

Análise da relação entre laboratórios farmacêuticos e médicos do Sistema Único de Saúde à luz do princípio da moralidade administrativa

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA

Sumário

1. Introdução. 2. Direito à saúde e organização das ações e serviços públicos no Brasil. 3. Moralidade e probidade administrativa. 3.1. Definições. 3.2. Tentativas de explicitar o conteúdo da moralidade: os códigos de ética. 3.3. Lei de improbidade administrativa e sua extensão. 3.4. Análise da relação entre médicos do SUS e a indústria farmacêutica à luz da Lei 8.429/92. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A relação entre médicos e a indústria farmacêutica tem se mostrado cada vez mais estreita e controversa. Com efeito, os investimentos desse setor voltados para a divulgação de seus produtos junto aos médicos indicam o uso de uma estratégia com potencial para afastar estes últimos da imprescindível observância dos princípios bioéticos¹, com prejuízo para os indivíduos e as políticas públicas.

Marcia Angell (2007) destaca que a indústria farmacêutica, no ano de 2002, movimentou US\$ 200 bilhões em vendas de medicamentos sob prescrição médica para os cidadãos norte-americanos. Segundo a autora,

¹Fala-se dos princípios da beneficência (atuar com o objetivo de fazer o bem), não maleficência (caracterizado pela máxima *primus non nocere*), autonomia (busca conciliar a prática clínica com o consentimento livre e esclarecido) e justiça (realça a preocupação com dimensão coletiva da saúde, devendo ser interpretado em conformidade com a noção de equidade). Para maiores esclarecimentos, sugere-se a consulta ao artigo de Wilson Ricardo Ligiera (2005).

Luciano Moreira de Oliveira é mestre em Saúde Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

esse verdadeiro colosso tem no *marketing* direcionado aos médicos uma importante estratégia de mercado. Nesse terreno, usa-se de tudo: entrega de amostras grátis, presentes de natureza variada como brindes diversos, ingressos para jogos esportivos, pagamento de viagens familiares, assim como o patrocínio de eventos em locais paradisíacos e a produção de material aparentemente informativo com o objetivo de fomentar a prescrição.

No Brasil, pesquisas realizadas sobre o tema da judicialização da saúde indicam uma aproximação entre médicos, advogados e indústria farmacêutica que requer um estudo crítico.

Nesse sentido, em pesquisa realizada sobre a judicialização do acesso a medicamentos no estado de Minas Gerais, Marina Amaral de Ávila Machado e outros verificaram que um pequeno número de advogados e de médicos foi responsável pela promoção de muitas ações, em especial dos medicamentos etanercepte e adalimumabe, que representaram 24,8% dos 807 (oitocentos e sete) processos analisados (MACHADO, 2011).

Os autores dessa pesquisa afirmaram que a concentração de médicos e de advogados “pode sugerir a existência de interesses além da proteção e recuperação da saúde do paciente e a conquista de seu direito ao tratamento” (MACHADO, 2011, p. 594). Para eles, “essas ações podem representar interesses daqueles que comercializam medicamentos novos e financeiramente inacessíveis à população em geral” (MACHADO, 2011, p. 594).

No mesmo sentido, Orozimbo Henriques Campos Neto (2012), em dissertação de mestrado que analisou as ações judiciais por anticorpos monoclonais em Minas Gerais entre 1999 e 2009, identificou a vinculação de um grupo restrito de advogados e médicos às ações. Ratificando os achados de Marina Machado e outros, ressaltou que esse fenômeno foi “observado de modo mais acentuado, mas não exclusivamente, em relação ao adalimumabe, com um único escritório responsável por 45% das ações e um médico presente em 21,2% e para o infliximabe que teve um escritório representando mais de 30% das ações” (CAMPOS NETO, 2012, p. 59).

Diante desse quadro, o pesquisador afirmou que “os resultados apresentados evidenciaram uma relação entre o escritório de advocacia A e o médico X, o que pode indicar uma ‘parceria’ entre esses profissionais e o laboratório fabricante do medicamento adalimumabe” (CAMPOS NETO, 2012, p. 59). Segundo ele, “podemos ter aqui um indício de que a justiça e a medicina têm sido utilizadas, em determinados momentos, predominantemente, para atender aos interesses da indústria farmacêutica” (CAMPOS NETO, 2012, p. 60).

Os efeitos negativos das estratégias de *marketing* da indústria farmacêutica são ainda mais graves quando se leva em conta a assimetria

de informação presente nesse mercado. Com efeito, quando se trata do mercado farmacêutico, os produtos postos à venda são consumidos por pessoas que dispõem de pouca ou nenhuma informação sobre qualidade, eficácia ou segurança dos produtos. Assim, quem decide o que será consumido são os prescritores, porém, quem paga é o consumidor ou o sistema de saúde (GUERRA JÚNIOR; ACÚRCIO, 2013). Entretanto, o consumidor e o sistema de saúde podem ser usados como meios para o atendimento de interesses inconfessáveis dos grupos econômicos que dominam o mercado de medicamentos. Nesse contexto, Daniel Faleiros e outros (2008), em estudo feito com base em ações providas em face da União, voltadas para a assistência farmacêutica, destacam a existência de decisões capazes de colocar em risco a saúde do próprio autor da ação (FALEIROS, 2008).

Essa aproximação entre médicos e indústria farmacêutica não pode ser indiferente para a administração pública. Isso porque, nos termos do art. 196 e seguintes da Constituição de 1988 – CR/88, o Brasil adotou um sistema nacional de saúde de acesso universal, institucionalizado na forma do Sistema Único de Saúde – SUS. Ademais, a Constituição de 1988 estabelece que o desempenho de ações e serviços públicos de saúde é dever de todos os entes da federação (art. 23, II, art. 30, VII e art. 196 da CR/88). Dessa forma, trata-se de atividade desenvolvida de forma ampla pelo estado, com vistas a atender o interesse público e a concretizar direito fundamental.

O poder público é, portanto, prestador de serviços de forma direta ou indireta, neste caso por meio de convênios ou contratação de serviços privados de forma complementar à sua rede própria (art. 199, §1º da CR/88). Assim, a conduta dos profissionais que prestam esses serviços é decisiva para o adequado atendimento do interesse público.

No presente artigo, pretende-se caracterizar o direito à saúde, descrever a forma de organização das ações e serviços prevista na Constituição e identificar o regime jurídico aplicável. Em seguida, volta-se a atenção para o princípio da moralidade administrativa para então verificar a juridicidade do recebimento de vantagens, benefícios e presentes por médicos que mantenham vínculo com o SUS.

2. Direito à saúde e organização das ações e serviços públicos no Brasil

A Constituição de 1988 assegurou a saúde como direito fundamental (art. 6º) e, ainda, dispôs de forma pormenorizada sobre as ações e serviços de saúde, sejam eles públicos ou privados, como consta do art. 196 e seguintes.

Sob o primeiro enfoque, verifica-se que a saúde compõe o rol de direitos sociais, presente no art. 6º. Ao mesmo tempo, está incluída no título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a saúde está formalmente reconhecida como direito fundamental, submetendo-se, pois, ao regime jurídico diferenciado previsto na Constituição². Assim, tratando-se de norma constitucional, ocupa posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico. Com isso, possui eficácia impeditiva da edição de normas legais e infralegais que conflitem com esse bem jurídico. Além disso, assim como as demais normas constitucionais, constitui parâmetro para o controle de constitucionalidade de outras normas e vetor interpretativo das normas infraconstitucionais. Contudo, sua qualidade de direito fundamental assegura-lhe, ademais, o caráter de cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, IV

² É o que Ingo Wolfgang Sarlet (2002) chama de fundamentalidade formal do direito à saúde.

da CR/88³, a eficácia normativa independente de intermediação legislativa (art. 5º, §1º da CR/88), além de compor o sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, passível de complementação por outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º da CR/88).

Consolidando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o direito à saúde, o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento do agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 (BRASIL, 2010), destacou que “a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade” (BRASIL, 2010). Isso porque, no Brasil, os direitos sociais – dentre os quais está a saúde – estão previstos expressamente no texto da Constituição e ainda possuem o mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais.

Examinando a natureza do direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet (2002) e Mariana Filchtiner Figueiredo (2007) chamam a atenção para a sua dupla dimensão. Com essa menção, os autores se referem ao fato de que a saúde está assegurada tanto como direito de defesa, impondo ao Estado e aos particulares uma obrigação de não ingerência, assim como um direito a prestações, no sentido de que o Estado deve promover ações e serviços para promoção, proteção e recuperação, fruíveis coletiva e individualmente.

³ Paulo Bonavides (2008) propõe que os direitos sociais também constituem limites materiais ao poder constituinte derivado. Convém ressaltar que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, o Supremo Tribunal Federal (1994) decidiu que a imunidade tributária constante do art. 150, III, “b” da CR/88 é garantia individual do contribuinte, razão pela qual se trata de limite material ao exercício do poder constituinte derivado. Daí é possível concluir que o limite material previsto no art. 60, §4º da CR/88 não se refere, apenas, ao rol do art. 5º da CR/88.

Para além da previsão da saúde como direito fundamental, como contrapartida, a Constituição também impôs dever ao Estado, aqui se referindo à incumbência dos quatro entes da federação, de desenvolverem ações de saúde, o que decorre do art. 196, assim como do art. 23, II e art. 30, VII, todos da Constituição. Conferiu-se às ações e serviços de saúde – públicos ou privados – o caráter de relevância pública (art. 197 da CR/88) e se estabeleceu um sistema único para a execução das ações e serviços públicos regido pelas diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade (art. 198, *caput*, e incisos I a III da CR/88).

É importante destacar, ainda, que a prestação da assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que também pode “participar de forma complementar do SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de Direito Público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (art. 199, *caput*, e §1º da CR/88).

Os dispositivos constitucionais que tratam das ações e serviços de saúde foram objeto de regulação, em especial, pela Lei 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde – LOS.⁴ A referida lei dispõe com particularidade sobre

⁴ Há, claro, diversos outros diplomas normativos relevantes que tratam da saúde. É o caso da Lei 8.142/90, que versa sobre a participação popular na gestão do sistema, por meio das conferências e conselhos de saúde, e cuida das transferências intergovernamentais de recursos financeiros com previsão dos fundos de saúde; Lei 9.313/96, que assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS o recebimento gratuito, por parte do SUS, de medicamentos necessários ao tratamento; Lei Complementar 141/12, que regulamentou a EC 29/00 e dispõe sobre a aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde; o Decreto 7.508/11, que regulamentou a Lei 8.080/90, assim como diversas leis estaduais e municipais e atos normativos do Ministério da Saúde e agências reguladoras do setor.

o SUS, estabelecendo seus objetivos, atribuições, princípios, diretrizes, normas de organização e gestão, incluindo aquelas referentes à distribuição de competência entre os entes federados. Trata, também, dos serviços privados de saúde, dos recursos humanos e do financiamento.

A Lei 8.080/90 reforça a previsão da saúde como direito fundamental e reproduz parte do art. 196 da CR/88. Destaca, ainda, que, conquanto a saúde seja direito de todos e dever do Estado, este não exclui o concernente às pessoas, família, empresas e sociedade (art. 2º).

Ao tratar do SUS, a Lei 8.080/90, após traçar seus objetivos e atribuições, no art. 7º, descreveu os princípios e diretrizes do sistema e conferiu sentido a vários deles, em especial às noções de integralidade, universalidade e resolutividade.

Sobre a participação privada no SUS, a Lei 8.080/90 prevê que “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada” (art. 24, *caput*, da Lei 8.080/90). Nesse caso, “a participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público” (art. 24, parágrafo único, da Lei 8.080/90). Em consonância com o texto constitucional, as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos devem ter preferência para participarem do SUS (art. 25 da Lei 8.080/90).

É importante reiterar que as ações e serviços públicos de saúde, sejam eles executados diretamente pelo Estado ou indiretamente por meio da participação complementar da iniciativa privada, integram o SUS e se submetem à direção única em cada esfera de governo (art. 198, I, da CR/88). Dessa forma, sua gestão fica a cargo do Ministério da Saúde no âmbito da União; da respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente no âmbito dos Estados e do Distrito Federal; e da respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente no âmbito dos Municípios (art. 9º, I a III, da Lei 8.080/90).

A conjugação dos dispositivos constitucionais acima descritos levamos à conclusão de que os serviços de saúde foram previstos na Constituição como espécie de serviço público.

A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 687).

Para o autor, a saúde é serviço público por determinação constitucional e está incluída entre aqueles que o Estado tem obrigação de prestar, embora sem exclusividade, porquanto é livre à iniciativa privada (BANDEIRA DE MELLO, 2013).

Comungando do mesmo entendimento, José dos Santos Carvalho Filho (2009) e Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2010) reconhecem a natureza de serviço público dos serviços de saúde, classificando-os dentre os serviços públicos sociais.

Toda a exposição feita acima leva-nos à inafastável conclusão de que os serviços de saúde que integram o SUS – públicos ou privados –, no exercício de sua importante função de garantir acesso a direito fundamental à população brasileira, estão vinculados ao regime jurídico das ações e serviços de saúde. Além disso, são regidos pela disciplina de Direito Público, inclusive pelos princípios constantes do art. 37, *caput*, da Constituição, dentre os quais se encontra o princípio da moralidade administrativa.

3. Moralidade e probidade administrativa

3.1. Definições

O desenvolvimento do conceito de moral administrativa tem suas origens nos estudos de Maurice Hauriou, em sua obra *Précis de Droit Administratif et Droit Public*, na qual estudou as decisões do Conselho de Estado francês, órgão responsável pela apreciação de atos da administração pública naquele país. Referido autor defendia o caráter instrumental do Estado para a realização de interesses públicos, devendo ser estes o conteúdo inafastável dos atos dos agentes públicos (GARCIA; ALVES, 2008).

Como ressalta Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2010), Hauriou busca identificar a moralidade administrativa a partir de condutas presentes no ambiente interior da administração pública, que condicionam a aplicação do Direito. Para a autora, moralidade administrativa, em conformidade com a visão de Maurice Hauriou, “implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto” (DI PIETRO, 2010, p. 76).

Nesse contexto, percebe-se que a moral administrativa não se confunde com a moral comum, que contém normas para as condutas sociais em geral. A noção de moralidade administrativa refere-se à disciplina da administração pública, sendo direcionada para seus agentes.

Convém destacar que os primeiros estudos sobre a moralidade administrativa tiveram por objetivo, em verdade, viabilizar o controle do desvio de poder ou desvio de finalidade, situação em que o agente público declara

a realização de ato administrativo com vistas a atender uma finalidade pública, mas, em verdade, visa atender outra, oculta, de seu interesse.⁵

Todavia, referida hipótese acabou sendo acolhida como vício de legalidade atinente à finalidade do ato administrativo. Dessa forma, o próprio Conselho de Estado francês passou a examinar os casos de desvio de poder a título de controle de legalidade dos atos administrativos (GARCIA; ALVES, 2008).

No Direito brasileiro vigente, o princípio da moralidade administrativa está previsto de forma expressa no art. 37, *caput*, da Constituição e vincula toda a administração pública, ou seja, a administração direta e indireta, assim como os três níveis de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Além disso, ao tratar da ação popular⁶, o constituinte, de forma pioneira, alargou a abrangência do seu objeto para permitir que os atos administrativos tenham sua validade questionada quando atentarem contra a moralidade administrativa.

No texto constitucional, há referência, ademais, ao dever de probidade, que deve ser observado pelos agentes públicos. Nesse sentido, trata-se de valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico, culminando com a previsão de causa de inelegibilidade de candidatos a mandatos eletivos (art. 14, §9º, da CR/88). Seu reverso, a improbidade administrativa, é considerado ilícito grave, a desafiar uma série de sanções (art. 15, V e art. 37, §4º, ambos da CR/88). Finalmente, as condutas que atentem contra a probidade na administração são consideradas crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, V, da CR/88).

Conforme será abordado mais adiante, a Lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa e traz rol exemplificativo de casos, sanções e procedimento judicial para a aplicação destas.

A Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo em âmbito federal, relaciona o princípio da moralidade dentre aqueles de observância obrigatória pela administração pública, sendo importante destacar que o art. 2º, IV, estabelece, entre os critérios que devem conduzir o processo administrativo, “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

É digno de registro, ainda, que a Constituição Estadual de Minas Gerais, a par de ratificar o princípio da moralidade dentre aqueles de

⁵ Exemplo clássico dado pela doutrina é a desapropriação de imóvel para instalação de equipamento público (como uma escola), que seja de propriedade de desafeto declarado do agente público. Embora declarada da finalidade de interesse público, por vezes o autor do ato esconde a finalidade real de atingir seu desafeto.

⁶ A ação popular está regulada na Lei 4.717/65 e constitui forma de impugnação de atos da administração pública por qualquer cidadão, condição cuja prova se faz com o título de eleitor.

observância obrigatória pela administração pública (art. 13, *caput*), dispõe ser direito da sociedade se manter informada sobre as condutas que impliquem a sua transgressão (art. 73, §2º, I), assim como estabelece que “a sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz” (art. 73, *caput*).

Diante da expressa acolhida da moralidade como princípio normativo do Direito brasileiro, a doutrina tem se debruçado sobre o tema com vistas a identificar seus contornos e o conteúdo do princípio da moralidade administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 122, grifo do autor):

“De acordo com ele [princípio da moralidade administrativa] a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição.”

Mais adiante, o autor destaca que o princípio da moralidade será transgredido “quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 122). Em conclusão, destaca que o princípio é “um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 122).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após discorrer sobre as origens do princípio da moralidade e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, expõe seu entendimento sobre o tema:

“Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (DI PIETRO, 2010, p. 78).

Para Maria Sylvia, moralidade e probidade administrativa, como princípios, relacionam-se com o conceito de honestidade. Segundo ela, em ambos os casos, exige-se mais que a legalidade, ou seja, “a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública” (DI PIETRO, 2010, p. 816).

Mais adiante, a autora expõe que “a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público” (DI PIETRO, 2010, p. 817).

Seguindo a mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho afirma que o administrador público “deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 20). Para o autor, o princípio da moralidade está ligado à noção de bom administrador, “que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 21).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, ao tratarem do tema da moralidade administrativa, destacam que “tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 75).

Referidos autores tratam a probidade como um conceito mais abrangente que a moralidade e destacam que “a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 47).

Fábio Medina Osório, por sua vez, enfatiza que a moralidade administrativa é considerada fonte do dever de probidade administrativa. Para ele “probidade é espécie do gênero moralidade administrativa. Improbidade é a imoralidade qualificada” (OSÓRIO, 2007, p. 89).

Em contraponto à doutrina exposta, Márcio Cammarosano, em trabalho dedicado ao tema da moralidade administrativa, enfatiza sua preocupação com a mitigação da segurança jurídica ao se adotar uma noção fluida e indeterminada de moralidade administrativa, muitas vezes com recurso à moral comum. Para ele, o princípio da moralidade administrativa não guarda autonomia com o princípio da legalidade. *Verbis*:

“Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A só violação de preceito moral, não juridicizado, não implica invalidade do ato. A só ofensa a preceito que não consagra, explícita ou implicitamente, valores morais, implica invalidade do ato, mas não imoralidade administrativa” (CAMMAROSANO, 2006, p. 114).

Diante de todo o exposto, a nosso aviso, primeiramente, deve-se destacar que se de um lado, o ordenamento jurídico brasileiro previu os princípios da moralidade e da probidade administrativa de forma autônoma em relação à legalidade e outros princípios da administração pública; de outro lado, é preciso destacar que o estudo e análise do texto constitucional deve ser feito com os olhos de nosso tempo e não com o uso de categorias do positivismo jurídico, em especial, a proposta de afastar o Direito de todo o conteúdo axiológico.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso destaca que, com o advento da Constituição de 1988, encontrou espaço no Brasil o neoconstitu-

cionalismo, doutrina que tem como base o pós-positivismo jurídico e traz, como principais mudanças, o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; a nova interpretação constitucional e a judicialização das questões sociais. Quanto à interpretação da Constituição, destaca o papel criativo do intérprete, de caráter complementar ao do legislador (BARROSO, 2007).

Quanto ao pós-positivismo jurídico, matriz do neoconstitucionalismo, Gregório Assagra Almeida esclarece:

“[...] a doutrina que tem enfrentado o tema [pós-positivismo jurídico] faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídica democrática. O pós-positivismo abrangeria todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta de valores” (ALMEIDA, 2008, p. 210).

Assim, em conformidade com estas matrizes teóricas (pós-positivismo jurídico e neoconstitucionalismo), há que se reconhecer a autonomia do princípio da moralidade administrativa em relação aos demais princípios da administração pública, inclusive o princípio da legalidade, sob pena de se negar força normativa à norma constitucional. Ressalta-se ainda que o texto da Constituição de 1988 está impregnado de conteúdo axiológico, restando imanente ao mesmo a imposição à Administração Pública e a seus agentes do dever de se conduzirem em conformidade com a ética e as regras de boa administração, como propõe Maria Sílvia Zanella Di Pietro (2010). Nesse passo, no caso concreto, incumbe ao agente público conduzir-se de forma a atender as legítimas expectativas nele depositadas pela sociedade, observando

padrões éticos de conduta socialmente aceitos, comportando-se como gestor de interesses alheios (interesses públicos).

Ratificando a autonomia do princípio da moralidade administrativa, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal extraiu diretamente de seu conteúdo vedação à prática de nepotismo, o que restou normatizado na Súmula Vinculante nº 13⁷. Com esse fundamento, diversos atos administrativos de nomeação para cargos em comissão e funções em confiança foram revistos a partir do conteúdo do princípio da moralidade administrativa, em parte combinado também com o princípio da impessoalidade.

Quanto à probidade administrativa, ainda que sob o ponto de vista conceitual tenda a se aproximar da noção de moralidade administrativa, verifica-se que a Lei 8.429/92 conferiu-lhe tratamento mais abrangente, constituindo a ofensa à moralidade apenas uma das formas de improbidade administrativa.

3.2. Tentativas de explicitar o conteúdo da moralidade: os códigos de ética

Em razão do conteúdo fluido do princípio da moralidade, a Administração Pública costuma editar códigos de ética visando explicitar condutas cuja prática é vedada para os agentes públicos. Com isso, é fortalecida a segurança jurídica por meio da exposição dos referenciais éticos que guiam certo poder ou órgão.

⁷ Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal” (BRASIL, 2008).

Assim, passamos em exame ao Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/94), Código de Conduta Ética do Servidor Público e da Alta Administração Estadual de Minas Gerais (Decreto estadual nº 43.885/04) e ao Código de Ética do Agente Público Municipal e da Alta Administração Municipal de Belo Horizonte (Decreto municipal nº 14.635/11).

Os três códigos estabelecem para os servidores públicos, entre outros, deveres de probidade, honestidade, justiça e imparcialidade, impondo aos agentes públicos a obrigação de desempenharem suas funções com vistas a atenderem aos interesses públicos (finalidade pública).

No que se refere às condutas vedadas, verifica-se que os três códigos de ética examinados proíbem a conduta de receber vantagens relacionadas ao exercício das funções desempenhadas no serviço público.

No Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, encontra-se a seguinte vedação:

“[...] pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro servidor para o mesmo fim” (XV, “g”) (BRASIL, 1994).

De forma semelhante, o Código de Conduta Ética do Servidor Público e da Alta Administração Estadual de Minas Gerais dispõe que é vedado aos servidores públicos estaduais:

“[...] pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro servidor para o mesmo fim” (art. 6º, VII) (MINAS GERAIS, 2004).

Em dispositivo imediatamente posterior, está proscrita a seguinte conduta:

“[...] aceitar presentes, benefícios ou vantagens de terceiros, salvo brindes que não tenham valor comercial ou que, sendo distribuídos a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de um salário mínimo” (art. 6º, VIII) (MINAS GERAIS, 2004).

No âmbito do município de Belo Horizonte, o Código de Ética do Agente Público Municipal e da Alta Administração Municipal, inicialmente, estabelece como dever do servidor público:

“[...] evitar quaisquer ações ou relações conflitantes, ou potencialmente conflitantes, com suas responsabilidades profissionais, enviando ao Conselho e às Comissões de Ética Pública informações sobre relações, situação patrimonial, atividades econômicas ou profissionais que, real ou potencialmente, possam suscitar conflito de interesses, indicando o modo pelo qual pretende evitá-lo, na forma definida pelos mencionados colegiados” (art. 6º, IX)(BELO HORIZONTE, 2011).

No campo das vedações, está disposto que é defeso ao servidor público municipal:

“[...] pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, presente, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro agente público para o mesmo fim” (art. 7º, VIII) (BELO HORIZONTE, 2011).

Porém, o texto ressalva que a vedação acima descrita não abrange objetos que “não tenham valor comercial” e que sejam “distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de propaganda e divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas” (art. 7º, parágrafo único, I e II).

A exposição das normas acima revela que a conduta de receber vantagens, benefícios ou presentes que tenham valor econômico contraria os valores éticos que norteiam a administração pública. Assim sendo, há que se concluir que esse comportamento é violador do princípio da moralidade, como de resto dos princípios da impessoalidade e da igualdade, por fragilizar a necessária independência com que devem agir os servidores públicos com vistas a atenderem aos interesses públicos.

Voltando os olhos para o objeto deste trabalho, demonstrou-se, anteriormente, que a indústria farmacêutica tem adotado como

prática de *marketing* o oferecimento das mais variadas vantagens e agrados aos profissionais que exercem a medicina. Referida conduta não tem outro fim que não seja influenciar o exercício profissional objetivando o aumento da venda de seus produtos.

Dessa forma, no que se refere aos profissionais que estejam vinculados aos serviços públicos de saúde, não é difícil concluir que essa prática conflita com os interesses públicos, identificados, no caso, como o bom atendimento no nível individual e a promoção da equidade.

Examinando o Código de Ética Médica (Resolução nº 1931/09 do Conselho Federal de Medicina), constata-se a evidente preocupação com o exercício livre e autônomo da medicina, assim como de forma alinhada com os princípios bioéticos da beneficência, não maleficência, autonomia e justiça. Dessa forma, no Capítulo III, dedicado à responsabilidade profissional, está vedado ao médico:

“Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade” (BRASIL, 2009).

De forma ainda mais clara e específica, o Capítulo VIII, que trata da remuneração, contém a seguinte vedação:

“Art. 68. Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, indústria farmacêutica, óptica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização de produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza” (BRASIL, 2009).

Verifica-se, portanto, que as práticas promovidas pela indústria farmacêutica podem comprometer a imprescindível independência com que se devem conduzir os médicos. O desvio de conduta que venha a comprometer os interesses do paciente ou do usuário do serviço público é repudiado no âmbito do conselho profissional e da administração pública.

Essa falta de ética na condução das estratégias de *marketing* do mercado farmacêutico, fragilizando os interesses da população, não passou despercebida por Dalmo de Abreu Dallari:

“A busca de maior ganho, sem qualquer limitação ética, observando apenas as leis de mercado, transformou em mercadoria a própria pessoa humana, seus órgãos e seus componentes, fazendo-se também o comércio, sem considerações éticas, dos cuidados de saúde, dos medicamentos e de tudo que é fundamental para a preservação da integridade física e mental da pessoa humana” (DALLARI, 2003, p. 72).

O mesmo autor destaca, ademais, as estratégias usadas pelo mercado, inclusive suborno de profissionais de saúde, na tentativa de indução de consumo:

“[...] a sonegação e o jogo de mercado, os preços exorbitantes, as mentiras sobre as qualidades dos produtos, as falsificações, a propaganda enganosa ou inadequada visando estimular o consumo mesmo que inadequado, o suborno direto ou indireto de autoridades públicas, de empresários e profissionais da saúde e tudo o mais que faz parte da competição econômica está muito presente na área da saúde. Evidentemente, nesse jogo, ninguém leva em conta a existência da ética” (DALLARI, 2003, p. 80).

Assim, percebe-se que afronta às normas éticas da categoria profissional dos médicos a manutenção de relação com a indústria far-

macêutica que possa comprometer o exercício independente da medicina.

Diante de todo o exposto, conjugando as normas constantes dos códigos de ética do serviço público com aquelas presentes no Código de Ética Médica, só resta concluir que a proximidade cada vez maior que se tem observado entre médicos e indústria farmacêutica afronta os valores que devem nortear a atuação desses profissionais, em especial quando vinculados aos serviços públicos de saúde. Decorrente dessa vinculação, o recebimento de vantagens, benefícios e presentes de indústrias e laboratórios farmacêuticos é prática de afronta à moralidade no exercício profissional que não pode ser tolerada pela Administração Pública em relação àqueles que mantêm vínculos com o SUS.

3.3. Lei de improbidade administrativa e sua extensão

Vimos acima que a moralidade na condução dos interesses públicos é conduta exigível dos agentes públicos. A par de constituir princípio que deve nortear a administração pública, seu correlato, o dever de probidade, também se encontra presente em diversos outros dispositivos constitucionais.

Em função da elevada preocupação com a moralidade e a probidade no trato da coisa pública, a Constituição estabeleceu uma variada ordem de sanções para os atos de improbidade administrativa, ao dispor que eles acarretarão “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, §4º, da CR/88).

O texto transcrito anteriormente é a matriz do sistema de responsabilização dos agentes públicos que transgridem o dever de probidade.

A sistematização dos atos de improbidade administrativa e respectivas sanções encontra-se na Lei 8.429/92.

A técnica legislativa da Lei 8.429/92 consistiu, inicialmente, na identificação das entidades que poderiam ser sujeito passivo de atos de improbidade administrativa:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (BRASIL, 1992).

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, por sua vez, está definido logo em seguida no art. 2º e art. 3º da Lei 8.429/92. *Verbis*:

“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (BRASIL, 1992).

O exame dos dispositivos transcritos permite-nos afirmar que as sanções da Lei 8.429/92 são aplicáveis não apenas a servidores públicos em sentido estrito, mas de resto a todos aqueles que possam ser considerados agentes públicos. O sentido da Lei 8.429/92 é tutelar o patrimônio público e evitar que aqueles que exerçam funções públicas se desviem das finalidades públicas.

Além disso, mesmo o particular que induza ou concorra de qualquer forma para a prática dos atos de improbidade administrativa estará sujeito às sanções legais. Obviamente, não será possível aplicar ao particular sanções destinadas, por sua natureza, aos agentes públicos⁸.

⁸ É o caso da perda da função pública.

No que se refere ao SUS, de início, quando as ações e serviços públicos de saúde são prestados diretamente pelo Estado, não há dúvida de que os agentes públicos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes da administração indireta podem praticar atos de improbidade administrativa e ser submetidos às sanções da Lei 8.429/92.

Ocorre que, como visto, é possível que a iniciativa privada participe do SUS, de forma complementar, quando esgotadas as capacidades do poder público. Nesse caso, os particulares, mediante contrato ou convênio, passam a integrar o SUS, tendo o dever de observar seus princípios, assim como as normas de Direito Público naquilo que for compatível com o exercício de suas atividades. Dessa forma, ainda que se submetam ao regime jurídico de Direito Privado em decorrência de sua condição de particulares, sofrerão derrogação parcial de normas de Direito Público e se encontrarão sob gestão pública (art. 198, I da CR/88; art. 8º, art. 9º e art. 24, todos da Lei 8.080/90).

Relativamente às pessoas naturais que atuem em entidades particulares que passem a integrar o SUS ou que sejam contratadas para nele prestar serviços, caso venham a praticar condutas que se amoldem aos tipos constantes da Lei 8.429/92, serão consideradas sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa, como já reconheceram os tribunais:⁹

“ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO ‘AGENTES PÚBLICOS’. HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei nº 8.429/92.

2. Deveras, a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente

⁹O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já entendeu que médicos de entidade credenciada do SUS podem cometer os crimes próprios de funcionários públicos contra a administração em geral, uma vez que sua condição se amolda ao conceito de funcionário público constante do art. 327, §1º do CP. RECURSO ESPECIAL. PENAL. MÉDICOS E ADMINISTRADORES DE ENTIDADE HOSPITALAR PRIVADA. INSTITUIÇÃO CREDENCIADA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. AGENTES PÚBLICOS POR EQUIPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que o conceito de agente público se estende aos médicos e administradores de entidade hospitalar privada que administram recursos públicos providos do Sistema Único de Saúde, em razão da amplitude conferida ao conceito de funcionário público, ao que se extrai da letra mesma do artigo 327, parágrafo 1º, do Código Penal. Precedentes. 2. Em não afastadas, de plano, a autoria dos fatos, a sua tipicidade e materialidade, deve a questão, por indubitosa, ser decidida em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, à luz de todos os elementos de convicção produzidos no desenrolar da instrução criminal, sendo, pois, de todo incabível a precipitação do desfecho do feito, à moda de absolvição sumária do acusado. 3. Recurso especial provido. (STJ) – REsp 277.045/PR – Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Julgamento em 25/08/2004. DJ, 13/12/2004, p. 463).

público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).

3. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

4. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

5. Ademais, a efetiva ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni juris* são condições de procedência do mérito cautelar, sindicável pela instância de origem também com respaldo na Súmula 07.

6. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato ímprobo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07, do STJ.

7. Recursos parcialmente providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local” (BRASIL, 2004).¹⁰

¹⁰ Além do entendimento do STJ, identificamos, ainda, posicionamentos semelhantes firmados por Tribunais Regionais Federais e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O TRF da 1ª Região assim decidiu: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. MALVERSAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. SANTA CASA DE MISERICÓRDIA. SUS. AUDITORIAS. INDÍCIOS DE GRAVES IRREGULARIDADES. MÉDICO QUE OCUPOU CARGO DE DIREÇÃO. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES. 1. Não se mostra possível, no momento, afastar a responsabilidade do agravante pela prática de atos lesivos ao patrimônio público. As auditorias realizadas valem como fortes indícios da prática de atos de improbidade. Agiu bem o Juiz ao receber a inicial contra o agravante. 2. Agravo de instrumento improvido. (TRF da 1ª Região – Agravo de instrumento 2006.01.00.043268-8/MG –Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz. Julgamento em 07/05/2007. DJ, 25/05/2007, p. 58). De forma semelhante, o TRF da 1ª Região concluiu pela possibilidade de submissão dos gestores da Santa Casa de Araguari/MG às sanções pela prática de atos de improbidade administrativa no seguinte acórdão: Apelação Cível 2005.38.03.007748-9/MG. Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz. Julgamento em 28/02/2012. e-DJF1, 09/03/2012, p. 098. O TRF da 2ª Região também já afirmou a possibilidade de prática de ato de improbidade administrativa por médico prestador de serviços de hospital conveniado ao SUS. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COBRANÇA PARA REALIZAÇÃO DE ATO CIRÚRGICO POR AGENTE PERTENCENTE A ESTABELECIMENTO QUE INTEGRA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CARACTERIZAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DO INCISO III DO ART. 12 DA CITADA LEI. 1. Exerce o demandado em hospital particular, que recebe recursos públicos para a prestação de serviço essencial, por força do Serviço Único de Saúde (SUS), uma atividade que no fundo seria do próprio Estado, razão pela qual sua conduta se ajusta ao art. 1º da Lei 8.429/92 e se encontra enquadrado o réu como agente público (art. 2º). 2. Resta caracterizado o recebimento de quatrocentos reais da paciente, para a realização de intervenção cirúrgica que foi objeto de custeio pelo SUS, como se verifica da prova dos autos que atesta o recebimento dos valores, com devolução do montante pago apenas após comunicação ao Ministério da Saúde. 3. As alegações de que o procedimento médico realizado era novo, não tinha cobertura pelo SUS e que era usual cobrarem de usuários de planos de saúde montante destinado a cobrir as despesas com material cirúrgico não socorrem

Assim, demonstrado que no âmbito do SUS devem ser observados seus princípios e diretrizes, assim como os princípios que devem nortear o Direito Administrativo, mostra-se possível examinar a eventual caracterização de atos de improbidade administrativa por médicos do SUS que recebam vantagens, benefícios ou presentes de indústrias ou laboratórios farmacêuticos.

3.4. Análise da relação entre médicos do SUS e a indústria farmacêutica à luz da Lei 8.429/92

Já se destacou anteriormente que a relação entre médicos e a indústria farmacêutica, ao mesmo tempo em que se tem tornado cada vez mais estreita, possui potencial para gerar prejuízos individuais e coletivos para a saúde, na medida em que implica a indução de consumo de fármacos pelas pessoas, muitas vezes sem as melhores evidências quanto à eficácia, segurança e qualidade no caso concreto.

O exercício da Medicina com interação ou dependência da indústria farmacêutica é conduta proscribida pelo Código de Ética Médica. De outro lado, pode-se afirmar que afronta a ética no exercício das funções públi-

o demandado. A uma, porque, se o procedimento não tinha cobertura pelo sistema de saúde, descabida seria sua realização com cobrança de valores da paciente e do SUS, cumulativamente. A duas, a circunstância de haver uma cobrança de usuários do atendimento, para cobrir despesas referentes ao uso do material, em absoluto significa que tal procedimento é lícito. 4. O demandado afrontou os deveres de honestidade, legalidade e lealdade ao Ministério da Saúde, ao exigir valor de usuário beneficiário do SUS, cumulativamente com o percebido do erário, em conduta livre e consciente no sentido de realizar conduta reprovável do ponto de vista ético. 5. A sentença aplicou tão-somente a sanção de estar proibido o demandado de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Não há motivo para afastar a incidência da suspensão dos direitos políticos, no mínimo de três anos, e a incidência da multa civil, que tem natureza punitiva e não indenizatória (Marino Pazzagli Filho, Lei de Improbidade Comentada, Atlas, 2006, p. 152; Pedro Roberto Decomain, Improbidade Administrativa, Dialética, 2007, p. 213; Wallace Paiva Martins Júnior, Probidade Administrativa, Saraiva, 2001, p. 281). São medidas suficientes para retratar a censura à gravidade do procedimento do agente. 6. Apelo do Ministério Público Federal conhecido e provido. Apelo do réu conhecido e desprovido. Remessa necessária não conhecida. (TRF da 2ª Região. Apelação Cível 415.861 – Julgamento em 09/07/2008. DJU, 23/07/2008, p. 72). Em outra decisão, embora o TRF da 2ª Região tenha negado provimento a recurso do Ministério Público e mantido a absolvição do réu, afirmou que “a Lei nº 8.429/92, em seu art. 2º, não exige para a configuração de ato de improbidade a existência de vínculo efetivo com o Poder Público, englobando no conceito de ‘agente público’ aquele que exerce atividade pública ‘ainda que transitoriamente ou sem remuneração’, como é o caso do médico que, na qualidade de ‘prestador de serviços’ a hospital conveniado ao Sistema Único de Serviços (sic), tem a sua remuneração custeada pelo SUS”. (TRF da 2ª Região – Apelação Cível 392.872 – Relator Juiz Federal convocado Marcelo Pereira da Silva. Julgamento em 27/04/2010. e-DJF2R, 04/05/2010, p. 291/292). O TJMG assim decidiu sobre a prática de ato de improbidade administrativa por médicos e gestores de Santa Casa conveniada com o SUS: AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SANTA CASA DE MISERICÓRDIA – CONVÊNIO COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE “SUS” – FUNÇÃO DELEGADA. Hospitais e médicos conveniados aos SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. (TJMG – Apelação Cível 1.0000.00.326523-8/000 – Relator Desembargador Edivaldo George dos Santos. Julgamento em 28/04/2003. DJ, 27/06/2003).

cas a solicitação ou recebimento de vantagens, benefícios ou presentes em razão das atividades exercidas junto ao poder público.

Assim sendo, ainda que pertinentes as críticas de Márcio Cammarosano (2006) quanto à fluidez do conteúdo do princípio da moralidade administrativa e à fragilização da segurança jurídica a que sua aplicação pode conduzir; a prática de recebimento de vantagens, benefícios ou presentes da indústria farmacêutica por médicos do SUS está incluída dentre aquelas que compõem a zona de certeza positiva de violação ao princípio da moralidade administrativa. Com efeito, além de se tratar de prática proscrita por códigos de ética que regem a administração pública, é igualmente condenável à luz do Código de Ética Médica.

Neste ponto, para verificar a eventual caracterização da prática em exame como ato de improbidade administrativa, cumpre esclarecer, inicialmente, que a Lei 8.429/92 possui uma estrutura escalonada de classificação dos diversos ilícitos que podem atentar contra a probidade na Administração Pública. Dessa forma, partindo da forma mais grave de ilicitude para a menos grave, a Lei 8.429/92 prevê os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Salvo no que se refere aos atos que causam prejuízo ao erário, trata-se de ilícitos que requerem o dolo como elemento subjetivo para a sua caracterização. Outrossim, as respectivas sanções estão previstas no art. 12, incisos I a III.

Por vezes, portanto, será possível que um mesmo fato se amolde a mais de uma espécie de ato de improbidade administrativa, caso em que serão impostas as sanções correspondentes ao ilícito mais grave.

A conduta examinada, na medida em que gera benefício econômico para o agente público, pode caracterizar o ilícito previsto no art. 9º, I, da Lei 8.429/92. Senão vejamos:

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público” (BRASIL, 1992).

É necessário enfatizar que o SUS é responsável pelo atendimento da grande maioria da população brasileira e, ainda, trata-se de sistema de saúde de acesso universal. Em razão desta característica, todos são, potencialmente, usuários do SUS, embora, eventualmente, possam optar pela rede privada ou por sistema de saúde suplementar para usarem serviços de saúde.

Essa característica dá a dimensão do mercado consumidor de produtos farmacêuticos formado pelos usuários do SUS. Por essa razão é que os profissionais que atuam no SUS também são alvos da pressão da indústria farmacêutica, inclusive induzindo a aquisição de medicamentos por meio da judicialização de demandas, como apontaram os estudos referidos na introdução deste trabalho.

Dessa forma, não é difícil concluir que os interesses dos laboratórios farmacêuticos sofrem impacto direto das preferências manifestas pelos médicos do SUS no momento em que estes prescrevem o uso de fármacos como parte do tratamento dos usuários do sistema.

O interesse da indústria e dos laboratórios farmacêuticos na venda dos seus produtos não se mostra compatível com o interesse público de assegurar acesso universal e integral aos usuários do SUS aos fármacos que deles necessitem (art. 6º, I, “d” da Lei 8.080/90), assim como o dever dos médicos que integram o sistema de exercerem a Medicina de forma livre e autônoma. Com efeito, a doação de bens, a entrega de presentes, o patrocínio de viagens familiares entre outros “agrados” são potencialmente comprometedores da independência com a qual devem se guiar os profissionais da medicina de modo a cumprirem os já mencionados princípios bioéticos.

De todo modo, como já se expôs à exaustão, a prática de receber vantagens, benefícios ou presentes dos laboratórios farmacêuticos é transgressora do princípio da moralidade administrativa, em razão do que, em relação aos médicos com vínculo com o SUS, leva à configuração de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, quando não demonstrado o benefício econômico para o agente público.

4. Considerações finais

A opção brasileira pela garantia da saúde como direito fundamental de acesso universal exige dos gestores nas diferentes esferas de governo um grande empenho administrativo e a promoção de políticas públicas voltadas para assegurar a equidade das condições de saúde da população. Trata-se de tarefa árdua e complexa, levando em conta as dimensões territoriais do país e as históricas desigualdades sociais e regionais brasileiras.

No âmbito individual, a assistência médica, embora seja apenas um dos serviços que devem ser prestados pelo SUS – que deve realizar ações de promoção, proteção e recuperação, neste caso, de assistência integral –, tem grande importância para a população. O atendimento adequado, assim como o tratamento prescrito em conformidade com as melhores evidências científicas e no exercício livre e autônomo da medicina, é parte essencial dos cuidados que devem estar disponíveis para todos.

Dessa forma, as práticas da indústria farmacêutica que venham a comprometer o livre e autônomo exercício da medicina devem ser repudiadas. É o que ocorre com as estratégias de *marketing* que apelam para a distribuição de brindes caros, pagamentos de viagens entre outras benesses de que costumam se valer os laboratórios farmacêuticos com o fim de incentivar prescrições.

Vivemos hoje tempos em que a ética, mesmo no mercado que envolve medicamentos, serviços e insumos essenciais para a saúde, parece tratar-se de conceito antiquado e em desuso. No entanto, como se demonstrou acima, a defesa do interesse público requer, no que tange às atividades

administrativas, incluindo a prestação de serviços públicos, exige o exame dos atos administrativos e das condutas dos agentes públicos para além de sua mera conformidade com a legalidade.

Dessa forma, a elaboração do presente artigo teve por objetivo lançar luzes sobre as práticas antiéticas promovidas pelos laboratórios farmacêuticos e despertar para a necessidade de controle e repressão sobre o recebimento de vantagens, benefícios e presentes por médicos que integram o SUS, inclusive por meio da aplicação da Lei 8.429/92.

Referências

ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos*. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito material coletivo: superação da summa divisio Direito Público e Direito Privado por uma summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BELO HORIZONTE. Decreto n. 14.635 de 10 de novembro de 2011. Institui o Código de Ética do Agente Público Municipal e da Alta Administração Municipal. *Diário Oficial do Município*, Belo Horizonte, 10 nov. 2011. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=salaservidor&tax=26460&lang=pt_BR&pg=5320&taxp=0&>. Acesso em: 4 dez. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990.

_____. Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jul. 1965.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jun. 1992.

_____. Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jun. 1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 495933/RS. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 mar. 2004. *Diário da Justiça*, 19 mar. 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula vinculante n. 13. DJ, 21 ago. 2008. *Diário Oficial*, 29 ago. 2008. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0013vinculante.htm>. Acesso em: 3 dez. 2014.

_____. Resolução CFM n. 1931 de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 2009b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 175/CE. DJ, 17 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 mar. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques. *As ações judiciais por anticorpos monoclonais em Minas Gerais, 1999-2009: médicos, advogados e indústria farmacêutica*. 2012. 80 f. Dissertação (Mestrado em saúde pública) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética sanitária. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Direito sanitário e saúde pública. Coletânea de textos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 62-81. (Série E. Legislação de Saúde, v.1).

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JÚNIOR, Augusto Afonso; SZUSTER, Daniele Araújo Campos. A questão das demandas judiciais por medicamentos no SUS. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Prêmio Sergio Arouca de gestão participativa: experiências exitosas e trabalhos acadêmicos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. p. 129-131.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUERRA JÚNIOR, Augusto Afonso; ACÚRCIO, Francisco de Assis. Política de medicamentos e assistência farmacêutica. In: ACÚRCIO, Francisco de Assis (Org.). *Medicamentos: políticas, assistência Farmacêutica, farmacoepidemiologia e farmacoconomia*. Belo Horizonte: COOPMED, 2013. p. 13-73.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. Disponível na internet: <http://www.ligiera.com.br/artigos/principios_da_bioetica.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2014.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, abr. 2011.

MINAS GERAIS. Decreto n. 43.885, de 4 de outubro de 2004. Dispõe sobre o Código de Conduta Ética do Servidor Público e da Alta Administração Estadual. *Diário do Executivo*, Minas Gerais, 6 out. 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 dez. 2014.