

Stéphane Brissy¹

A REGULAÇÃO DAS PROFISSÕES DE SAÚDE POR CONSELHOS PROFISSIONAIS NO DIREITO DA FRANÇA E DA EUROPA (Versão traduzida para o português)

¹Université de Nantes. Nantes/France.

E-mail: stephane.brissy@univ-nantes.fr.

Recebido em: 22/12/2015. Revisado em: 31/03/2016. Aprovado em: 04/04/2016.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar o poder normativo dos conselhos profissionais da área da saúde, à luz do Direito francês e europeu, destacando os limites impostos a estes organismos. Os conselhos profissionais de saúde têm a missão de integrar as suas categorias na sociedade e suas decisões estão necessariamente sujeitas ao controle do Estado, embora o campo de atuação dos conselhos seja mais amplo do que aquele dos sindicatos. Apesar de limitado pelo seu próprio objetivo, o poder normativo dos conselhos se mostra presente e vem evoluindo e assumindo diferentes formas.

Palavras-Chave

Conselhos Profissionais de Saúde; Direito Europeu; Direito Francês; Regulação das Profissões de Saúde.

Introdução

Em abril de 2015, durante uma sessão de debates na Assembleia Nacional francesa sobre o projeto de lei de modernização do sistema de saúde, 19 deputados contra 10 decidiram votar pelo fim do Ordem Nacional dos Enfermeiros, criada nove anos antes. Mesmo com o restabelecimento da Ordem, durante a votação do texto no Senado, a dificuldade de inúmeros enfermeiros de ver essa instituição como um organismo representante da profissão mostra a necessidade de se questionar a pertinência de tal estrutura e a importância de suas competências.

O reconhecimento legislativo de uma ordem profissional foi, no entanto, uma reivindicação importante dos sindicatos profissionais, principalmente dos médicos, durante o século que antecedeu a Segunda Grande Guerra Mundial¹. Depois de obter a legalização de sua atividade em 1892, os sindicatos médicos viram na criação de uma ordem profissional o verdadeiro reconhecimento da identidade e da autonomia da profissão médica². Para eles, a ordem representaria, de fato, um meio de assegurar a regulação da profissão, preservando seus princípios morais sem a interferência do Estado. A criação da ordem deveria assim ser acompanhada da atribuição de um poder normativo próprio no lugar do Estado.

No entanto, o nascimento da ordem dos médicos se deu em um contexto problemático, uma vez que o governo de Vichy, em 1940, decidiu regular as atividades profissionais para poder implementar uma política segregacionista. Assim, em um primeiro momento, a instituição da ordem se deu em total oposição aos seus objetivos iniciais, pois não assegurou a autonomia profissional diante do Estado, tampouco garantiu sua dignidade. A sua extinção, seguida por sua substituição por uma nova instância disciplinar em 1945³ ao lado de outras ordens profissionais da área da saúde, fez voltar a submissão da ordem dos médicos ao Estado, tentando preservar a ética profissional, porém, com um poder normativo limitado concedido à nova instância criada.

A gestão das políticas sociais foi pensada como um “campo de ação mista” no qual intervêm grupos profissionais e o Estado para garantir um equilíbrio entre o Estado e a sociedade, destinado a pacificar e a democratizar as relações sociais, ao permitir que o Estado atue como um Estado-Providência, garantindo

¹OUIILLARD, J. Historique du Conseil National de l'Ordre des Médecins (1845-1945). *Histoire des Sciences Médicales*, t. 39, n. 2, p. 213 et s., 2005. Disponível em: <<http://www.biusante.parisdescartes.fr/sfhm/hsm/HSMx2005x039x002/HSMx2005x039x002x0213.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2017. L'établissement d'un projet de création d'un ordre des médecins en accord avec les syndicats médicaux et l'Académie de médecine date de 1929. Id. *Ibid.*, p. 218.

²HASSENTEUFEL, P. *Les médecins face à l'Etat: une comparaison européenne*. Paris: Presses de Sciences Po., 1997.

³EVLETH, V. D. La bataille pour l'Ordre des médecins. *Le Mouvement Social*, n. 229, p. 61 et s., 2009.

os direitos sociais fundamentais⁴. Enquanto parte das políticas sociais, a política de saúde também busca por esse equilíbrio que implica dar ao Estado um poder normativo forte, deixando um espaço para a intervenção dos representantes dos profissionais da saúde. O enquadramento jurídico das atividades profissionais conta com inúmeras fontes, sendo que, atualmente, a maioria delas são regras do direito que não são fruto de uma ação solitária do Estado. Quer seja como parceiras de negociação, órgãos consultivos ou de recomendação, os representantes dos profissionais de saúde intervêm de inúmeras maneiras no sistema normativo. As ordens profissionais fazem parte desses representantes, porém suas funções reguladoras, previstas em lei, as tornam mais parecidas com órgãos de controle e de consulta do que com instituições que permitam a uma categoria profissional criar suas próprias regras.

Seria errado considerar as ordens profissionais como uma instituição estatal ou, pelo contrário, tomá-las como organismos cuja finalidade é a defesa dos interesses da profissão contra o Estado. Deve-se ir além desta visão binária da regulamentação das profissões de saúde e ver uma ordem profissional como uma representação da categoria em seu todo, que deve buscar a utilidade social da profissão, ou seja, uma coesão entre a função do profissional e a sociedade na qual ele se insere. A ordem tem uma função social e um papel de conciliação com o poder público⁵ que limita seu poder regulador. As ordens têm uma função específica que as distingue de outras representações profissionais, incluindo os sindicatos, o que não exclui sua influência sobre o conteúdo das normas.

I. Uma utilidade social submetida ao controle do Estado

A criação das ordens profissionais de saúde foi rapidamente acompanhada do reconhecimento de seu papel de coordenação entre o funcionamento da profissão e os interesses da sociedade. A observação relativa à Ordem dos Médicos, que ao contribuir para a regulação da profissão assegura uma missão de serviço público⁶, pode ser estendida a todas as ordens profissionais do campo da saúde cujas missões não são diferentes.

O exercício de uma missão de serviço público relevante de responsabilidade do Estado e a atribuição de tal missão às ordens profissionais somente poderiam ser realizados mediante a delegação do Estado e sob seu controle. Por sua participação

⁴LE GOFF, J. *Du silence à la parole: une histoire du droit du travail de 1830 à nos jours*. Rennes: Press Univ. de Rennes, 2004. p. 283 et s. - DURKHEIM, E. *De la division du travail social*. Préface à la 2^e éd. Paris: PUF, 2004. (Puf coll. Quadrige) - DIDRY, C. La réforme des groupements professionnels comme expression de la conception durkheimienne de l'Etat. *Revue Française de Sociologie*, v. 41, n. 3, p. 513 et s., jul./sep. 2000.

⁵GLORION, B. L'Ordre des médecins: quels pouvoirs? *Revue Pouvoirs*, n. 89, p. 135-144, avr. 1999.

⁶CONSEIL D'ETAT. *Assemblée, du 2 avril 1943, 72210*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637163>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

na regulação das profissões de saúde, as ordens Ao participar na regulação das profissões de saúde, as ordens aportam seu conhecimento sobre as condições do exercício da atividade profissional; espera-se que elas facilitem a aceitação do regulamento pelos profissionais. A função das ordens não é a de representar os interesses dos profissionais, mas a de assegurar que a atividade profissional não será exercida em um sentido contrário aos interesses da sociedade e, principalmente, dos pacientes. O princípio meio para alcançar tal objetivo é a imposição de regras deontológicas para proteger os interesses dos pacientes, dos profissionais de saúde e, de maneira mais ampla, certos valores éticos próprios da profissão e necessários para sua função social, seu reconhecimento e sua identidade.

O código deontológico médico francês inicia afirmando os deveres gerais dos médicos, que são diferentes dos deveres dos pacientes. O código prevê que “o médico, a serviço do indivíduo e da saúde pública, exerce sua missão respeitando a vida humana, a pessoa e sua dignidade”⁷. A primeira missão da Ordem dos Médicos é a de observar

os princípios de moralidade, integridade, competência e dedicação necessários para a prática da medicina, da odontologia ou da profissão de parteira e assegurar que todos os seus integrantes observem seus deveres profissionais, bem como as regras estabelecidas pelo código de ética⁸.

Disposições similares nas ordens dos farmacêuticos⁹, dos enfermeiros¹⁰ e dos fisioterapeutas¹¹ acrescentam, à preservação da independência e da competência dos profissionais, a promoção da saúde pública e da qualidade dos cuidados.

O papel atribuído por lei às ordens profissionais da saúde tem relação expressa com os valores éticos e sociais próprios dos profissionais e com a política de saúde pública.

Essa ligação explícita entre a missão e os objetivos dessas instituições, indo além dos interesses apenas dos profissionais, implica um controle do Estado, verdadeira garantia do funcionamento da sociedade e de seus valores. O próprio fundamento da regulação profissional, que constitui as regras deontológicas, não pode assim ser de responsabilidade exclusiva das ordens¹²; estas elaboram as regras deontológicas, porém, não podem lhes atribuir uma caráter obrigatório, sem uma intervenção estatal. Tratando, por exemplo, da deontologia médica, a lei prevê que “um código deontológico, próprio de cada profissional da medicina, odontologia e parteiras, preparado por

⁷Artigo R 4127-2 du Code de la santé publique (CSP). LEGIFRANCE. *Code de la santé publique*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁸Artigo L 4121-2. Id. Ibid.

⁹Artigo 4231-1. Id. Ibid.

¹⁰Artigo L 4312-1 e 2. Id. Ibid.

¹¹Artigo L 4321-14. Id. Ibid.

¹²GROSSET, M. Les logiques des normes sanitaires relatives à la pratique médicale. *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM)*, n. 3, p. 51, 2013

um conselho nacional da ordem interessada, será editado sob a forma de um decreto do Conselho de Estado¹³. Um código deontológico não pode ser invocado contra um profissional, ou por ele, se não tiver sido validado pelo Estado sob a forma de um decreto, o Estado pode ainda mudar o conteúdo do código que foi sugerido pela ordem.

A limitação do poder de regulação das ordens profissionais também ocorre em relação ao seu poder disciplinador. Apesar de as ordens exercerem um controle disciplinante sobre a atividade de seus membros e poderem lhes impor sanções, este poder é limitado pela intervenção estatal. A organização de tribunais disciplinares e as sanções que eles podem tomar são estabelecidas por regras estatais. As decisões de organismos profissionais também podem ser objeto de recurso perante o Conselho de Estado, tribunal estatal que pode questionar a interpretação da lei feita anteriormente pelos tribunais disciplinares. Pode-se acrescentar que as obrigações previstas em um processo disciplinar de uma instituição competente não impede que sejam conduzidos processos paralelos nos tribunais estatais e que a ação disciplinar (a infração disciplinar) e suas consequências (sanção disciplinar prevendo compensação financeira, especialmente para o paciente) tenham um alcance limitado.

Em relação à União Europeia (UE), as normas que regem o exercício das profissões de saúde de competência da organização são igualmente fixadas por leis adotadas pelos Estados-Membros da UE e não por instâncias disciplinares europeias. O reconhecimento das qualificações profissionais obtidas em um Estado-Membro por profissionais da saúde que desejam trabalhar em outro Estado-Membro obedece a uma diretiva europeia de 2005¹⁴. As ordens profissionais não podem criar regulações e embora elas podem adotar códigos deontológicos aplicados a toda a Europa, como fez, por exemplo, o Conselho Europeu da Ordem dos Médicos¹⁵, trata-se de regras não vinculantes para os profissionais ou para os Estados-Membros.

O reconhecimento pela União Europeia da utilidade de uma autorregulação não impede a intervenção de suas instituições. O Parlamento Europeu reconheceu que

a importância da ética, da confidencialidade no que diz respeito aos pacientes e um alto nível de especialização exige a organização de sistemas de autorregulação, tais como aquelas estabelecidas atualmente pelos colegiados e ordens profissionais¹⁶.

¹³Artigo L 4127-1. LEGIFRANCE. *Code de la santé publique*, cit.

¹⁴EUR-LEX. *Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0036>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

¹⁵*Carta Europeia de Ética Médica*, adotada em Kós, em 10 de junho de 2011, que determina 15 princípios éticos. CONSEIL EUROPÉEN ORDRES MÉDECINS. *Charte Européenne d'Éthique Médicale, 10 juin 2011*. Disponível em: <http://www.ceom-ecmo.eu/sites/default/files/documents/fr-charte_europeenne_dethique_medicale-adoptee_a_kos_0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

¹⁶PARLEMENT EUROPÉEN. *Proposition de résolution commune B5-0431, 11 décembre 2003*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+P5-RC-2003-0430+0+DOC+PDF+VO//FR>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

Mas não nos enganemos: esta afirmação não foi feita para justificar uma competência decisória das ordens profissionais livres de um controle estatal; ela vem acompanhada por uma intenção de liberalizar os serviços oferecidos pelos profissionais liberais, eliminando os obstáculos à livre concorrência no território europeu. A referência aos valores profissionais defendidos pelas ordens pretende simplesmente indicar que a abertura à concorrência de todos os profissionais liberais deve ser feita respeitando tais valores. A particularidade da posição tomada pelo Parlamento Europeu visa à busca de um equilíbrio entre a autorregulação pelos profissionais e a regulação feita pelo mercado. Esse posicionamento mostra que a regulação das atividades profissionais feita apenas por seus representantes pode pender mais para as profissões consideradas economicamente mais interessantes pelo mercado, profissões que não necessariamente seriam compatíveis com os objetivos do direito à saúde e com os fins humanitários da atividade dos profissionais da saúde. A intervenção estatal para garantir os direitos sociais que essa lógica mercantilista poderia destacar é ainda mais indispensável. A proteção dos direitos fundamentais justifica tanto a existência de associações profissionais de saúde e a limitação de seu poder normativo.

Na França, a partir do século 19, a intervenção do Estado foi gradualmente sendo estendida, abrangendo outras áreas além daquelas relacionadas à soberania nacional, que são a segurança e a justiça. A confiança na capacidade de autorregulação da sociedade – e das categorias profissionais em particular – pouco a pouco foi dando lugar a um Estado-Providência cujas funções são a de garantir certos direitos, entre eles os direitos sociais como o direito à saúde e à proteção social.

O estabelecimento de regras deontológicas aplicáveis aos profissionais de saúde certamente levou ao desenvolvimento de uma ordem jurídica profissional, porém integrada à ordem estatal¹⁷. E, embora o Estado-Providência tenha sido, depois de alguns anos, objeto de inúmeros ataques, o poder normativo das ordens profissionais não aumentou. As diferentes concepções sobre o papel do Estado e sobre a ética entre os Estados-Membros da UE explicam porque as ordens profissionais de saúde não puderam estabelecer regras vinculantes dentro do organismo. A competência essencial dada às associações profissionais em geral para a elaboração de normas de direito aplicáveis às atividades profissionais contribuiu para que o Estado refletisse sobre as questões relativas ao bem-estar social de maneira pragmática sem, no entanto, diminuir seu poder decisório¹⁸.

A intervenção dos poderes públicos francês e europeu na regulação das profissões de saúde não exclui o reconhecimento do poder normativo das associações profissionais dessa categoria. Nesse contexto, as ordens profissionais devem

¹⁷MORET-BAILLY, J. *Les déontologies*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix. 2001. p. 408 et s.

¹⁸Para um rápido resumo sobre as teorias desenvolvidas na França sobre o tema, ver LE GOFF, J. op. cit., p. 284 et s.

ser diferenciadas dos sindicatos que certamente contam com um poder normativo mais vinculante, mas também com uma missão diferente.

II. Uma função social diferente da atividade sindical

Antes mesmo do surgimento das ordens profissionais, as organizações sindicais reivindicavam o direito de criar regras próprias para suas categorias. Essa competência lhes foi progressivamente e em parte reconhecida graças à possibilidade de negociar e conduzir convenções com valor de normas de direito aplicáveis aos profissionais. O estatuto de profissional assalariado que trabalha sob a direção e em nome de um empregador privado é parcialmente determinado por convenções coletivas e acordos trabalhistas. Quanto aos profissionais liberais, suas relações com as empresas de seguro saúde e os custos de seus serviços são fixados por convenções nacionais ou regionais, acordadas entre as organizações sindicais e as instituições que administram o sistema de seguro saúde.

Essas regras se aplicam a todos os profissionais cujas atividades se enquadram no campo das normas convencionais, quer sejam ou não membros de sindicatos, quer eles aceitem ou não os termos da convenção. A única ressalva é a possibilidade de o profissional liberal individualmente recusar-se a se submeter à convenção nacional.

Como explicar esse desequilíbrio no poder normativo concedido aos representantes profissionais eleitos pelos seus pares, como os sindicatos e as ordens profissionais? A legitimidade eletiva não é suficiente porque os membros das ordens também são eleitos. São as diferenças entre os objetivos dos sindicatos e os das ordens que vão nos permitir compreender essa aparente distorção de competências.

As ordens profissionais têm por missão assegurar o respeito aos valores éticos e sociais fundamentais próprios à categoria que elas representam, permitindo o reconhecimento de sua utilidade social e de sua identidade. As organizações sindicais, ao contrário, têm o objetivo mais restrito, limitado “à defesa dos direitos assim como dos interesses materiais e morais, tanto coletivos como individuais, dos indivíduos que fazem parte de seus estatutos”¹⁹. A competência dos sindicatos de definir normas acordadas com um empregador, representantes dos empregadores ou gestores de seguro saúde é, portanto, concebida para proteger os interesses de suas categorias contra os empregadores ou contra o poder público dentro de uma lógica que mistura compromisso e conflito social. O reconhecimento legal das convenções coletivas no setor privado de saúde visa a dar aos assalariados uma força coletiva de negociação face ao poder patronal. Quanto ao poder convencional dos

¹⁹Artigo L 2131-1 do Código do Trabalho, texto aplicável tanto aos sindicatos de assalariados quanto aos sindicatos de profissionais liberais. LEGIFRANCE. *Code du travail, versão consolidée au 1 février 2017*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

sindicatos dos profissionais liberais, ele tem por origem uma vontade de apaziguar os profissionais ao lhes assegurar que não serão assalariados das empresas de seguro saúde, submetidos a suas diretrizes, mas sim, profissionais independentes do poder público e com capacidade de negociar coletivamente suas relações com os gestores do seguro saúde, notadamente em relação à fixação de tarifas²⁰.

As ordens não substituem os sindicatos, mas lhes complementam. As organizações sindicais não podem assumir a função de inclusão social de uma profissão da mesma maneira que as ordens profissionais; seu poder normativo não abrange o conjunto da categoria representada. Seu poder de negociação é, de fato, limitado a um modelo de exercício da atividade. Os acordos feitos com as administradoras de seguro de saúde não dizem respeito aos profissionais liberais, nem aos profissionais não assalariados. As convenções e acordos coletivos de trabalho visam apenas aos profissionais assalariados, quer dizer, aqueles que trabalham para um empregador. O âmbito de aplicação das normas acordadas pelos sindicatos depende, assim, da forma de realização do trabalho, sob as ordens de uma hierarquia para os assalariados ou de maneira independente para os profissionais liberais. A competência normativa dos sindicatos não abrange toda a categoria profissional enquanto que a função representativa das ordens profissionais concerne a toda a profissão, independentemente do tipo de atuação profissional. Os interesses materiais e morais dos profissionais podem, de fato, serem muito diferentes, considerando um profissional assalariado ou um liberal, mas os valores essenciais da profissão, por seu lado, são comuns a todos. Todos os membros da profissão em questão, se ela é suficientemente importante para ser organizada como uma ordem, devem se comprometer com os valores julgados essenciais para a profissão e para toda a sociedade, uma vez que os interesses defendidos por esta ou aquela organização sindical podem não ser compartilhados por todos os profissionais. Isso explica porque todos os membros de uma categoria organizada devem pagar uma cota à ordem enquanto que o princípio constitucional de liberdade sindical impede que as organizações sindicais obriguem os profissionais de sua categoria a aderirem e a pagarem contribuições a um sindicato. Os diferentes interesses entre os membros de uma mesma profissão explicam igualmente porque as organizações sindicais chamadas a negociar sejam múltiplas e frequentemente com opiniões divergentes. Por outro lado, existe apenas uma ordem profissional representando uma mesma profissão da saúde, mesmo que diferentes discursos sindicais surjam no momento das eleições.

As diferenças entre os objetivos dos sindicatos e os das ordens profissionais permitem compreender os ataques e animosidades por parte dos sindicatos e dos próprios profissionais dirigidos às ordens. Estas últimas são similares a órgãos de controle profissional que fundamentam sua função de coesão social. Pode ser paradoxal

²⁰RÉGEREAU, M. La politique conventionnelle: ses ambitions et ses limites. *Revue Française d'Administration Publique*, n. 113, p. 76, 2005.

que as ordens não disponham de um poder para criar regras de direito aplicáveis a sua profissão, enquanto que os sindicatos, com missões menos abrangentes, possam participar mais diretamente da criação de certas regras. Certamente, os sindicatos que negociam as convenções coletivas devem, por isto, obter um escore mínimo no curso das eleições nas quais votam parte dos profissionais que sofrem influência de suas atividades²¹. Mas, uma ordem profissional também tem uma legitimidade eleitoral uma vez que o conjunto dos profissionais da categoria vota para escolher os membros que farão parte da ordem.

Esse aparente paradoxo pode ser equilibrado por uma visão ampliada sobre o que é uma competência normativa. Suplantando uma função simplesmente repressiva vis-à-vis dos profissionais, as prerrogativas acordadas nas ordens lhes conferem uma influência que pode ser semelhante a uma forma de poder normativo.

III. Uma missão fonte de influência normativa

Mesmo que elas mesmas não possam criar regras de direito que possam ser reconhecidas diretamente por um juiz, seja ele disciplinar ou estatal, as ordens dos profissionais de saúde não são desprovidas de um certo poder normativo. Se elas não criam regras de direito “duro”, quer dizer, explicitamente relacionadas a uma sanção, elas podem criar um direito dito “suave”, que não é desprovido de uma força normativa²². Esse poder, compartilhado com numerosas outras instituições, mas que não atuam necessariamente no mesmo campo²³, pode se manifestar pela expressão de opiniões e de recomendações que o poder público é obrigada, às vezes, a acatar.

Símbolo da importância dada ao trabalho das ordens sobre o conteúdo das regras deontológicas, o poder público não pode aplicar as regras profissionais anteriores à criação da ordem uma vez que tais regras sejam do campo que lhe compete. O Conselho de Estado condenou assim o Estado francês por não ter ainda adotado o código deontológico elaborado pela Ordem Nacional dos Profissionais de Enfermagem, mesmo considerando que já existiam regras estabelecidas por um decreto

²¹Para os profissionais assalariados do setor privado, o sindicato deve chegar a 10% dos votos dos profissionais da empresa e a 8% em sua área de atuação (artigos L 2122-1 e L 2122-5 do Código do Trabalho. LEGIFRANCE. *Code du travail, versão consolidée au 1 février 2017*, cit.). Os sindicatos representantes dos profissionais liberais (não assalariados) somente podem negociar um acordo nacional se obtiverem ao menos 10% dos votos válidos em nível nacional, nas eleições de suas representações regionais (artigo R 162-54-1 do Código de Seguridade Social. LEGIFRANCE. *Code de la sécurité sociale, versão consolidée au 12 février 2017*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189>>. Acesso em: 31 jan. 2017).

²²THIBIERGE, C. et al. *La force normative: naissance d'un concept*. Paris: LGDJ, 2009.

²³LE DOSSIER thématique du Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie: les Normes en Santé: avis, recommandations, guides de bonne pratique. *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM)*, n. 3, 2015.

anterior à criação da própria ordem²⁴. Uma vez que a lei reconhece a existência de uma ordem e sua competência para elaborar um corpo de regras deontológicas, o Estado não pode mais fazer uso das regras antigas e deve elaborar novas leis, à luz do projeto criado pela ordem. Embora o Estado tenha a última palavra, ele deve considerar as posições da ordem.

A influência das ordens profissionais pode igualmente se manifestar por meio de recomendações que são feitas após inúmeras consultas obrigatórias. O poder público deve notadamente consultar uma ou mais ordens antes de autorizar um profissional a exercer a medicina como substituto²⁵, a exercer a profissão na França uma vez que ele tenha se formado em outro país²⁶, ou ainda, antes de organizar os territórios de permanência e os cuidados em saúde atinentes a cada Departamento²⁷.

A lista é ainda mais longa, porém o papel consultivo das ordens profissionais não é de aplicação geral e deve ter sido expressamente previsto em lei. A título de exemplo, a determinação dada por um decreto sobre as condições nas quais o título de osteopata pode ser utilizado não necessita de consulta junto ao Conselho Nacional da Ordem dos Médicos, nem do Conselho Nacional da Ordem dos Fisioterapeutas, sem que não esteja expressamente previsto em lei²⁸. E, ao contrário, quando a lei determina a consulta a um organismo representante de uma ou mais profissões, trate-se ou não de uma ordem profissional, a não realização da consulta torna o texto regulamentador ilegal e suscetível de ser anulado por um tribunal administrativo²⁹.

As recomendações e proposições formuladas pelas ordens podem determinar o conteúdo das normas adotadas pelo poder público, especialmente quando elas

²⁴CE, 20 março de 2015, n. 374582 (LEGIFRANCE. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000030445668>>. Acesso em: 31 jan. 2017). Trata-se das normas profissionais previstas no Decreto n. 93-221, de 16 de fevereiro de 1993, retomadas e modificadas pelo Decreto n. 2004-802, de 29 de julho de 2004 (LEGIFRANCE. *JORF n° 183 du 8 Août 2004*, p. 14150. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000787339>>. Acesso em: 31 jan. 2017). A Ordem Nacional de Enfermagem, criada em 2006 (LEGIFRANCE. *JORF n° 299 du 27 décembre 2006*, page 19689. Loi n° 2006-1668 du 21 décembre 2006 portant création d'un ordre national des infirmiers.), elaborou o projeto para seu código deontológico e o encaminhou ao Ministério da Saúde em 10 de março de 2010. O Conselho de Estado da França determinou que o governo tomasse as medidas necessárias para a implementação do código até 31 de dezembro de 2015 sob pena de multa de 500 euros por dia de atraso.

²⁵Artigo L 4131-2. LEGIFRANCE. *Code de la santé publique*, cit.

²⁶Artigo L 4111-2. Id. Ibid.

²⁷Artigo R 6315-6. Id. Ibid.

²⁸CE, 17 de julho de 2013, n. 347291 (LEGIFRANCE. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000027724291>>. Acesso em: 31 jan. 2017). Existe um protocolo de cooperação que trata da consulta à ordem em caso de demanda de adesão de um profissional, ver CE, 20 de março de 2013, n. 337577 (LEGIFRANCE. *JORF n° 0071 du 24 mars 2013*, page 5015. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027206314>>. Acesso em: 31 jan. 2017)

²⁹Sobre o texto adotado sem consulta prévia ao Conselho dos Profissionais Paramédicos: CE, 17 de julho de 2013, op. cit.; CE, 11 oct. 2010, n° 329373 (LEGIFRANCE. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022931736>>. Acesso em: 31 jan. 2017).

são formuladas como enunciados normativos, facilitando sua transposição para uma lei de direito. Um código de deontologia elaborado pela ordem, por exemplo, pode ser muito mais do que uma fonte de inspiração para o poder público, que pode ser levado a não modificá-lo, ou modificá-lo apenas em aspectos marginais, quando nenhuma ilegalidade é constatada. Neste caso, o direito “suave” pode influenciar fortemente o conteúdo do direito “duro”.

A consulta aos atores envolvidos com as normas adotadas é igualmente utilizada pelas instituições da União Europeia. A Comissão Europeia expôs claramente essa disposição de consultar as partes pertinentes relacionadas a uma demanda de “melhor regulação”³⁰. As ordens reagrupadas dentro de organizações como o Conselho Europeu da Ordem dos Médicos ou o Comitê Permanente Europeu de Medicina (CPEM), por exemplo, podem formular recomendações e proposições para os textos em preparação ou já em vigor³¹.

O papel normativo da ordem também está presente na aplicação das regras para o exercício da profissão. A ordem está encarregada de gerir as inscrições de seus integrantes, sem as quais eles não podem exercer suas atividades legalmente. Retirar esse poder da ordem profissional ou constatar sua incapacidade para assumir o exercício dessa competência constituem fortes sinais de desconfiança em relação às ordens, como mostraram certas organizações sindicais com relação ao grande número de enfermeiros que exercem suas profissões sem estarem inscritos na Ordem Nacional dos Profissionais da Enfermagem³².

Mesmo inscrito, o profissional pode ser afastado do exercício de suas atividades por uma decisão disciplinar de suspensão temporária, total ou parcial, em caso de incompetência profissional³³, de enfermidade ou algum estado patológico³⁴, quando uma destas situações coloca em risco o exercício da profissão.

O poder normativo também pode se manifestar por meio da interpretação das normas estatais, interpretação esta que as ordens podem proceder ao propor modelos de contratação que sejam adequados à lei.

³⁰EUROPEAN COMMISSION. *Better regulation for better results*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions. Strasbourg, 19.5.2015. COM(2015) 215 final. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_215_en.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

³¹Ver, por exemplo, a proposição de emenda elaborada pelo CPEM para a alteração da diretiva 2005/36 relativa às qualificações profissionais de 27 de março de 2012 (EUR-LEX. *Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications*, cit.)

³²O Sindicato dos Enfermeiros profissionais liberais lamenta a posição excessivamente tolerante do Ministério da Saúde em relação aos profissionais não inscritos, e a Federação Nacional da Enfermagem deplora a ameaça que esta situação gera nas eleições para as Uniãos Regionais de Profissionais de Saúde, uma vez que implica diferença entre o número de enfermeiros declarados aos serviços de saúde e o número daqueles inscritos na Federação, bem menor do que o primeiro.

³³Artigo R 4124-3-5. LEGIFRANCE. *Code de la santé publique*, cit.

³⁴Artigo R 4124-3. Id. Ibid.

O poder de interpretação também é exercido pelas jurisdições disciplinares quando elas se pronunciam sobre a existência de um erro. As formações disciplinares das ordens são livres para determinar se tal situação corresponde ou não a uma violação dos princípios deontológicos como a independência profissional ou o segredo profissional, por exemplo. Tal poder é incontestavelmente uma fonte normativa, a norma não emerge apenas da regra enunciada, mas também da aplicação que a interpretação de um tribunal pode lhe dar.

As normas diferentes daquelas estatais ou disciplinares, tais como recomendações de boas práticas, por exemplo, são cada vez mais numerosas e marcam, sob a cobertura de sua pertinência científica, uma verdadeira concorrência entre a competência dos pesquisadores e cientistas e aquela da comunidade profissional³⁵.

Parece ser necessário aos representantes de uma profissão, notadamente no âmbito das ordens profissionais, não apenas demandar novos poderes, mas incrementar sua capacidade de elaborar recomendações e se fazer ouvir pelo poder público. Pelas razões enunciadas, considerando a função social das ordens, seu poder normativo deve antes se manifestar por meio da participação nas reflexões sobre e sob a elaboração de regras para enquadrar as atividades profissionais.

A influência de uma ordem sobre o conteúdo dessas regras será ainda maior se ela puder apresentar ao poder público uma ampla coleção de recomendações dos profissionais que ela representa. A grande consulta realizada em outubro de 2015 pelo Conselho Nacional da Ordem dos Médicos sobre o futuro do sistema de saúde é um exemplo. Com vistas a enriquecer as reflexões sobre o sistema de saúde, o Conselho criou um site³⁶, recapitulando os encontros públicos organizados para tratar desse tema e disponibilizando um questionário para que os médicos pudessem exprimir suas opiniões sobre a melhoria do sistema e sobre o papel que eles poderiam ter nesse desenvolvimento. Com o objetivo claro de apresentar os resultados dessa consulta para o poder público, a fim de que as opiniões dos médicos sejam levadas em consideração, a consulta deve resultar em um relatório que servirá de base para a elaboração de proposições para a melhoria do sistema de saúde.

Esse exemplo recente lembra que a limitação do poder normativo das ordens profissionais não significa que ele seja inexistente. Ele pode ser, ao contrário, mais importante se as recomendações e as proposições formuladas tiverem como base uma consulta a todos os profissionais e não apenas aqueles eleitos com mandato na organização. Sem dúvida, ao aumentar o uso de processos de democracia participativa, notadamente via internet, dentro e fora das instituições, as ordens profissionais poderão realizar plenamente sua competência normativa. Pode ser também que o conceito de

³⁵TABUTEAU, D. Référentiels, bonnes pratiques et recommandations: nouvelles normes ou "quasi normes" en santé? *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM)*, n. 3, p. 16, 2015.

³⁶CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MÉDECINS. Disponível em: <<http://www.lagrandeconsultation.medecin.fr/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

democracia participativa seja o que melhor atenda à essência de uma ordem profissional, que é a de conectar uma comunidade profissional ao conjunto da sociedade.

References

CONSEIL D'ETAT. *Assemblée, du 2 avril 1943, 72210*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637163>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MÉDECINS. Disponível em: <<http://www.lagrandeconsultation.medecin.fr/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

DIDRY, C. La réforme des groupements professionnels comme expression de la conception durkheimienne de l'Etat. *Revue Française de Sociologie*, v. 41, n. 3, p. 513-538, jul./sep. 2000.

DURKHEIM, E. *De la division du travail social*. Préface à la 2^e éd. Paris: PUF, 2004. (Puf coll. Quadrige).

EUROPEAN COMMISSION. *Better regulation for better results*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions. Strasbourg, 19.5.2015. COM(2015) 215 final. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_215_en.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

EVLETH, V. D. La bataille pour l'Ordre des médecins. *Le Mouvement Social*, n. 229, p. 61-77, 2009.

GLORION, B. L'Ordre des médecins: quels pouvoirs? *Revue Pouvoirs*, n. 89, p. 135-144, avr. 1999.

GROSSET, M. Les logiques des normes sanitaires relatives à la pratique médicale. *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM)*, n. 3, 2013.

HASSENTEUFEL, P. *Les médecins face à l'Etat: une comparaison européenne*. Paris: Presses de Sciences Po., 1997.

LE DOSSIER thématique du Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie: les Normes en Santé: avis, recommandations, guides de bonne pratique. *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM)*, n. 3, 2015.

LE GOFF, J. *Du silence à la parole: une histoire du droit du travail de 1830 à nos jours*. Rennes: Press Univ. de Rennes, 2004.

MORET-BAILLY, J. *Les déontologies*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix. 2001.

POUILLARD, J. Historique du Conseil National de l'Ordre des Médecins (1845-1945). *Histoire des Sciences Médicales*, t. 39, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.biusante.parisdescartes.fr/sfhm/hsm/HSMx2005x039x002/HSMx2005x039x002x0213.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

RÉGÉREAU, M. La politique conventionnelle: ses ambitions et ses limites. *Revue Française d'Administration Publique*, n. 113, p. 75-82, 2005.

TABUTEAU, D. Référentiels, bonnes pratiques et recommandations: nouvelles normes ou “quasi normes” en santé? *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM)*, n. 3, 2015.

THIBIERGE, C. et al. *La force normative: naissance d'un concept*. Paris: LGDJ, 2009.

Agradecimentos

A realização desta pesquisa foi possível dentro do projeto de cooperação acadêmica entre o Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (NAP-DISA/USP) e o Instituto de Direito e Saúde da Universidade Paris Descartes (*Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes*) e graças ao financiamento obtido dentro do Programa USP-COFECUB.

Stéphane Brissy - Professor da *Université de Nantes*. Membro do *Institut Droit et Santé de l'Université Paris Descartes*. Nantes, France. *E-mail*: stephane.brissy@univ-nantes.fr.