

DA NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE EQUIPARAÇÃO DO MÉDICO DO SUS A FUNCIONÁRIO PÚBLICO

FURTHER REQUIREMENTS FOR CONSIDERING SUS DOCTORS PUBLIC SERVANTS

Gabriela Ruschel de Lia Pires

Especialização *latu sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNISINOS. Graduada em Direito PUCRS. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3495948833737821>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5237-9022>

gabriela.rpires@hotmail.com

Resumo: A complexa natureza das relações estabelecidas entre os médicos particulares e o poder público torna necessária a elaboração de critérios mais adequados à sua caracterização como funcionário público, notadamente no que tange à cobrança de honorários por parte dos médicos vinculados ao Sistema Único de Saúde. Por isso, pretende-se analisar os critérios de equiparação dos médicos vinculados ao SUS a funcionário público, através da verificação das disposições do artigo 327 do Código Penal e da crítica à construção jurisprudencial a respeito do tema, que necessita de complementação através da incorporação de elementos atinentes à forma de vinculação do médico com a instituição que intermedeia a sua relação com o poder público: o hospital.

Palavras-chave: Direito Penal Médico – Médico do SUS – Crimes funcionais – Crimes contra a administração pública – Funcionário público para fins penais.

Abstract: The intricate nature of the relationship between private medical doctors and the Brazilian State requires defining further criteria for their characterization as public servants, especially in regards to private doctors associated with Brazil's Unified Health System (SUS) charging billable hours from their patients. Therefore, the present paper attempts to analyze the criteria for the equalization of private doctors bond to SUS as public servants, through the analysis of the terms on the article 327 of the Brazilian Penal Code and the critical review of the jurisprudential theory about the theme, that urges for complementation by incorporating the analysis of the type of professional bond between the doctor and the institution that intermediates his relationship with the State: the hospital.

Keywords: Criminal Law – Medical Criminal Law – Crimes Against Public Administration – Unified Health System. Public Servants.

1. Introdução

A elevada incidência de acusações de médicos vinculados ao SUS, por supostas cobranças de honorários, aliada à reduzida produção doutrinária a respeito do tema, torna necessária a devida análise da equiparação do médico a funcionário público e os seus reflexos na criminalização das condutas praticadas por estes profissionais. Sob este prisma, observa-se uma relativa pacificação na aplicação da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, sem que sejam feitas maiores reflexões sobre os critérios utilizados, abrangendo condutas que não se enquadrariam no objeto da norma.

Nessa toada, percebe-se que a simplificada tese firmada, na qual considera-se a forma de internação da vítima como determinante para a qualificação do médico como funcionário público, não supre a necessidade de verificação dos demais elementos que permeiam a relação, notadamente o vínculo do médico com o hospital, carecendo de critérios aptos a melhor analisar a complexidade e variedade de vínculos no âmbito da saúde.

Por isso, propõe-se a análise dos aspectos relevantes do artigo 327 do Código Penal, a fim de verificar os critérios necessários para a equiparação do médico particular a funcionário público, elencando-se o tipo de relação com o Hospital como elemento fundamental para que se respeite aos termos previstos no Código Penal, sendo imperativa a complementação da tese jurisprudencial para melhor se adequar às disposições legais.

2. O entendimento jurisprudencial

Ao tratar da conduta da cobrança de honorário por médicos vinculados ao SUS, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, para além daqueles profissionais formalmente vinculados ao poder público, são considerados como tal os médicos privados em atendimento a pacientes do SUS, a partir da alteração legislativa decorrente da Lei 9.983 de 2000,¹ que acrescentou o parágrafo primeiro ao artigo 327 do Código Penal.² Logo, seriam equiparados a funcionário público aqueles médicos que atendessem aos pacientes optantes pelo Sistema Público, pelo disposto na parte final do artigo 327, §1º, do Código Penal.

Segundo o entendimento consolidado, a solução para o enquadramento ou não dos médicos como funcionários públicos para fins penais é bastante simples: caso o paciente tenha sido internado pelo Sistema Único de Saúde, o médico se enquadra no disposto no artigo 327, §1º do Código Penal e, portanto, qualquer cobrança de honorários é ilícita.

Nesses termos, é reiteradamente decidido que se “o paciente preencheu laudo para emissão de AIH – Autorização de Internação Hospitalar –, o que torna inequívoca a realização do atendimento se deu pelo SUS”, é “nítida a qualidade de funcionário público do paciente, por equiparação”,³ sendo a opção da vítima pela internação, via sistema público, condição determinante para o enquadramento do médico como funcionário público, nos casos de vínculo indireto⁴

entre o profissional e o Estado. Logo, a opção da vítima por ser atendida pelo SUS condiciona o regime jurídico vigente na relação, sendo público em qualquer hipótese em que o atendimento se der pela rede pública, desde que após a alteração no Código Penal, que acrescentou o dispositivo mencionado.

Contudo, apesar de, à primeira vista, parecer indevida a cobrança de qualquer valor a um paciente cuja gratuidade do atendimento é constitucionalmente garantida,⁵ questiona-se a insuficiente análise da relação do médico com o poder público, uma vez que a diversidade de vínculos entre médico e hospital tornam a vinculação com o poder público mais complexa do que faz crer a tese jurisprudencial.

Logo, não se propõe afirmar ser devida qualquer cobrança feita a pacientes do SUS; o que se busca é analisar a equiparação dos médicos a funcionário público, enquadrando-os em crimes especiais e que, portanto, pressupõem que o sujeito seja portador de características específicas (SANTOS, 2018, pg. 93), sem que se verifique o efetivo enquadramento deste nas categorias que fundamentam a punibilidade.

3. O médico como funcionário público

Conforme referido, para além das situações nas quais o médico se enquadra como funcionário público por possuir um vínculo direto e formal com o poder público, são equiparados a funcionários públicos aqueles em atendimento a pacientes do Sistema Único de Saúde em hospitais privados conveniados, de modo que qualquer cobrança de contraprestação por sua parte é ilícita.

No entanto, situações práticas tornam necessária a análise acerca da existência ou não de algum vínculo do médico com o poder público em determinadas situações, ainda que em atendimento a pacientes do Sistema Público. Destaca-se, quanto ao ponto, que a presente análise busca unicamente verificar os aspectos do desempenho de função pública pelos médicos, deixando-se de proceder à verificação dos demais elementos dos delitos, notadamente se a cobrança seria ou não devida.

Nesse diapasão, veja-se a hipótese de médico prestador de serviços que, findo o seu horário de plantão de forma regular, volta para casa para seu período de descanso. Algumas horas depois, o hospital o pede para retornar pois o paciente, internado pelo Sistema Único de Saúde, insiste no atendimento pessoal por aquele médico. Nessa hipótese, questiona-se: caso optasse por apenas realizar o atendimento mediante pagamento de honorários, incorreria no crime de corrupção ou concussão? Poderia o profissional ser considerado funcionário público nesta hipótese? Havia relação que fundamentasse o exercício de função pública?

Pela tese jurisprudencial, inexistiria possibilidade de cobrança e qualquer forma de pedido de contraprestação se configuraria como crime, quer pelo disposto no artigo 316,⁶ quer pelo 317⁷ do Código Penal. Entretanto, o exemplo exposto demonstra a insuficiência da tese jurisprudencial, que deixa de levar em conta aspectos práticos das relações e acaba por fundamentar o enquadramento de profissionais à norma sem que a conduta se amolde ao seu objeto.

No exemplo exposto, a despeito do enquadramento aos critérios estipulados pelo STF, é evidente que a conduta não se adequa ao objeto da norma, pois o médico não se encontrava submetido aos deveres jurídicos que fundamentam a punibilidade dos crimes de violação de dever (SCALCON, 2019, p. 119), consubstanciados na vigência da relação pública. Dessa forma, antes de se analisar as condições da vítima, é necessária a verificação das condições de enquadramento do réu naquela categoria, através da análise da relação estabelecida entre o médico, o hospital e o poder público.

4. A relação entre o médico e o Hospital

Assim, de início, é necessário estabelecer algumas diferenças entre os tipos de vínculo entre médico e hospital, que se mostram determinantes na verificação da aplicação do artigo 327, §1º do Código Penal.

Integram o Sistema Único de Saúde, além dos hospitais públicos, aqueles que, por contrato ou convênio, firmam acordos com o poder público para realizar atendimentos pela rede pública,⁸ respeitando-se os parâmetros estipulados pelo sistema. Nestas instituições, observa-se uma enorme gama de formas de prestação de serviços, variando a continuidade da relação profissional conforme o acordo estipulado entre as partes.

Em suma, além de médicos empregados da instituição, a maior parte dos profissionais é composta por prestadores de serviço com dias e horários determinados para atendimento no local, podendo, fora disto, dispor de seu tempo conforme entenderem, inclusive se vinculando a outras instituições nos mesmos moldes. Ambas as formas atuam, em regra, tanto pelo setor público quanto privado, a depender do tipo de atendimento. Além disso, circulam no mesmo local os médicos autônomos que, sem vínculo direto com a instituição, utilizam a estrutura do hospital para prestar atendimentos. Portanto, em um mesmo hospital atuam profissionais com vínculos diferentes e exercendo as mesmas funções, razão pela qual deve ser definido o tratamento e responsabilização concedidos a cada um deles.

Nessa toada, veja-se que a definição do vínculo com o hospital é de suma relevância para a equiparação ou não do médico como funcionário público, conforme determina o artigo 327, §1º, do Código Penal, ao determinar a equiparação de “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.⁹

O termo atividade típica da administração pública é bem definido por **Raquel Scalcon**, que considera que seu sentido se relaciona “às duas facetas da atividade estatal: a função pública e o serviço público. São elas, as atividades típicas da administração pública, desde que prestadas sob um regime de direito público” (SCALCON, 2020b). Logo, o desempenho de atividade típica da administração dependeria diretamente do regime jurídico que o regula, devendo ser, necessariamente, público para que se possa equiparar o profissional do setor privado ao público.

Seguindo essa lógica, deve-se analisar as condições da relação existente, verificando se o prestador de serviço se encontrava, de fato, submetido a um regime jurídico público. Inicialmente, impositivo o exame do fundamento da vigência da publicidade: o contrato ou convênio administrativo. Veja-se, o médico não possui qualquer vínculo direto com o poder público, apenas se relacionando com este em razão de acordo firmado entre o hospital e o Estado. Conclui-se, daí, que o contrato ou convênio fundamenta a relação do médico com o Sistema Único de Saúde, pois depende diretamente da vigência do contrato com o hospital, inexistindo vínculo público caso a relação de emprego (ou de prestação de serviços) esteja suspensa ou interrompida. Assim, a natureza jurídica da relação depende de três vínculos distintos: o paciente com o poder público (a sua opção por realizar o tratamento via SUS); o hospital e o poder público (o contrato ou convênio); e o médico e o hospital (o exercício da atividade nos limites da relação), devendo os três vínculos estar em plena vigência para que se considere que o atendimento foi realizado de forma pública, sendo insuficiente a observância de apenas um deles.

Sendo assim, a análise do vínculo do médico com o hospital, no caso dos vínculos indiretos, mostra-se indispensável para a verificação do

tipo de atendimento desempenhado: se público ou privado.¹⁰ Nesse diapasão, se o vínculo do médico com o poder público depende diretamente de um intermediário (o hospital que efetivamente firmou o acordo com o Estado), é imperativa a existência de uma relação vigente entre o autor e o intermediário, só assim existindo vínculo entre o médico e a administração pública. Apenas nessa hipótese, a relação encontra-se regulada pelo Direito Público, não se aplicando o disposto no artigo 327, §1º, do Código Penal, caso não esteja em plena vigência o vínculo com o hospital.

Portanto, o vínculo com o poder público depende diretamente da continuidade da relação do médico com o hospital, pois a ruptura da relação com o intermediário (quer por suspensão, quer por interrupção do contrato) apenas pode implicar na ruptura com o Estado e, conseqüentemente, do próprio regime jurídico público. Não estando vigente o contrato, apenas se pode concluir que o profissional atua enquanto médico autônomo e, por corolário lógico, sem a publicidade da qual depende a sua equiparação a servidor público.

Dessa forma, no que diz respeito ao médico sem vínculo empregatício (como é o caso do médico prestador de serviços no exemplo proposto), nota-se que a ausência de continuidade na relação faz com que, fora dos horários acordados com o hospital, inexistam qualquer relação com o poder público que fundamente a prestação do serviço de forma pública. Logo, qualquer cobrança, devida ou não, se insere no âmbito do setor privado e, portanto, não pode ser objeto dos crimes próprios de servidores públicos.

Em sendo assim, conclui-se que o tipo de relação do médico com o hospital é de suma relevância para a análise do enquadramento destes no disposto no artigo 327, §1º do Código Penal, sendo insuficiente a mera verificação do tipo de internação da vítima, que é apenas um dos fatores relevantes para a análise do tipo de serviço.

5. Conclusão

Conforme se depreende, as formas de vínculo entre o médico

e o poder público, bem como do médico com os hospitais, são demasiadamente variáveis para que se resuma o critério de equiparação a funcionário público apenas a um: a opção da vítima pelo atendimento pelo SUS.

Em se tratando da cobrança de honorários, em regra, de justa contraprestação por serviços particulares, sendo prevista no Código de Ética da Medicina como direito do médico, deve-se atentar para os limites a serem estabelecidos para a sua criminalização, sob pena de se sancionar condutas legítimas e justas. Portanto, ao analisar a ação, deve-se verificar todos os elementos típicos, examinando se, de fato, o vínculo existente justifica a imposição de deveres específicos aos profissionais.

Dessa forma, antes de se analisar ser devida ou não a cobrança, deve-se atentar para os critérios definidores da equiparação do particular a servidor público e, apenas nos casos em que for devida, proceder com a verificação dos demais elementos delitivos. No caso específico dos médicos do SUS, por se tratar de um vínculo indireto com o Estado, é impositiva a observância do tipo de relação estabelecida entre o médico e o hospital e a continuidade da relação, apenas existindo vínculo caso vigente o contrato entre as partes. Conseqüentemente, a relação fundamenta a tipicidade da conduta, pois é atípico o fato caso inexistam regime jurídico público, por inaplicabilidade do termo atividade típica da administração pública.

Percebe-se, pois, que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal é de todo insuficiente para abranger a complexidade das relações existentes no âmbito dos serviços médicos, sendo a opção da vítima apenas uma das suas variáveis. Esta, por certo, não deve ser ignorada, mas, sim, tratada como critério complementar, sendo impositiva a existência dos demais elementos inerentes ao tipo: a relação entre o médico e o hospital, o tipo de serviço oferecido e a forma de cobrança. Apenas assim, exclui-se a possibilidade da injusta condenação de profissionais no livre exercício da profissão.

Notas

¹ BRASIL, 2000.

² A partir da alteração legislativa, o dispositivo conta com a seguinte redação: "Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública." (BRASIL, 1940).

³ BRASIL, 2010.

⁴ Nesses termos, adota-se a divisão sugerida por Raquel Scalcon: "Buscando racionalizar o seu exame, tais situações concretas serão de início divididas em dois grandes grupos: (i) médicos que atendem pelo SUS por possuírem um vínculo direto com o Poder Público; (ii) médicos que atendem pelo SUS por possuírem um vínculo indireto com o Poder Público, ou seja, um vínculo intermediado por uma pessoa jurídica externa ao Estado (uma empresa, uma associação etc.), mas que, por sua vez, possui um vínculo direto com o Poder Público" (SCALCON, 2020a, p. 253).

⁵ Nesse sentido, determina o artigo 196 da Constituição Federal: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

⁶ "Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida" (BRASIL, 1940).

⁷ "Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem" (BRASIL, 1940).

⁸ "Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos" (BRASIL, 1988).

⁹ BRASIL, 1940.

¹⁰ BRASIL, 2011.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de julho de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9983.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 97710*. Relator: Ministro Eros Grau, 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2662171>. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 90523*. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de abril de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2486722>. Acesso em: 16 maio 2022.

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2486722 Acesso em: 16 maio 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte Geral. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP) *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 111-145, 2019.

SCALCON, Raquel. O médico que atua no Sistema Único de Saúde e sua qualificação como funcionário público para efeitos penais. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (Org.). *Direito Penal e medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020a.

SCALCON, Raquel. O médico que atua no SUS é sempre funcionário público para fins penais? *Jota*, 22 abr. 2020b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-medico-que-atua-no-sus-e-sempre-o-funcionario-publico-para-efeitos-penais-22042020>. Acesso em: 23 set. 2020.

Recebido em: 09.12.2021 - Aprovado em: 25.04.2022 - Versão final: 19.05.2022