS DE MEDICINA NO BRASIL

O Conselho Federal de Medicina-CFM é o órgão máximo de regulamentação e fiscalização do exercício profissional da Medicina, possuindo assim como os Conselhos Regionais, natureza jurídica de Autarquia Federal. O CFM é entidade de cúpula, cuja decisão normativa ou recursal (absolvição ou condenação) é final, inquestionável e irrecorrível em qualquer âmbito administrativo.

O poder de disciplinar e aplicar penalidades aos médicos compete exclusivamente ao Conselho Regional, em que estavam inscritos ao tempo do suposto fato antiético com direito de recurso para o Conselho Federal de Medicina e sempre que manifestamente ilegais, passíveis de nulidade judicial.

De nada valeria propalar a existência dos princípios constitucionais citados se não houvesse, paralelamente, um órgão autônomo e independente para fiscalizar essa sujeição da Administração à Lei. Este órgão é o Poder Judiciário.

Deve ser enfatizado, porém, que o Judiciário deverá atentar-se apenas aos aspectos da legalidade do

ato impugnado, sendo-lhe vedado incursionar no mérito da punição, para verificar se a reprimenda foi imposta com justiça ou injustiça.

A aplicação de sanções éticas em Medicina, com base em critérios subjetivos de cada conselheiro, e sem especificação prévia da conduta anti-ética e sua respectiva penalidade, fere a constitucionalidade e é ilegal, podendo ser revista em todos os casos pelo Poder Judiciário.

Os Conselhos Federal e Regionais de Medicina na condição jurídica de autarquias federais integram a Administração Pública e, consequentemente compõe o Poder Estatal, devendo obedecer todos os princípios constitucionais e legais que regem o Direito Administrativo.

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS SANÇÕES ÉTICO-DISCIPLINARES

Os Princípios aplicáveis aos procedimentos administrativos de apuração por suposta infração ética (Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar), estão basicamente estatuidos no caput do artigo 37 da Carta Constitucional de 1988.

Aplicável ao tema deste estudo tem-se, dentre outros:

Princípio da Legalidade: base de qualquer ato da Administração Pública, em que está deve ser cumpridora estrita dos mandamentos legais, somente podendo executar o que neles está expressamente permitido, proibindo-se por exclusão, qualquer ação sem correspondente amparo legal. Qualquer ato desrespeitoso deve ser considerado como ilegal, injurídico e anulável, sem prejuízo da responsabilização pessoal dos seus autores (órgão e servidor). Contrariamente, este princípio para o particular representa a permissão jurídica de se fazer tudo que não seja proibido. Lembramos que os Conselhos de Medicina são Autarquias Federais e seus conselheiros equiparados a servidores públicos para fins penais, ainda que sabidamente exerçam cargos/funções sem remuneração.

Princípio da Impessoalidade: A atividade da administração é destinada a todos os administrados, independentemente de valores ou sentimentos pessoais. Por este princípio, nos procedimentos disciplinares, a autoridade designada para apurar não deve misturar o seu interesse/sentimento pessoal com a entidade da Administração.

Princípio da individualização da pena: meio para retribuir o mal concreto da infração, com o mal concreto respectivo da pena, na concreta personalidade do condenado e dentro dos limites e espécies previamente estabelecidos de forma abstrata pela norma sancionadora.

O exercício do poder disciplinar, embora apresente peculiaridades, não foge a desses princípios, devendo, pois, ser dinamizado sempre com sujeição absoluta às normas jurídicas.

Muitos outros princípios existem tais como: celeridade, economia processual, contraditório, ampla defesa, proporcionalidade, finalidade, motivação, moralidade, interesse público, eficiência, etc. Para não se tornar ainda mais extenso, doravante a discussão se resumirá aos princípios desrespeitados pelos Conselhos de Medicina quando da aplicação das sanções. O texto se debruçará principalmente sobre o princípio da legalidade e seus consectários e sobre o princípio da individualização da pena.

Sobre o princípio da legalidade José Afonso da Silva (2007: 121) leciona que *o princípio da legalidade é também um princípio basilar no Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realiza o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.*

Dessa maneira, somente uma lei vigente antes da ocorrência do fato ilícito pode definir os delitos e suas respectivas sanções. Deve-se ressaltar que para o médico as Resoluções também têm força de lei.

O princípio da legalidade é, por essência, um limite constitucional do poder arbitrário do Estado. Mais do que um direito é uma garantia constitucional que impede qualquer atuação ilegal do Estado, seus órgãos e autoridades. Pode ser desdobrado em três tipos: da reserva legal, da determinação taxativa e da irretroatividade.

Não há dúvidas, que o princípio da reserva legal também deve ser sempre observado na aplicação e execução das penas e não apenas na descrição da conduta proibida.

O princípio da reserva legal delimita o poder punitivo da Administração Pública e dá ao direito sancionador uma função garantista, definindo para cada delito a prévia definição de sua respectiva pena, ficando ainda o médico ciente de que só pelos fatos anteriormente delineados como infrações éticas poderão ser responsabilizados e, apenas naquelas sanções respectivas, também previamente fixadas, podem ser condenados.

Outro desdobramento do princípio da legalidade é o da determinação taxativa. Tal princípio dispõe sobre a exigência das normas sancionatórias serem elaboradas de forma clara, certa e precisa, evitando assim que o legislador elabore normas ambíguas, equívocas e vagas, dando lugar a arbitrariedade e subjetivismos.

Em relação ao princípio de individualização da pena é de se ressaltar que, no âmbito ético

administrativo, a individualização da pena passa necessariamente por três fases distintas: a legislativa, a administrativa julgadora e a administrativa executória.

No primeiro momento, a norma delimita as sanções respectivas para cada tipo de delito, guardando proporcionalidade com a relevância do bem jurídico protegido, com o perfil do infrator e com o grau de lesividade da conduta.

Na segunda fase, ocorre a individualização do ilícito realizado pelos julgadores. Diante das diretrizes fixadas pela legislação, o julgador deve decidir qual pena deve ser aplicada dentre aquelas taxativamente previstas, no que diz respeito às modalidades e quantidades, sempre dentro dos limites trazidos no preceito sancionatório secundário.

A terceira e última etapa da individualização da pena ocorre em sua execução e é denominada de administrativa executória, sendo neste momento que a sanção começa a atuar efetivamente sobre o condenado, que se mostrou insensível a ameaça contida na previsão legal.

Para que a punição seja possível impõe-se como elemento legal a necessidade de texto anterior para a incriminação de certo fato com sua respectiva penalidade.

Alguns autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, defendem a atipicidade nos processos administrativos, afirmando porém que a ausência de tipicidade nas faltas disciplinares não significa que a ação administrativa se realize em caráter arbitrário ou injurídico. Para estes autores, a tipicidade só deve ser adotada para delitos de maior gravidade.

Ora, o direito administrativo sancionador/disciplinar é apenas mais uma das manifestações do *ius puniendi* do Estado. Sua diferença para o direito penal é apenas de grau.

Não há como se falar de ilícito administrativo ontologicamente distinto de ilícito penal. A distinção repousa apenas em critérios de conveniência ou de oportunidade, à medida do interesse estatal, variável no tempo e no espaço ou em algumas situações, da mera faculdade política do legislador.

O direito disciplinar e as suas respectivas sanções do ponto de vista teórico é análogo ao direito penal, conforme lição do penalista lusitano Jorge de Figueiredo Dias citado por Mauro Roberto Gomes de Mattos no artigo - A acusação no Processo Administrativo Disciplinar deve ser circunstanciada, objetiva, direta e ter previsão em um tipo legal – princípio da tipicidade no Direito Administrativo: *Essa aproximação é de consequência do Estado, estritamente subordinado ao princípio da legalidade da Administração.*

Embora a doutrina mais antiga (e já ultrapassada) defendesse a tese de que poderia haver atipicidade das condutas infracionais disciplinares em âmbito administrativo, apesar de que já se exigisse a tipicidade expressa das sanções a serem aplicadas; a doutrina mais moderna defende que no processo administrativo disciplinar também deve ser exigido, além da tipicidade da pena, também o respeito e a observância ao princípio da tipicidade, já na descrição da conduta infracional disciplinar, pois do contrário, se imporia uma lacuna de liberdade no âmbito disciplinar, que geraria insegurança jurídica no seio social.

Aquela ultrapassada concepção de autoritarismo que existia no processo administrativo disciplinar não mais se sustenta, pois o direito administrativo sancionador já incorporou vários princípios constitucionais de natureza penal.

Consigne-se que o Superior Tribunal de Justiça já referendou a incidência do princípio da tipicidade no processo administrativo disciplinar. À título de exemplo, no magistral julgado da 5ª Turma, do STJ, ROMS nº 16.264/GO - Ministra Laurita Vaz – houve o seguinte decisório:

No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal. Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito.

No seu voto condutor a Ministra, ao estabelecer a similitude do direito disciplinar ao direito penal, vinculou a discricionariedade do administrador público ao princípio da legalidade:

É que, no campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal. Não se pode admitir-se que a discricionariedade do administrador atue de forma derogatória do princípio da legalidade, em especial nos casos cujos preceitos secundários cominem penalidades graves ou gravíssimas....

O Direito Administrativo sancionador contemporâneo, de forte influência espanhola, tem como requisito a existência de um ilícito administrativo-ético previsto na legislação, com a clara e certa descrição da conduta infracional e sua respectiva sanção, se possível contendo o tipo e os limites mínimos e máximos

de cada penalidade.

Do ponto de vista constitucional, inexistente liberdade na escolha subjetiva para imposição de sanções, inclusive quando se tratar de responsabilidade administrativa e/ou ético-disciplinar. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da conduta, quanto de sua respectiva consequência (penalidade).

Antes de tudo, é exigência de uma boa ordem jurídica que se preveja com amplitude as possíveis condutas infracionais ético-disciplinares e se fixem, com precisão, as suas sanções correspondentes.

O princípio da adequação punitiva impõe limites legais à discricionariedade da autoridade em determinar a penalidade aplicada. A sanção imposta (específica àquele ilícito ético) deverá ser adequada à conduta faltosa e, proporcional à sua gravidade.

6. TIPICIDADE DAS SANÇÕES ÉTICO DISCIPLINARES

CARVALHO FILHO (2007: 347) define o termo “sanções” em sentido amplo:

Sanções são atos de natureza punitiva praticados em decorrência de comportamento ofensivo a preceito legal. O pressuposto dos atos sancionatórios consiste na violação à norma legal. Se esta enuncia determinado preceito e o indivíduo o infringe, a conduta reveste-se de ilicitude, já que o parâmetro de licitude é o que a lei estabelece.

Haverá atividade sancionatória quando a conduta ilícita se vincula a imposição de uma privação de direitos, seja com uma finalidade repressiva da infração, preventiva ou desestimuladora de condutas similares.

Deve ainda ser levado em consideração que as sanções decorrem sempre de atividade vinculada do julgador, não se conferindo a este nenhum poder discricionário para que, a seu critério, aplique esta ou aquela espécie de punição. Terá sim o dever de aplicar apenas aquela(s) pena(s) específica(s) conectada(s) à conduta infracional comprovadamente praticada.

Mas o que seria tipicidade? Esta não se confunde com tipo. Fato típico é a descrição de uma conduta considerada proibida, para qual se estabelece sua respectiva sanção. Um fato típico é aquele que se adequa a essa descrição abstrata.

Também não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula abstrata (conduta e respectiva sanção) que pertence à norma, enquanto a tipicidade pertence à conduta do autor. Um fato típico é uma conduta humana prevista na norma sancionatória; tipicidade é a adequação da conduta a um tipo.

O julgador comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização do tipo, para analisar a adequação. Este processo mental é o juízo de tipicidade que o julgador deve realizar.

Sobre o tema Eduardo Rocha Dias (1997: 39) ensina com maestria:

O princípio da tipicidade (lex certa), em sentido positivo, significa que a previsão normativa das sanções e infrações deve assumir um grau mínimo de precisão de modo a permitir aos interessados mensurar o tipo de comportamentos sancionáveis e as punições a que estão sujeitos.

Parafraseando José Cretella Jr, pode-se afirmar que as sanções disciplinares, em sentido amplo, representam a consequência danosa para o autor de um fato que desrespeita uma norma administrativa. Esta norma, além do objetivo de identificação da ação ilícita e seu respectivo “castigo”, ainda se presta como meio de restauração da ordem jurídica perturbada. No caso da ética médica, o Estado (representado por uma Autarquia Federal – os Conselhos de Medicina), deve proteger sempre a norma jurídica (no caso os ditames éticos), sancionando disciplinarmente, através do devido processo legal, qualquer profissional que atente contra a ética profissional.

As sanções disciplinares, segundo o mesmo autor, podem ainda ser classificadas: quanto à natureza, dividindo-se em morais (advertência e a repreensão, que vem a atingir o íntimo do punido ferindo-o no amor próprio e no brio), pecuniárias (multa, incide sobre o patrimônio do infrator, descompensando-o) ou mistas (participam de ambas as naturezas, atingindo a pessoa e o patrimônio do infrator, por exemplo, a suspensão). Repita-se que inexistente punição ética de multa ou prisão.

Quanto ao fim a que se destina, o Cretella Jr divide as sanções disciplinares em corretivas (tem por objetivo a correção do infrator, como a advertência, a repreensão, a suspensão e a multa), expulsivas (tem em mira a proteção do cargo e do serviço público, como a aposentadoria compulsória, a disponibilidade e a demissão) e revocatória (cassação de aposentadoria e cassação de disponibilidade).

Desta classificação das sanções disciplinares, e acompanhando o que estabelece a única norma jurídica que prevê as sanções éticas, podemos concluir que se a Lei 3268/57, por um lado garante legalmente que os médicos poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, desde que realizada a sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja circunscrição se achar o local de sua atividade e previamente registradas suas qualificações; por outro assegura com exclusividade aos

Conselhos de Medicina o poder de disciplinar e aplicar as penalidades acima mencionadas.

Quanto à tipicidade e à referida vinculação, entre preceito primário (conduta proibida) e o preceito secundário (penalidade), Barcellar Filho (2003: 178) ministra que:

Na doutrina espanhola, Eduardo García de Enterría e Tomás Ramon Fernandez incluem a tipicidade entre os princípios do direito administrativo sancionatório, a exigir a descrição legal de uma conduta específica conectada a sua respectiva sanção administrativa (...).

A partir da tipificação do ilícito, cabe definir a pena específica aplicável, tarefa para a qual o julgador, respeitados os parâmetros legais, também possui, em certas hipóteses, alguma margem de discricionariedade, tendo o julgador, neste caso, limite legal para a escolha da sanção, diferentemente da decisão com margem de arbitrariedade, ou seja aplicada de acordo com parâmetros pessoais, sem definição legal de limite quanto à sua utilização. Pode ele, por exemplo, para um fato apenado com suspensão de ATÉ 30 dias, optar pela aplicação de uma suspensão de 20 dias. Enfim, discricionariamente, pode escolher pela sanção que, em seu entender, mais se adegue ao interesse público e melhor reprima a falta ética, desde que respeite os limites da norma e, obviamente, todos os princípios que regem a atividade administrativa, dentre os quais deve ser ressaltado, no caso, o princípio da legalidade.

Para melhor compreensão poderemos classificar a tipicidade em dois tipos: intrínseca e extrínseca. Na tipicidade intrínseca, a conduta se adequaria aos tipos/sanções previstas no mesmo diploma normativo. Por exemplo: no Código Penal estão previstos tanto o tipo, quanto a respectiva sanção por omissão de socorro. Seria a tipicidade intrínseca dita direta, já que a conduta e a sanção estão no mesmo artigo.

Existem os casos de que embora previstas no mesmo diploma normativo, ter-se-ia um artigo prevendo o tipo e em um outro artigo, haveria a previsão da respectiva sanção. Seria a tipicidade intrínseca indireta. Em síntese, no gênero tipicidade intrínseca dormiriam as espécies: direta e indireta.

Ocorre que, em algumas situações existe a previsão de tipos proibidos em um diploma e, em outra norma distinta, a previsão da respectiva sanção. É a chamada tipicidade extrínseca. Desaconselhada e raramente utilizada pelo risco de arbitrariedades.

Curiosamente as sanções éticas em Medicina estão fora de todas as modalidades de tipicidade acima citadas. Poder-se-ia tentar enquadrar as normas éticas na tipicidade extrínseca, afinal, os ilícitos éticos estão previstos em um diploma, no caso o Código de Ética Médica e as sanções estão previstas na Lei 3268/57.

Ocorre que esse enquadramento é aparente. Inexiste no caso da tipicidade intrínseca, e na extrínseca, se exige prévia e taxativa determinação de infração ética e sua respectiva sanção, o que não ocorre nos diplomas sancionatórios da ética médica. Não há identificação de qual sanção ética será aplicada para cada infração. Esse vínculo de enquadramento é feito de forma subjetiva ao alvedrio da consciência e critérios de cada conselheiro julgador, o que ultrapassa o âmbito da discricionariedade, já que não há limite legal, podendo ser, portanto, arbitrário.

7. COMPARATIVOS COM ALGUMAS NORMAS ADMINISTRATIVAS SANCIONATÓRIAS

Constitui-se em mandamento constitucional – art. 5º - XXXIX - que define o princípio da legalidade: *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.* Significa dizer que toda norma sancionadora deve possuir prévia e expressa conduta proibida e, que cada uma dessas condutas proibidas deve ter muito bem determinada a sua respectiva penalidade.

Em matéria sancionatória a tipicidade (conduta e pena) é consequência lógica da legalidade.

Como já explicado a tipicidade pode ser: extrínseca e intrínseca. Esta última se biparte em direta ou indireta. Desconsiderando-se a extrínseca dada a sua rara utilização, se apresenta alguns exemplos da tipicidade intrínseca direta e indireta.

São exemplos de diplomas normativos sancionatórios com tipicidade intrínseca direta (infração e sanção no mesmo artigo de uma mesma norma):

Código Penal - Omissão de socorro:

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Código Penal - Falsidade de atestado médico:

Art. 302 - Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

Como exemplo de diploma normativo sancionatório com tipicidade intrínseca indireta:

Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...) – incisos I a XIX

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

Dentre os incontáveis exemplos de tipicidade intrínseca indireta em âmbito ético temos o Código Ética de Enfermagem - Resolução COFEN-240/2000, que prevê as responsabilidades do enfermeiro(a) nos art.16 a 20, os deveres nos artigos 21 a 41, as proibições nos artigos 42 a 70 e os deveres disciplinares nos arts. 71 a 79.

Art. 85 - As penalidades a serem impostas pelos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem, conforme o que determina o Art. 18, da Lei nº 5.905, de 12 de julho de 1973, são as seguintes:

I - Advertência verbal.

II - Multa.

III - Censura.

IV - Suspensão do exercício profissional.

V - Cassação do direito ao exercício profissional.

Art. 92 - A pena de Advertência Verbal é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 16 a 26; 28 a 35; 37 a 44; 47 a 50; 52; 54; 56; 58 a 62 e 64 a 78 deste Código.

Art. 93 - A pena de Multa é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 16 a 75 e 77 a 79, deste Código.

Art. 94 - A pena de Censura é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 16; 17; 21 a 29; 32; 35 a 37; 42; 43; 45 a 53; 55 a 75 e 77 a 79, deste Código.

Art. 95 - A pena de Suspensão do Exercício Profissional é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 16; 17; 21 a 25; 29; 32; 36; 42; 43; 45 a 48; 50 a 53; 57 a 60; 63; 66; 67; 70 a 72; 75 e 79, deste Código.

Art. 96 - A pena de Cassação do Direito ao Exercício Profissional é aplicável nos casos de infrações ao que está estabelecido nos artigos: 16; 24; 36; 42; 45; 46; 51 a 53; 57; 60; 70 e 79, deste Código.

Até o Estatuto da OAB adota a tipicidade intrínseca indireta nas suas normas éticas sancionadoras:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

(...) – incisos I a XXIX.

Art. 35. As sanções disciplinares consistem em:

I - censura;

II - suspensão;

III - exclusão;

IV - multa.

Art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34;

(...)

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:
I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34;
(...)

Art. 38. A exclusão é aplicável nos casos de:
(...)

Observe que, independente da localização da previsão sancionatória do diploma normativo, se junto ou separada da conduta proibida, ambas, infrações e respectivas sanções, estão claramente previstas. Cada infração possui previsão de sua respectiva penalidade. Não há arbítrio e muito menos subjetividade na aplicação da sanção disciplinar. Previamente cada julgador e acusado já sabem qual sanção (tipo, limites mínimo e máximo) será aplicada, uma vez comprovada a conduta infracional.

Muito mais do que uma garantia para o autor da infração, a tipicidade das sanções disciplinares se traduzem em afirmar o fortalecimento da sociedade e do Estado Democrático de Direito através dos limites da atuação arbitrária do Poder Estatal.

8. INCONSTITUCIONALIDADE DE TODAS AS SANÇÕES ÉTICAS APLICADAS PELOS CONSELHOS DE MEDICINA

Antes de se avançar, se deve distinguir Processo Administrativo Ético-disciplinar de Sindicância. Aquele é o instrumento próprio para viabilizar aplicação de sanções disciplinares no âmbito da Administração Pública direta, autarquia, ou nas fundações públicas. Sindicância (peça preliminar e informativa de elucidação de irregularidades), por sua vez, corresponde ao procedimento sumário pelo qual se coletam informações que tendem a prover elementos esclarecedores de determinados atos ou fatos, os quais, uma vez confirmados motivarão a abertura do processo disciplinar.

Os Processos Administrativos Disciplinares buscam garantir ao acusado, no caso o médico, o equilíbrio social contra decisões injustas e proporcionam à Administração Pública um clima de segurança e de legalidade. Trata-se de forma jurídica prevista pela legislação para investigar e se for o caso, punir o médico que tenha transgredido os seus deveres profissionais.

A conduta profissional tida como irregular deve ser revestida de tipicidade e antijuridicidade, bem como devem existir indícios evidentes de autoria e existência do fato delituoso, para que, desde a fase que antecede a instauração do procedimento disciplinar, seja revelada uma justa causa, capaz de respaldar o início da investigação disciplinar.

É importante para toda a sociedade que as autoridades públicas incumbidas deste *mister* não engendrem atos dissociados do direito, ainda mais quando se verifica que eles são produzidos na esfera sancionatória do Estado.

A tipificação prévia e completa de um ilícito (infração e respectiva penalidade) passa a assumir papel de grande relevância, tanto na esfera penal quanto disciplinar/sancionatória, pois nesse ramo do direito, apesar de ser instância administrativa, é responsável pela aplicação de severas penas, que possuem a possibilidade de ocasionar um permanente dano psicológico, com reflexos financeiros, familiares e sociais, na vida do médico condenado disciplinarmente.

O princípio da tipicidade é importantíssimo para preservação do princípio da legalidade. Deve estar previamente descrita na norma a conduta infracional e a sua respectiva consequência.

Ocorre que, na área ético-disciplinar da Medicina, se tem a Lei 3268/57 que prevê as cinco penalidades éticas, sem especificar a que infrações ético-disciplinares cada pena se aplica. Por sua vez, o Código de Ética vigente somente prevê as condutas proibidas, omitindo-se também em determinar as penas (da Lei 3268/57) que serão aplicadas para cada ilícito ético cometido.

Não há especificação de critério objetivo. Sem determinação prévia da penalidade a ser aplicada especificamente em cada infração ética, os julgamentos dos conselhos ficam a exclusivo critério da subjetividade e da consciência de cada julgador, podendo ocorrer o absurdo que uma mesma infração ética, para um julgador possa ser enquadrada como simples advertência confidencial em aviso reservado e para outro, passível de uma suspensão de 30 dias ou até cassação.

Não se diga que tal situação refletiria a discricionariedade do julgador administrativo. É bem verdade que a discricionariedade é um poder que se dá a autoridade administrativa para decidir, mas esta decisão sempre ocorre dentro dos limites legais. Discricionariedade do conselheiro julgador existiria de forma legítima se, para uma determinada infração existisse a previsão da pena específica de suspensão, dentro de um limite, por exemplo, de até 30 dias. Ora, uma vez comprovada a conduta infracional, dentro do limite previsto de sanção (até 30 dias de suspensão), poderia o julgador optar por 5, ou 10, ou 25 dias de suspensão, obviamente sempre observando-se o limite máximo. Isto sim seria discricionariedade (poder decisório dentro dos limites legais). A aplicação das penalidades nos julgados dos conselhos são arbitrárias e não discricionárias.

Tal situação gera flagrante insegurança jurídica e grande desrespeito aos princípios constitucionais, lesando não só o acusado, mas a própria Sociedade, já que, por outro lado, pode levar os maus profissionais

à impunidade.

Uma vez aplicada qualquer sanção ético-disciplinar, independente do eventual cabimento de recurso, por ofender os ditames constitucionais e legais acima dispostos, cabe ao condenado propor ação judicial pertinente para anular e/ou trancar qualquer procedimento ético-disciplinar em curso. Tal medida pode ser desde uma simples ação ordinária declaratória ou anulatória, até o Mandado de Segurança. Este último, modificado pela Lei 12.016/09, agora passível de ser utilizado contra ato disciplinar ilegal ou abusivo.

Há de se argumentar que aqui não se trata de defender a impunidade de maus médicos, mas de assegurar o respeito aos princípios constitucionais sancionatórios, e assim garantir a segurança jurídica e o interesse da própria sociedade contra arbitrariedades do poder estatal.

O Código de Ética Médica (2009), em seu capítulo XIV - III previu a possibilidade de o Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina e a categoria médica, promover a revisão e atualização do presente Código quando necessárias.

Por flagrante inconstitucionalidade, já havia necessidade de revisão do Código de Processo Ético Disciplinar dos Conselhos de Medicina do Brasil, já que a pena de cassação é de caráter perpétuo, pois a reabilitação a essa forma de penalidade não se aplica, por expressa exclusão. Uma vez cassado o esculápio, pela legislação atual, este jamais voltará a ser médico. Surge então a segunda necessidade de revisão, só que desta vez do Código de Ética Médica que acabara de nascer. Nesta revisão cada infração deve prever sua(s) respectiva(s) penalidade(s) dentre as cinco formas já estatuídas na Lei 3268/57.

9. EFEITOS JURÍDICOS APÓS A TIPIFICAÇÃO (CORRELAÇÃO ENTRE ILÍCITO ÉTICO E SANÇÃO).

Por todo o já exposto, ficou patente a indiscutível necessidade de que o CFM modifique imediatamente as normas éticas e, previamente, especifique cada tipo de infração com a sua respectiva penalidade.

Para finalizar, porém, não se pode deixar de explicar que uma vez ocorrida essa tipificação, seja na modalidade intrínseca ou extrínseca, os efeitos jamais retroagirão. Na verdade toda a nova regulamentação terá efeitos *ex-nunc*, ou seja, será de observância obrigatória, do início de sua vigência em diante.

Pelo princípio da irretroatividade da norma mais severa, em hipótese nenhuma poderá a lei retroagir para aplicação em condutas supostamente anti-éticas, praticadas até o dia anterior ao início da vigência.

O motivo desta não retroação de efeitos também possui embasamento constitucional. Como já foi exaustivamente explicado, as penalidades éticas possuem natureza sancionatória e portanto penas, e a Constituição Federal de 1988 prevê:

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:

(...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Obviamente, em se aplicando uma norma posterior a um fato ocorrido antes de sua vigência, com finalidade punitiva, ainda que sob o argumento de proteção do interesse social ou público, ocorrerá grande prejuízo ao acusado médico.

Assim, por impedimento constitucional de retroação de toda norma de natureza penal que prejudique o réu (no caso, o médico acusado de infração ética), e sob pena de estimular a impunidade de maus e anti-éticos profissionais, face a possibilidade de ficar o Código de Ética Médica absolutamente inócuo, por anulação da aplicação das penalidades pelo Poder Judiciário, urge imediata a necessidade por parte do Conselho Federal de Medicina, da tipificação de cada ilícito ético com a sua correspondente sanção.

CONCLUSÕES

1. Os princípios constitucionais relacionados as medidas sancionatórias impostas pela Administração Pública é o suporte básico para o legislador busque cada vez mais o aprimoramento da tipificação das condutas e suas respectivas sanções, de tal forma que o Direito alcance a finalidade precípua de atuação eficaz na realização da paz social e na melhoria dos serviços médicos prestados à Sociedade, não se afastando, contudo, das garantias e direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos, inclusive aos médicos.
2. O princípio da legalidade é inegavelmente um limite constitucional ao poder do Estado para que não puna arbitrariamente seus indivíduos, impedindo que este haja senão em virtude e dentro dos limites da lei.
3. O direito administrativo sancionador/disciplinar é apenas mais uma das manifestações do *ius puniendi* do Estado. Sua diferença para o direito penal é apenas de grau ou opção do legislador.

4. Não há como se falar de ilícito administrativo ontologicamente distinto de ilícito penal. A distinção repousa apenas em critérios de conveniência ou de oportunidade, à medida do interesse estatal, variável no tempo e no espaço, sendo aquele um *minus* em relação a este último.
5. Para se evitar a imposição indiscriminada e arbitrária de sanções ético-disciplinares, por parte de alguma autoridade pública, devem ser aplicados os princípios da legalidade, da individualização da pena, proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica no processo administrativo disciplinar, para que os ditames da justiça sejam respeitados.
6. É arbitrária e inconstitucional que cada conselheiro julgador escolha, com base em seus critérios subjetivos e eminentemente pessoais, qual das cinco modalidades de sanções éticas será aplicada. Não há a expressa e prévia menção do legislador de qual pena será aplicada a sua respectiva conduta. Enquanto essa vinculação expressa não ocorrer, qualquer aplicação de penalidade pelos Conselhos de Medicina será, a nosso entender, facilmente anulada no Poder Judiciário.
7. A própria existência de um processo limita o poder coercitivo do Estado, para tanto devem ser respeitadas as normas, os princípios constitucionais e as garantias dadas ao indivíduo, para que não haja abusos e violações aos seus direitos, a sua dignidade profissional de médico, enquanto ser humano e cidadão.
8. Não basta o denunciante e o conselho comprovar mediante elementos de certeza a culpabilidade do infrator ético, deve haver prévia e expressa previsão não somente das infrações éticas, mas também, com a mesma essencialidade, a sua respectiva penalidade. É uma questão que interessa diretamente não somente aos médicos denunciados, mas a toda a sociedade, já que se trata da limitação do arbítrio e do poder punitivo do Estado, aqui representado pela Administração Pública, onde por sua vez é representado por uma Autarquia Federal – Os Conselhos de Medicina.
9. Uma condenação aplicada exclusivamente com base no “prudente arbítrio e subjetividade do julgador” é arbitrária. Não se concebe que uma infração ética venha desacompanhada de sua respectiva sanção. Aceitar ou defender esse fato como correto é atestar a licitude do excesso/abuso de poder da autoridade administrativa.
10. Não se pode aceitar os “condenacionismos”, pois o direito já conviveu por muito tempo com esse tipo de postura do Estado e de seus órgãos e agentes. O transcurso histórico revela muitas opressões e injustiças, causadas pelas condenações indevidas até mesmo de inocentes que caíram em desgraça por serem opositores da autoridade de plantão.
11. Toda norma que defina infrações deve ser precisa, marcando com exatidão a conduta que objetiva punir e sua sanção específica, ainda que dentro desta haja espaço para valoração mais branda ou mais grave. Assim, em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas normas vagas ou imprecisas, que não deixem perfeitamente delimitado o comportamento a ser recriminado. Também não se permite que o julgador, que vai aplicar as normas, empregue sua subjetividade pessoal para optar por esta ou aquela sanção.
12. Antes de tudo, é exigência de uma boa ordem jurídica que se prevejam com amplitude as possíveis infrações ético-disciplinares e, se fixem com precisão, as sanções correspondentes, acomodando-se ao princípio que condiciona a configuração e a punibilidade de cada delito específico.
13. O presente estudo não objetiva defender a impunidade de profissionais anti-éticos, mas de assegurar o respeito aos princípios constitucionais sancionatórios, garantindo a segurança jurídica e o interesse da própria sociedade contra qualquer arbitrariedades que venha a ser cometida pelo poder estatal.
14. Como cabalmente comprovado, o Código de Ética Médica (2009) previu a possibilidade de o Conselho Federal de Medicina promover a revisão e atualização do presente Código quando necessárias. Portanto, cabe imediata revisão do Código de Ética Médica para se estabelecer em cada infração sua(s) respectiva(s) penalidade(s) dentre as cinco formas previstas na lei 3268/57.
15. Da forma atual que esta prevista na legislação, a aplicação de qualquer penalidade ético-disciplinar pelos conselhos de medicina está passível de anulação por parte do Poder Judiciário Federal, tornando os ditames do Código de Ética Médica absolutamente inúteis.

16. Uma vez ocorrida à alteração (identificação prévia e clara de cada ilícito ético com a sua respectiva sanção), os efeitos normativos somente serão do início da vigência da nova norma em diante, jamais podendo retroagir, posto que, por prejudicar o médico acusado, é absolutamente inconstitucional.

17. A inocuidade da aplicação das sanções éticas pelos Conselhos de Medicina, declaradas pelo Poder Judiciário, poderão ter o devastador efeito de estimular a prática de condutas anti-éticas e, pelo menos no âmbito ético, deixar impunes os maus profissionais. Por esta razão, a necessidade de modificação normativa se faz imediata.

BIBLIOGRAFIA

1. BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
2. BARROS JR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico – Uma abordagem constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
3. BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
4. BRASIL. Resolução CFM nº 1.246/88 – **Código de Ética Médica**. Brasília: Conselho Federal de Medicina – CFM, 1988.
5. BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/09 – **Código de Ética Médica**. Brasília: Conselho Federal de Medicina – CFM, 2009.
6. CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública**. Brasília: Fórtium, 2008.
7. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
8. COSTA, José Armando. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 4ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
9. CRETELLA JÚNIOR, José. **A prática do Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
10. DEZAN, Sandro Lúcio. **O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imposição subjetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 55, 14 jan. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6154>>. Acesso em: 11 de jan. 2010, p. 3.
11. DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.
12. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
13. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e princípios fundamentais**. 3. ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.
14. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
15. LESSA, Sebastião José. **Temas práticos de direito administrativo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
16. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
17. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada**. 3. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.
18. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A acusação no Processo Administrativo Disciplinar deve ser circunstanciada, objetiva, direta e ter previsão em um tipo legal – princípio da tipicidade no Direito Administrativo**. Jus Vigilantibus, Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/30011/2>>. Acesso em: 11 de jan. 2010, p. 3.
19. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. – São Paulo: Malheiros, 2009.
20. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
21. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.
22. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2005.
23. DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 28ª ed., 2007.
24. STF. Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, **HC nº 84.409/SP**, 2ª T., DJ de 19 agos. 2005, . 57.
25. STJ. Rel. Min. Laurita Vaz, **ROMS nº 16.264/GO**, 5ª T., DJ de 2 mai. 2006, p. 336.
26. STJ. Rel. Min. Laurita Vaz, **MS nº 9.621/DF**, 3ª S., julgado em 13 de abr. 2005, citado no ROMS nº

16.264/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ de 2 mai. 2006, p. 339.

27. STJ. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, **MS nº 6673/DF**, 3ª S., DJ de 5 jun. 2000, p. 113.