

DUPLA COBRANÇA E FISCALIZAÇÃO DO SUS

ROGÉRIO FELIPETO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Ciências Penais pela UFMG

Professor de Direito Penal

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Sistema Único de Saúde e gestão – 3 Controle de gestão – 3.1 Controle social – 3.2 Controle interno – 4 Dupla cobrança – 5 Auditorias e Ministério Público – 6 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo uma abordagem da repercussão jurídica resultante do fato do agente ligado ao Sistema Único de Saúde – SUS solicitar do particular remuneração para efetuar serviços que já estariam sob o amparo da assistência universal preconizada pelo SUS. Essa repercussão tem um enfoque mais apurado no que diz respeito às consequências de natureza penal.

Para compreensão desse objetivo, procura-se esboçar os contornos do sistema de saúde, mais particularmente do sistema nacional, expondo sua origem, características e princípios norteadores, almejando demonstrar que a unidade que se proclama também resulta na complexidade de relações entre os diversos componentes do Estado brasileiro, seus órgãos executivos e a própria população. Isso de modo a tornar saliente a necessidade de se estabelecer formas de controle e de fiscalização das atividades exercidas, mormente porque também se está a lidar com dinheiro público.

A partir daí, expõe-se a forma de estruturação dos vários instrumentos de fiscalização, esclarecendo como se expressam o controle interno e o externo. O controle interno assume especial interesse, por meio das atividades desenvolvidas pelos serviços de auditoria, na medida em que, exercendo tarefa de cunho administrativo, destinada a depurar o sistema, com vistas à excelência da prestação dos serviços, também exerce papel fiscalizador, assumindo *status* de órgão de controle social, como sói acontecer com os órgãos investigadores da esfera policial, porquanto as auditorias costumam ser os primeiros agentes estatais a entrar em contato com a notícia de prática delituosa.

Cuida-se, então, da questão fática proposta, no sentido de dar adequado enquadramento jurídico-penal à cobrança realizada ao SUS e ao particular pelo mesmo serviço prestado, discutindo-se sobre o estabelecimento do juízo competente e a adequação típica. Chama-se a atenção para a importância dos

sistemas de auditoria e da aparente impunidade resultante da praxe de se promover o arquivamento na esfera administrativa de fatos que, ainda que em tese, configuram ilícito penal. Essa ocorrência compromete o bom funcionamento do sistema, privando a utilização dos recursos que se fazem realmente necessários, contribui para a impunidade criminal, inculcando na sociedade um sentimento de que falta segurança e de que apenas os agentes menos afortunados é que são alvo do Direito Penal, além de suprimir do Ministério Público o cumprimento de missão constitucionalmente a ele irrogada.

2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E GESTÃO

De início, é preciso fixar que a implantação do SUS é o resultado de um trabalho de vários anos, desenvolvido pelo movimento sanitário brasileiro, e que vicejou graças à incapacidade de, sozinho, o Estado brasileiro lidar com as demandas relacionadas à questão da saúde. Não se trata somente do resultado de militância de natureza política, com vistas a estabelecer um novo enfoque para a solução dos problemas da saúde pública, mas verdadeiramente de um somatório de forças, podendo ser destacada a grave crise econômica pela qual passou o Brasil no ocaso da década de setenta do século passado, com graves repercussões sobre a Previdência Social, fazendo com que o próprio Estado buscasse novas alternativas para a questão da saúde. A isso se aliou a convergência da discussão política nacional marcada por um viés de democratização, de modo a suscitar que a União Federal proporcionasse cada vez mais a participação popular, socialmente organizada, bem como dos demais entes componentes do Estado Federativo, unidos para a concepção das políticas de saúde, assim como da sua implementação e fiscalização.

Esse momento histórico se mostrou favorável à realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, cujo relatório conteve a proposição de implementação do SUS (BALSEMÃO, 2002, p. 181), sugestão essa sufragada pelo art. 198 da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Assim, os serviços, ações e a assistência à saúde pública passaram a ser objeto de sistematização. Esse complexo de atividades deve ser entendido como o conjunto das incursões estatais em prol do restabelecimento da saúde individual como também da saúde coletiva, de modo a abranger medidas profiláticas tendentes a elevar a qualidade de vida da sociedade, evitando as manifestações patológicas.

O SUS encarna a atividade estatal e assume importância nodal na reparação dos estados patológicos individuais e ainda marca a atuação estatal de forma social no combate a esses comprometimentos da saúde individual, na medida em que se organiza uma intervenção difusa e preventiva. É o que sucede numa atuação sobre o processo *saúde-doença*.

O processo *saúde-doença* é o estudo de um segmento variado de patógenos, com a característica comum de serem decorrentes da influência de processos sociais interativos. Não se trata de doenças que aparecem aleatoriamente e às quais o ser humano está sujeito, independentemente de sua condição social, racial ou religiosa. São afetações da saúde que encontram origem no fator de desenvolvimento socioeconômico de uma comunidade ou mesmo da atividade humana desenvolvida. É o que pode acontecer, por exemplo, com a proliferação epidêmica da dengue hemorrágica, decorrente em boa parte da ausência de saneamento público. Essa manifestação atinge difusamente a população próxima à área onde é ausente o poder público, no sentido de providenciar o saneamento básico e de estabelecer procedimentos de combate a seu principal vetor: o *Aedes Aegypti*. Esses fenômenos individuais, se tomados de forma coletiva, acabam por ocasionar prejuízo à atividade econômica nacional, onerando os sistemas de saúde com o tratamento e diminuindo a produtividade pelo afastamento do trabalhador. Em síntese, processo *saúde-doença*:

[...] é o modo específico como se dá nos grupos sociais o desgaste biológico e de reprodução das condições concretas de existência, levando em determinados momentos a um funcionamento biológico diferente com prejuízo de atividades cotidianas conhecido por doença. Faz referência a uma inserção social que determina e explica o modo específico da passagem de um estado de saúde para um estado de doença e vice-versa. Ou seja, a saúde ou a doença não ocorre ao acaso, de forma pontual e isolada e sua contextualização será sempre necessária – também pela compreensão das respostas institucionais e sociais, face a ela, ou seja, o tipo de política e o formato predominante do sistema e serviços de saúde de cada país. (CONILL, 2002, p. 110).

Sob essa perspectiva, a sistematização no trato das questões relacionadas com a saúde assume especial importância, na medida em que permite um melhor equacionamento do problema e uma sinalização positiva para o seu deslinde, principalmente porque a composição do centro de poder, responsável pela tomada de decisões, passa a ser compartilhada por diversos setores relacionados com a saúde, oportunizando uma visão multilateral dos problemas e o engajamento dos diversos setores na busca das respectivas soluções.

Pode-se dizer que houve uma evolução do modelo de *sistema previdenciário* para um modelo de *proteção social*. O primeiro é baseado na

tripla arrecadação, partindo da contribuição do Estado, dos empresários e dos trabalhadores. Sofre ele alteração a partir da criação do *National Health Service*, na Inglaterra, que se propõe a um atendimento universal, por meio de arrecadação tributária específica, garantindo uma fonte de financiamento própria. Esse sistema começa o seu declínio com a elevação dos custos decorrentes de uma grande industrialização, dado o enfoque eminentemente científico que se emprestava à questão da doença, centrando-se no cuidado hospitalar e na especialização médica, relegando-se a segundo plano a humanização do atendimento. Esse modelo se caracterizava pelos elevados custos e pela ausência de preocupação com os fatores geradores de doença que tinham uma incidência interpessoal, privilegiando as técnicas de tratamento, vale dizer, preferia-se a remediação à prevenção.

Já o modelo de *proteção social* se caracteriza pelo objetivo maior da conciliação do tratamento do corpo individual e do corpo social (causas internas e externas dos acometimentos doentes). Embora também se parta da perspectiva estatal na proteção da saúde, há nítida influência liberal, procurando estimular a iniciativa privada de forma suplementar. O universalismo cede à equidade. Nota-se uma evolução do modelo previdenciário, em que o atendimento se notabiliza por ser universal, buscando estar à disposição de qualquer cidadão, sem considerar seu extrato social de origem ou qualquer outra referência discriminatória, repousando sob o ônus exclusivo do ente estatal a responsabilidade pelo tratamento. Esse modelo que reflete a centralização do tratamento no Estado transmuta-se para um modelo mais assistencial, em que se procura dissolver o alto custo do atendimento com práticas alternativas, chamando-se a iniciativa privada a atuar de forma suplementar, bem como alterando a forma de intervenção do setor público (CONILL, 2002, p. 117). Exemplo do que ocorre hoje é a disseminação dos planos de saúde, que exercem esse papel subsidiário no atendimento às demandas de saúde, bem como a municipalização dos serviços de saúde e o fomento de práticas preventivas como o atendimento familiar: o Programa de Saúde da Família – PSF.

Como se pode perceber, a prestação de serviços de saúde constitui, então, uma estrutura sistematizada, dotada de certa complexidade, graças aos fins a que almeja (tratamento e prevenção), o que lhe exige um desdobramento, reclamando a participação estatal e social. Para melhor cumprimento dessas missões, faz-se necessária uma flexibilização dessa complexidade, o que se dá mediante a descentralização da prestação dos serviços, bem como de sua própria administração, tudo com vistas a uma maior efetividade dos serviços e realização dos princípios que regem a prestação de saúde: a *preservação da universalização*, mediante a integralidade do atendimento; a *participação da comunidade*, o que acontece sobretudo por meio dos Conselhos de Saúde (Lei

nº 8.142, de 28.12.1990); e a *descentralização*, dotando-se as esferas de governo da Federação de competência gestora e fiscal dentro das respectivas áreas de atribuição.

Para atendimento dessa demanda, regulamenta-se a organização do serviço de saúde por meio de uma Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS, que é uma portaria expedida pelo Ministério da Saúde. A NOAS 01/2001, editada em janeiro de 2001, teve uma inspiração descentralizadora: acentuou a gestão dos planos de atenção básica por parte dos municípios; regionalizou as formas de assistência; implementou novos procedimentos; estabeleceu novas regiões de saúde, definidas pelo gestor estadual e adotou uma nova sistemática de financiamento. Permitiu-se o estabelecimento de consórcios de municípios que se agregam segundo suas necessidades e peculiaridades da região, sob a administração de um gestor estadual. Isso possibilita que se estabeleça em um município-sede a realização de serviços de média complexidade, servindo a toda uma região: é o *Plano de Atenção Básica Ampliado*, enquanto aqueles serviços pertencentes à assistência básica continuam sendo ofertados em cada município, que deviam se preparar para receber o *PAB Ampliado*. Com isso, pôde ser desenvolvida uma ação estratégica no que diz respeito à política de prevenção, como aquelas destinadas ao combate da tuberculose, hanseníase, hipertensão arterial, diabetes, entre outras.

A NOAS 01/2002, editada em fevereiro de 2002, seguiu o mesmo norte preconizado pela NOAS 01/2001 e, amadurecida pelos problemas enfrentados, procurou oferecer alternativas para a superação dos impasses surgidos na implementação da NOAS 01/2001. A nova norma operacional caracteriza-se pela ênfase à municipalização da atenção básica, à regionalização do atendimento e à hierarquização da gestão, sob a inspiração de alcançar maior equidade.

O financiamento dos serviços divide-se em forma tríplice, suportado pelos três entes componentes da Federação. Há uma variação de acordo com a complexidade do atendimento prestado, sendo que aqueles menos complexos e com necessidade de maior universalização concentram-se nos municípios, havendo sucessiva regionalização consoante o incremento da complexidade do tratamento, até que seja centralizado no Estado e na União o atendimento de alto custo e de alta complexidade.

É importante ressaltar que o princípio da universalização é mitigado nos serviços de média complexidade, de vez que se concentram em pólos regionais. No entanto, a regionalização garante a integralidade no atendimento, viabilizando economicamente a prestação do serviço, sem prejuízo ao usuário. A transferência de verbas entre os entes federados é instruída pelo critério da qualidade do serviço e da quantidade populacional, pois considera a complexi-

dade do tratamento prestado e o número de habitantes no local, fixando-se um determinado valor *per capita* a que cada ente federado tem direito (art. 35 da Lei nº 8.080, de 19.09.1990 e art. 3º da Lei nº 8.142/90).

Fica delineada, assim, uma primeira idéia acerca do que compreende o SUS. Para seu melhor delineamento, a própria Lei nº 8.080/90 define o que se entende por SUS:

Art. 4º – O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

A isso se pode acrescentar a possibilidade de participação da iniciativa privada, conforme se extrai do citado art. 4º da Lei nº 8.080/90, em seu § 2º, bem como do art. 199, § 1º, da CF/88.

O SUS, então, pode ser entendido como um sistema composto por um conjunto de unidades que realizam ações e prestam serviços relacionando-se entre si, sempre sob a inspiração do fim maior de realizar a saúde, exigindo-se, para tanto, que detenham comandos espraiados, mas atentos a uma orientação comum que garanta a coesão das unidades componentes.

Disso tudo se retira a existência de uma gama complexa de relações que clamam ora por uma descentralização ora por uma única direção a garantir a unidade sistêmica. Some-se a isso a gerência de recursos públicos, não raro vultosos e que às vezes nem ficam sob a égide dos estabelecimentos submetidos à administração do SUS, porquanto o particular também pode prestar o serviço de saúde, onde o SUS não o oferece diretamente, recebendo por essa atividade, devidamente contratada pelo gestor do SUS, pertencente à respectiva esfera de complexidade, por meio das regras que regem o Direito Público. Essas intrincadas relações, que envolvem dinheiro público, exigem redobrado cuidado fiscalizatório. Não só por causa da natureza do recurso pecuniário em jogo, mas porque a malversação, além de depauperar o erário, tem significativa consequência nefasta, na medida em que priva de atendimento determinado setor necessitado. É premente, então, o controle e fiscalização do emprego dessas verbas.

3 CONTROLE DE GESTÃO

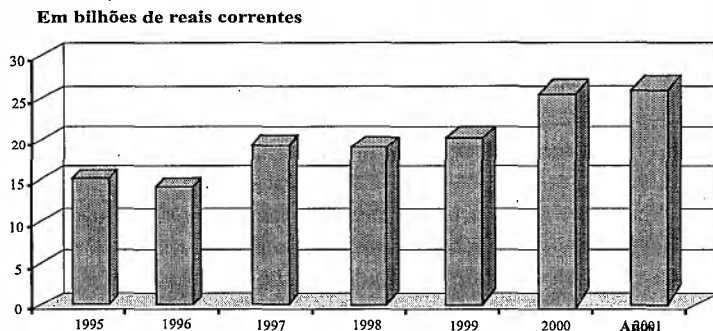
3.1 Controle Social

Apenas para que se possa reforçar a idéia da necessidade de promover uma atividade fiscalizatória do SUS, menciona-se a evolução da quantidade de recursos geridos em nível federal, sendo que no ano de 2001 atingiu-se montante da ordem de vinte e seis bilhões de reais.

Anuário Estatístico de Saúde do Brasil 2001

RECURSOS FINANCEIROS

Gráfico 1
Execução Orçamentária do Ministério da Saúde (1)
Brasil
1995-01



Fonte: Ministério da Saúde/Secretaria Executiva/Subsecretaria de Planejamento e Orçamento - SPO/Fundo Nacional de Saúde - FNS. Sistema Integrado de Dados Orçamentários - Sidor. Sistema de Administração Financeira - Siaf Produção e Gerencial.

(1) Inclui Administração Direta e Indireta.

As cifras são consideráveis, mesmo em se tratando de administração municipal (BRASIL, MS, 2003):

Competência	Assistência Hospitalar e Ambulatorial (MAC)	Atenção Básica	Ações Estratégicas	TOTAL
1998	116.457.053,54	22.239.306,95	0,00	138.696.360,49
1999	223.084.729,78	26.327.881,82	0,00	249.412.611,60
2000	210.348.059,37	33.088.948,48	0,00	243.437.007,85
2001	226.734.446,68	40.335.471,66	7.039.137,74	274.109.056,08
2002	236.541.379,56	56.213.976,72	28.243.694,76	320.999.051,04
2003	37.525.181,12	10.477.434,60	2.279.839,35	50.282.455,07
TOTAL	1.050.690.850,05	188.683.020,23	37.562.671,85	1.276.936.542,13

O SUS tem como característica o implemento de um modelo de proteção social na realização dos serviços e ações de saúde, o que não deixa de ser fruto, também, de uma aspiração de participação democrática no processo de eleição de prioridades e de tomada de decisão nas questões atinentes à saúde. Dessa forma, existe uma orientação de se privilegiar a participação popular direta, consolidada pelo chamado *controle social*, exercido fundamentalmente pelos Conselhos de Saúde e pelas Conferências de Saúde, instituídas respectivamente em cada esfera da Federação e regulamentadas pela Lei nº 8.142/90.

A Conferência de Saúde, que ocorre a cada quatro anos, tem como missão avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis de gestão correspondentes. A Conferência é composta dos vários segmentos sociais.

Os Conselhos de Saúde são a expressão da participação popular na administração dos serviços de saúde. Essa participação veio sendo articulada, paulatinamente, como forma de democratização da organização e fiscalização do sistema de saúde pública. Dessa forma são instituídos conselhos nos três níveis da Federação, com uma composição heterogênea que abrange agentes do governo, prestadores de serviços (iniciativa privada), profissionais de saúde e usuários. A composição privilegia a participação popular, já que metade das vagas de conselheiros são ocupadas por representantes dos usuários. Vinte e cinco por cento das vagas são ocupadas por representantes das entidades de profissionais da área de saúde, relevando-se que a vaga pertence à entidade e não à pessoa do conselheiro. Os restantes vinte e cinco por cento são divididos por representantes do governo e dos prestadores de serviços. Os respectivos regimentos internos devem estabelecer a forma de composição (BALSEMÃO, 2002, p. 183).

A existência dos conselhos foi fomentada pela exigência de sua constituição para o repasse de verbas de um ente federado para outro. A função deliberativa dos conselhos encontra expressão na organização de normas de funcionamento, como a elaboração de seu regimento interno e composição do orçamento. A função fiscalizatória corresponde ao controle dos recursos dos fundos de saúde e análise de relatórios de gestão, inclusive sob os aspectos econômicos e financeiros, podendo utilizar-se o Conselho de Saúde de profissionais especializados para subsidiar suas decisões. Pode-se dizer que, de uma forma geral, a missão dos conselhos é a de deliberar e fiscalizar as atividades do SUS, ressaltando-se a necessidade de existência de conta única e exclusiva para os recursos do SUS, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.080/90: “Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.”

As decisões tomadas pelos conselhos sujeitam-se à homologação do respectivo chefe do executivo da unidade da Federação (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90), o que de certa forma retira o poder coercitivo que essas decisões poderiam ter, quando o destinatário da decisão for exatamente o ente federativo fiscalizado. Assim, constatando o conselho irregularidade na prestação de contas e decidindo por não aprová-las, tal decisão poderá não ser homologada pelo chefe de governo, permanecendo desprovida de cumprimento a deliberação alcançada. Nesse aspecto assume fundamental importância a interligação dos conselhos com o Ministério Público, órgão agente dotado legalmente de instrumentos viabilizadores de correção das irregularidades eventualmente apontadas pelos Conselhos de Saúde.

O controle social é a lídima forma de manifestação e participação popular nos problemas do SUS e extrapola a questão meramente orçamentária, financeira ou econômica, para também se imiscuir em situações outras ligadas diretamente às políticas de saúde a serem implementadas.

Saliente-se que, no que tange à fiscalização, justamente devido a sua composição popular, muitas vezes a compreensão do conteúdo das prestações de contas e dos relatórios financeiros de gestão constitui tarefa hercúlea, senão inalcançável, comprometendo a efetividade fiscalizadora. De qualquer sorte, não se pode retirar essa atribuição dos conselhos, mas por outro lado é de se proporcionar a eles a necessária assessoria técnica, que poderia ser dos próprios servidores dos entes federados, já que os conselhos se estruturam administrativamente sob os auspícios dos entes federados perante os quais atuam, de modo a que encontrem os senhores conselheiros subsídios técnicos em suas manifestações.

Nessa perspectiva, cumpre não se olvidar da competência fiscalizadora exercida pelos Tribunais de Contas. Acontece que, muito embora a gestão dos recursos da saúde devam estar jungidas a uma conta única, ao fundo de saúde, administrado de forma independente dos demais recursos do ente federado, é de se ver que persiste a natureza de erário, legitimando também essa atividade fiscalizadora das Cortes de Contas. É de se notar que o julgamento perpetrado pelos Tribunais de Contas, no sentido de não se aprovar as contas de determinado ente da Federação, é tido como técnico, mas sujeito o parecer prévio à aprovação do correspondente Poder Legislativo, que realiza o legítimo julgamento político das contas. Nada obstante essa aprovação das contas pelo Poder Legislativo, não há o que impeça a busca, com fundamento no parecer prévio (peça técnica) da solução da irregularidade ou a preservação da coisa pública. A essa altura, qualquer do povo pode e o Ministério Público tem a missão constitucional de tomar as providências cabíveis para a preservação do patrimônio público (art. 129, III, da CF/88).

Muito embora o Ministério Público tenha um papel ativo peculiar, pode-se dizer que ele, os Conselhos de Saúde e os Tribunais de Contas constituem verdadeiros agentes de *controle externo do SUS*.

3.2 CONTROLE INTERNO

O controle do SUS é exercido por meio do controle externo, que abrange o controle social efetivado pelos Conselhos de Saúde, bem como o controle econômico-financeiro desempenhado pelo Tribunal de Contas e Poder Legislativo e, numa última esfera, o controle realizado pelo Ministério Público que, embora tenha uma função muito mais de agente provocador de mudanças, dispõe de arsenal legal para tanto e pode realizar atividade investigatória destinada a apurar eventual prejuízo ao patrimônio público. Mas há também instrumentos de controle previstos pelo próprio SUS, o que se pode denominar de instrumentos de controle interno, desempenhado pelas auditorias do SUS existentes em cada nível de gestão.

Quando se fala em controle, tem-se uma dupla significação, uma sob o prisma da administração, outra sob o ângulo jurídico:

O controle (às vezes chamado de “monitoramento”) consiste em acompanhar as atividades em andamento, assegurar-se de que elas seguem um determinado plano e identificar e corrigir possíveis problemas durante sua execução. Consiste, basicamente, em comparar o que foi previsto (planejado) com o que está sendo realizado, isto é, verificar se as metas estão sendo atingidas. Avaliação é o exame das atividades já terminadas (ou, pelo menos, bem adiantadas) para verificar se elas atingiram as metas fixadas ou estão se desenvolvendo em condições adequadas. (COUTTOLENC; ZUCCHI, 1998).

Já sob a ótica jurídica: “Controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre a sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.” (DI PIETRO, 2003, p. 600-601).

Muito embora o SUS seja um *sistema* e não um organismo próprio da administração pública, é de se ver que está ele atrelado aos princípios que regem a administração pública, até porque a sua gestão é realizada dentro da estrutura administrativa dos entes componentes da Federação, vale dizer: do Município, Estado e União. Por isso se cogita do controle como atividade de

fiscalização da *res publica*, podendo esse controle assumir diversas formas de classificação, dentre elas aquela que se fixa levando em conta a localização do órgão que executa a controladoria, de modo a ser taxado de controle externo aquele executado por organismo estranho à entidade fiscalizada e de controle interno aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada (MEIRELLES, 1991, p. 563-564).

O controle interno do SUS acaba convergindo para uma dupla utilidade. Sob o ponto de vista da Ciência da Administração Pública, permite a correção dos equívocos e adequação da prestação do serviço, produzindo efeitos durante a execução do trabalho. De outro lado, mostra os deslizes e eventuais irregularidades, subsidiando providências administrativas ou judiciais de correção e reparação de danos. De qualquer modo, mostra-se como atividade essencial a nortear o administrador público, que é denominado gestor no âmbito do SUS.

Para viabilizar essa necessidade de controle interno, o art. 16, XIX, da Lei nº 8.080/90 estabelece como obrigação da Direção Nacional do SUS, no Ministério da Saúde, o estabelecimento de um Sistema Nacional de Auditoria – SNA, que deve coordenar e avaliar tecnicamente a execução financeira do SUS no âmbito do território nacional, exercitando uma cooperação interativa com os demais entes políticos.

O SNA deve acompanhar os repasses de verbas para os estados e municípios, de acordo com as programações aprovadas, de modo a diagnosticar o maltrato do dinheiro público e a provocar as consequências legais pertinentes, como estabelece o art. 33, § 4º, da Lei nº 8.080/90. Essa atividade é realizada mediante exames analíticos das operações executadas pelas pessoas físicas ou jurídicas, podendo haver inspeções *in loco* e exames periciais.

O SNA é composto do Departamento Nacional de Auditoria do SUS e do Departamento de Controle e Avaliação de Sistemas. O primeiro atua no sentido de detectar e coibir irregularidades. O segundo, sem prejuízo do controle realizado pelos demais órgãos do Ministério da Saúde, monitora as atividades desempenhadas de modo a implementar seu controle e avaliação administrativas, na busca da excelência do serviço (art. 31 do anexo I do Decreto nº 4.194, de 11.04.2002).

O SNA, por intermédio do Departamento Nacional de Auditoria do SUS, exercendo seu mister de controle, executa-o sob as duas perspectivas mencionadas: administrativa e jurídica, de modo que tem arroladas suas atribuições no art. 11, I a VII, do anexo I do Decreto nº 4.194/92:

Art. 11 – Ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS compete:

I – auditar a regularidade dos procedimentos técnico-científicos, contábeis, financeiros e patrimoniais praticados por pessoas físicas e jurídicas no âmbito do SUS;

II – verificar a adequação, a resolutividade e a qualidade dos procedimentos e serviços de saúde disponibilizados à população;

III – estabelecer diretrizes, normas e procedimentos para a sistematização e padronização das ações de auditoria no âmbito do SUS;

IV – promover o desenvolvimento, a interação e a integração das ações e procedimentos de auditoria entre os três níveis de gestão do SUS;

V – promover, em sua área de atuação, cooperação técnica com órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, com vistas à integração das ações dos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Auditoria – SNA com os órgãos integrantes dos sistemas de controle interno, externo e social;

VI – emitir parecer conclusivo e relatórios gerenciais para:

a) instruir processos de ressarcimento ao Fundo Nacional de Saúde de valores apurados nas ações de auditoria; e

b) informar à autoridade superior sobre os resultados obtidos por meio das atividades de auditoria desenvolvidas pelos órgãos integrantes do SNA; e

VII – orientar, coordenar e supervisionar técnica e administrativamente a execução das atividades de auditoria realizadas pelas unidades organizacionais de auditoria dos Núcleos Estaduais.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, construiu-se um sistema de auditoria nos moldes daquele feito em nível federal, denominado de Sistema de Auditoria Assistencial – SAA, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 36.629, de 30/12/1994, e também voltado para a fiscalização do SUS, desta feita, nos limites de atribuição estadual.

O SAA realiza também um duplo papel, de cunho administrativo e de consequências jurídicas. Dessa forma, avalia previamente as ações técnico-operacionais envolvendo pessoas naturais ou jurídicas que se relacionam com o SUS. Faz, ainda, uma análise posterior dos procedimentos e resultados das ações de saúde. Isso, de modo concomitante com os demais órgãos da estrutura do SUS, sem que haja prejuízo das atividades de controle por eles executadas.

Para a consecução de suas atividades, poderá se valer da auditoria estadual pertencente à Secretaria de Saúde, bem como dos órgãos de auditoria dos entes fundacionais relacionados com a saúde.

O SAA, a exemplo de seu similar nacional, tem também um órgão diretivo, denominado Diretoria de Auditoria Assistencial – DAA da Superintendência Operacional de Saúde da Secretaria Estadual da Saúde, e compreende também as unidades regionais respectivas à sua área de atuação. A missão do SAA está disciplinada no art. 4º, I a VII, do Decreto Estadual nº 36.629/94:

Art. 4º – Ao Sistema de Auditoria Assistencial – SAA compete:

I – avaliar, acompanhar e auditar os Sistemas Municipais de Saúde;

II – acompanhar o desenvolvimento das ações e serviços colocados à disposição da população, por intermédio de entidades públicas ou privadas, integrantes ou participantes do SUS/MG;

III – avaliar os resultados obtidos em ações e serviços do SUS, relativamente aos objetivos predeterminados pela gestão do Sistema;

IV – exercer o controle preventivo e corretivo sobre a legalidade e propriedade dos gastos e atividades, no âmbito do SUS/MG;

V – informar à Administração sobre irregularidades detectadas em averiguações e propor a adoção de medidas cabíveis, em conformidade com as normas próprias;

VI – criar condições para assegurar a eficácia dos controles interno e externo e a regularidade do funcionamento do SUS;

VII – promover a integração com os órgãos ou sistemas de controle e fiscalização das demais esferas de governo no sentido de manter uma atuação sinérgica em busca do desenvolvimento do SUS;

Parágrafo único – a atuação do SAA/SES não elide as competências dos órgãos de controle interno e externo dos diferentes níveis de governo, respeitada a autonomia inerente a cada um deles.

O que chama a atenção é que a gerência de recursos dos SUS não só pode envolver as irregularidades de natureza formal que comprometam o bom funcionamento do sistema e que sejam passíveis de solução do ponto de vista

administrativo mas também pode acontecer que algumas ações irregulares transbordem os limites administrativos para produzirem conseqüências de ordem jurídica, quando reclamam a tutela do patrimônio público, por meio do combate à improbidade.

Nesse aspecto a atuação do controle interno pode produzir o mesmo resultado daquele exercido pelo controle externo, de vez que a percepção do ato ímprobo fica sob a égide de todos aqueles instrumentos de controle. Existe um verdadeiro sistema de filtros, de modo que o ato atentatório ao erário fica sujeito a uma múltipla avaliação. De se notar que a improbidade que aqui se menciona pode também produzir resultados em outra esfera do Direito que não a do Direito administrativo, mais precisamente no âmbito criminal. Se a conduta que se percebe revestida de improbidade corresponder a um tipo penal apropriado, como o peculato (art. 312 do Código Penal – CP), quando houver o desvio de dinheiro do SUS para proveito particular, há de incidir a lei penal independentemente das repercussões administrativas e a necessária reparação do valor desviado.

Os sistemas de auditoria, então, assumem um novo papel, equiparando-se aos órgãos de controle social destinados à apuração e investigação criminal. Na verdade, tornam-se verdadeiros agentes de polícia investigativa, já que o fruto dos trabalhos de controle pode repercutir em condenação criminal. Merece realce o fato de se estar lidando com atos extremamente complexos, envolvendo não só aspectos técnicos de contabilidade mas também os que envolvem questões sensíveis de saúde, o que torna a aferição de ato irregular ou ilegal de difícil percepção para um agente que não esteja devidamente treinado e afeto a esse tipo especial de relação. Note-se, também, que é o auditor que primeiro toma contato com a notícia de possível irregularidade e que corresponde a um possível crime, cabendo a ele detonar o procedimento investigatório. Essa é uma repercussão da atividade de auditoria ou de controle interno que não tem merecido a devida atenção e que pode ter um alcance até então não imaginado.

4 DUPLA COBRANÇA

A possível prática de ilícitos não se restringe à fraude, ao desvio, a ameaças para garantir a impunidade praticada por agente ligado à administração do SUS. Com efeito, imagina-se, no âmbito criminal, que as condutas ilícitas deveriam ser praticadas por agentes que se assemelham a funcionário público e que deveriam ter relação com a gestão do dinheiro público.

Todavia, tem-se notícia de uma prática que não corresponde somente à participação daqueles que de alguma forma têm poder de gestão sobre os

recursos do SUS. Há uma conduta que se tornou comum nessa seara e diz respeito à ação praticada pelo agente que se vale do estado débil do paciente que se socorre de médico e, aproveitando-se da fragilidade daquele que tem a saúde abalada, exige quantia em dinheiro para iniciar o tratamento adequado, sendo que simultaneamente informa ao SUS a realização dos procedimentos necessários, também recebendo por eles. Quanto a essa conduta nuclear há variações, passando pela exigência de subscrição de notas promissórias, cheques-caução, recebimento de honorários por fora, pagamento de aluguel de equipamentos e gastos com medicamentos por conta do paciente, entre outras que a imaginação humana insiste em produzir. Há, então, o que vulgarmente se denominou de dupla cobrança, visto que pelo mesmo procedimento médico, que pode ser uma internação, uma cirurgia, um parto, recebe o médico a contra-prestação pecuniária do particular e do SUS. Tal conduta corresponde à incriminação penal do art. 316 do CP:

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:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

A conduta descrita é uma variação do crime de extorsão, previsto no Código Penal e ambos são tipos derivados do constrangimento ilegal, diferenciando-se em função da especialidade da conduta descrita:

Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

Todavia, dele se diferencia, porque o agente que solicita a vantagem econômica, normalmente um profissional da saúde (médico), realiza a ação incriminada como médico do SUS ou pelo menos na condição de credenciado pelo sistema, de modo que a publicidade que caracteriza o atendimento pelo SUS guinda o particular à condição de funcionário público, nos termos do art. 327, do CP:

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Nesse sentido, também a lição de Prado (2001, v. 4, p. 405) quando cuida da relação do delito de concussão com outros crimes, diferenciando-o: “Também aproxima a concussão, em alguns aspectos, da extorsão, ressalvando-se, porém, que, na primeira, a ameaça exercida gravita em torno da função pública e as represálias infligidas a ela se referem.”

De se considerar que o crime de extorsão pressupõe a existência de *violência ou grave ameaça*, enquanto que para o crime de concussão basta que haja a *exigência*, ou seja, o estabelecimento de uma condição a ser satisfeita para a atuação do agente. Portanto, há um melhor encaixe do molde típico da *dupla cobrança* no que diz respeito ao crime do art. 316 do CP (*exclusivität der typen*). Confira-se o seguinte excerto jurisprudencial:

HABEAS CORPUS – CONCUSSÃO DE MÉDICO CONVENIADO AO SUS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA COMUM ESTADUAL – PRECEDENTES.

1. Havendo interesse particular de médico em obter vantagem indevida (cobrança por tratamento já pago pelo SUS) sobre paciente conveniado pelo Sistema Único de Saúde (crime de concussão), a competência é da Justiça Comum Estadual (CC 29.304/RS, in DJ 12/3/2001).

2. Ordem denegada. (BRASIL, 2001).

Houve alguma discussão no meio jurídico quanto à competência para o julgamento de fatos semelhantes, porquanto se tinha que havia prejuízo ao

erário, muita vez, aquele administrado pela União Federal, pois cogitava-se que o agente já havia recebido do particular e recebendo, novamente, pelo mesmo serviço, desta vez do ente público, causava prejuízo a interesse da União, autorizando o julgamento perante a Justiça Federal, em virtude da origem do recurso, nos termos do art. 109, IV, da CF/88.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

O raciocínio que sustentava caber à Justiça Federal cuidar do julgamento de feitos semelhantes fincava-se no fato de que o art. 33, da Lei nº 8.080/90 veicula comando no sentido de que as verbas, objeto de repasse da União para os Estados e Município, devem ser depositadas em conta especial, não pondo termo à responsabilidade da União, de vez que submete ao SNA a necessidade de controle desses valores, como se extrai do art. 6º, I, “a” e “b”, do Decreto nº 1.651, de 28.09.95:

Art. 6º A comprovação da aplicação de recursos transferidos aos Estados e aos Municípios far-se-á:

I – para o Ministério da Saúde, mediante:

- a) prestação de contas e relatório de gestão, se vinculados a convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere, celebrados para a execução de programas e projetos específicos;
 - b) relatório de gestão, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde, se repassados diretamente do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais e municipais de saúde;
-

Ora, se o Ministério da Saúde carece de comprovação da regularidade do emprego de verbas que se originaram na esfera federal e foram transferidas para os estados e municípios, é porque há interesse da União na regularidade do emprego dos recursos, interesse hábil a atrair para a competência da Justiça

Federal o julgamento das condutas mencionadas. Houve até orientação do Superior Tribunal de Justiça – nesse sentido:

CC – ESTELIONATO – CONSULTAS E INTERNAÇÕES EM DUPLICIDADE – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL E SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE).

– Havendo a Lei 8.080/1990 (art. 33, *caput* e § 4º) determinado que os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) repassados aos estados e municípios serão fiscalizados pelo Ministério da Saúde, através de seu sistema de auditoria, a malversação de tais recursos por crime de estelionato, constitui ofensa a interesses da União, deslocando a competência para apuração do delito, para a Justiça Federal.

– Conflito conhecido – competência da Justiça Federal, suscitante. (BRASIL, 1997).

Aliás, a discussão não se mostrava realmente de simples solução, graças à dificuldade de se fixar a natureza federal, estadual ou municipal do recurso objeto do ilícito, em função de sua origem. É que o estado e o município gerenciam não só recursos próprios que compõem o SUS mas também o citado numerário repassado pela União, surgindo a dificuldade de se estabelecer qual a natureza do recurso que foi alvo do ilícito, em função de sua origem, pois o dinheiro é daqueles bens suscetíveis de fungibilidade. E ainda que se identificasse a origem do valor objeto de prejuízo, outra discussão se instalaria: a atinente à identificação da existência de prejuízo da União, ou para os demais entes federados, responsáveis pela gestão. Parece não haver resposta a essas indagações. Todavia, uma análise mais acurada do problema permitirá afastar a discussão e dispensar a busca da identificação da origem do recurso.

Partindo-se dos princípios que regem o SUS, principalmente da perspectiva de sua universalidade, pode-se retirar a ilação de que o médico, ao efetuar o procedimento necessário, adquire o direito de receber do SUS pelo emprego de seus serviços e insumos despendidos. Desse modo, não haveria ilegalidade na cobrança e no pagamento. De outro lado, vê-se que o particular é que não detém a obrigação de efetuar pagamento por serviço que o Estado lhe garante, por meio do SUS. Então, na verdade, não há prejuízo ao patrimônio público e sim ao patrimônio privado daquele que se submete a tratamento médico. Assim sendo, afasta-se o interesse da União quanto à questão exposta, ficando sob a competência residual da Justiça comum estadual o julgamento do crime existente.

É o que tem predominado na jurisprudência mais recente:

1. Crime, em tese, de concussão, praticado por médico responsável por hospital conveniado do SUS. Cobrança indevida que acarreta prejuízos ao particular, e não à União Federal.
2. Recurso parcialmente provido, para determinar seja o feito anulado a partir do recebimento da denúncia, com a remessa dos autos ao Juízo Comum, competente para o julgamento. (BRASIL, 1999).¹

Esse raciocínio pode conduzir a uma dúvida quanto à própria tipicidade da conduta. É que, como asseverado, as práticas narradas amoldam-se ao delito de concussão (art. 316 do CP). Entretanto, esse crime se insere no capítulo dos delitos praticados por funcionário público contra a administração em geral e tem como bem jurídico protegido a administração. Portanto, se não há interesse da União em jogo, porque a lesão não incidiu sobre patrimônio público, mas sim sobre patrimônio privado, então também não há interesse dos demais entes federados, logo não se poderia falar de configuração de concussão, mas de outro crime contra o patrimônio particular.

A assertiva tem lógica e impressiona à primeira vista. O argumento tem lastro em uma interpretação sistemática dos dispositivos penais, bem como assentada na identificação do bem jurídico tutelado em obediência ao princípio da ofensividade, necessário à aferição da tipicidade penal. Nada obstante, não tem o condão de afastar a tipicidade da concussão. Acontece que o delito sob comento tem realmente como sujeito passivo o estado, ao qual pertence a administração pública lesada (União, Estado ou Município). Contudo, a proteção do bem jurídico relaciona-se à tutela da probidade que deve informar os atos administrativos, portanto relaciona-se à preservação da moralidade administrativa, independentemente de existir efetivo prejuízo econômico envolvido.

Noutro enfoque, é sujeito passivo secundário do delito o particular que teve vulnerado o seu patrimônio, de modo que se tutela a um só tempo não só a administração pública, mas também o patrimônio particular. A ação é praticada por causa de um serviço público, por agente relacionado a esse serviço, sendo despiendo que afete bens jurídicos da administração pública, para se considerar presente a necessidade de preservação da moralidade dos atos administrativos, por isso não se afasta a tipicidade da concussão:

¹ Confira-se, ainda, no mesmo sentido outros julgados do STJ: CC nº 35513 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 10.03.2003, p. 85; CC nº 36520 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 24.04.2003, p. 182; CC nº 33023 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 23.09.2002, p. 221; CC nº 31167 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 29.04.2002, p. 159.

Objeto da tutela jurídica é a administração pública no particular aspecto da probidade e da eficiência de funcionários públicos. De forma secundária protege-se também o patrimônio dos cidadãos contra a extorsão praticada por aqueles que agem em nome do poder público, valendo-se da função que desempenham como meio de coação. (FRAGOSO, 1981, p. 414).²

No mesmo diapasão, considerável parcela da jurisprudência:

CRIME DE CONCUSSÃO – Amolda-se ao tipo descrito no art. 316 do Código Penal a conduta do médico que exige pagamento extra (vantagem indevida) de paciente que teve sua cirurgia realizada sob os auspícios do Sistema Único de Saúde – SUS. Recurso a que se nega provimento (MINAS GERAIS, 2001).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CONCUSSÃO – DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA MÉDICOS PROPRIETÁRIOS E GERENTES DE HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO COM O SUS – EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES – REJEIÇÃO, POR CONSIDERAR-SE QUE ESSAS PESSOAS NÃO EXERCEM FUNÇÃO PÚBLICA – RECURSO PROVIDO PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA Os médicos proprietários e gerentes de hospitais particulares conveniados com o Sistema Único de Saúde exercem função pública delegada para os efeitos penais, face o contido no art. 327 do Código Penal. Se em razão dessa atividade exigem pagamento de serviços médico-hospitalares de pacientes, cometem, em tese, o crime de concussão. (PARANÁ, 1999).

Fixadas essas balizas, aparece a necessidade de se discutir apuração criminal da dupla cobrança por parte dos sistemas de auditoria e a atuação do Ministério Público.

5 AUDITORIAS E MINISTÉRIO PÚBLICO

Como já referido, a atividade de auditoria pode assumir contornos

² No mesmo sentido, Prado (2001, v. 4, p. 397); Mirabete (2003, p. 318) e Delmanto (2002, p. 629).

não concebidos pela concepção simples de controle do SUS, de vez que na tarefa de auditoragem normalmente se tem contato com a *notícia criminis*, cabendo a essa atividade, inicialmente de cunho meramente fiscalizador, desvendar e deflagrar a atividade estatal no combate a esse tipo especial de crime.

Especificamente no caso da dupla cobrança, sabe-se da existência de uma prática de fiscalização por amostragem, na qual as auditorias fazem contato com o paciente do SUS, indagando-lhe sobre o atendimento prestado. É uma atividade curial e que envolve o aferimento da qualidade do serviço prestado. No entanto, cotejando-se os documentos fornecidos pelos estabelecimentos hospitalares públicos ou privados, pode-se deparar a fiscalização com a constatação de que aquela pessoa contatada se submeteu a procedimento médico diverso, sequer se submeteu a procedimento médico ou, ainda, receber a notícia de que o paciente pagou ao médico, diretamente, pela intervenção efetuada. Todas essas modalidades cuidam de situação ilícita, hábil a provocar a atuação das instâncias competentes, notadamente a criminal.

A esse mesmo resultado pode chegar a auditoria por meio de suas normais atividades de fiscalização documental, utilizando-se das *críticas* realizadas pelo sistema de auditoragem, quando se constata alguma incompatibilidade entre o relato contido nos documentos e a descrição dos procedimentos e insumos gastos, a solicitação de pagamento ou a própria formalização desses pedidos. Essas críticas constituem uma parte burocrática do controle e, com frequência, são executadas com o auxílio da informática, que às vezes gera algum transtorno, por barrar pagamentos referentes a material ou procedimentos que a necessidade médica do caso em particular exigiu. É o preço da impessoalidade da tecnologia que comporta a remediação da supervisão humana.

Os agentes que normalmente praticam esse tipo de delito diferenciam-se daqueles praticados por delinquentes normais, pois o crime que se relaciona com o SUS tem conteúdo econômico, cuja principal característica é ser praticado por sujeitos ativos pertencentes a um extrato social privilegiado, que teve acesso à cultura e à educação, de modo a contribuir para que se elabore a conduta criminosa, tornando-a complexa e de difícil apuração, bem como podendo-se utilizar esse agente de poder político para acobertar as práticas ilícitas. Portanto, cuida-se de prática delituosa para a qual os agentes tradicionais de controle social, vale dizer: Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, não estão preparados para enfrentar.

Em outra ponta, a vítima, paciente que se submeteu a tratamento e que normalmente deixa de relatar a ocorrência de ilícito, contribui para o crescimento da chamada *cifra negra*, correspondente às ocorrências criminais que não chegam ao conhecimento dos órgãos de controle social. Essa passividade

da vítima encontra justificação em diversos fatores, entre eles no seu desconhecimento, ignorância mesmo dos direitos resultantes da condição de cidadão; no fato de que a vítima está fragilizada do ponto de vista psicológico com a doença, pois o paciente procura esquecer a lembrança do que ela traz, como forma de afastar a memória do sofrimento sentido; por esse mesmo motivo, pode ser que exista certo sentimento de gratidão para com o médico, de modo a desestimular o paciente de procurar, de per si, o aparato estatal.

Disso se retira a importância da atividade fiscalizatória no sentido de combater a *cifra negra* quanto aos fatos ilícitos relatados, contribuindo diretamente para uma diminuição da impunidade e um aperfeiçoamento do sistema, otimizando a administração do SUS na medida em que recursos despendidos ilegalmente podem efetivamente ser revertidos para os fins próprios do atendimento à saúde, bem como a necessidade de não permanecerem em apenas sob o âmbito da fiscalização administrativa esses fatos que podem constituir crime.

Como regra, a esfera penal somente é acionada quando a notícia de crime chega a um dos órgãos de controle social. Todavia, no âmbito administrativo pode ser que se instaure o competente procedimento investigatório, revolvendo-se fatos e direito, mas sem se atentar para as repercussões criminais que a questão pode ter. Realmente, o juízo de valor feito pelos técnicos em sua atividade fiscalizatória realça a questão administrativa, descurando das eventuais repercussões que o fato pode ter em outras esferas do Direito.

Dentro da seara administrativa é normal a instauração de procedimento administrativo investigatório de possível irregularidade no SUS. Entretanto, em se tratando de dupla cobrança, é curial esses procedimentos serem arquivados sem que haja a manifestação de quem de direito sobre a efetiva existência de conduta criminal.

Ocorrência freqüente é o fato de se apurar notícia de *dupla cobrança* que, pelas peculiaridades do fato, culmina por estabelecer o conflito entre a palavra do sujeito ativo e do sujeito passivo. É que fatos como esse não ocorrem aos olhos do mundo. A cobrança ilegal é furtiva, feita entre quatro paredes e às vezes próxima ao leito de um moribundo. Então o auditor do SUS, cujos conhecimentos técnicos às vezes não abrangem a valoração sobre critérios de prova para fins penais, confronta-se com a versão do profissional da saúde, que nega a ilegal cobrança, e com a versão da vítima, que afirma a solicitação de pagamento irregular. A irregularidade, quando muito, escora-se em depoimentos, normalmente de parentes. À míngua de uma prova pericial ou documental, corre-se o risco da fiscalização optar pelo benefício da dúvida, em prol do investigado, concluindo prematuramente pelo encaminhamento da investigação ao arquivo.

Não se trata de discutir a hierarquia das provas e a valoração cultural do auditor sobre os personagens envolvidos no fato, mas de se fixar a ilegitimidade do auditor para promover o arquivamento de notícia criminal, ainda que correto em seu juízo de valor sobre a questão.

De fato, o art. 129, I da CF/88 alçou o Ministério Público à condição de titular da ação penal pública, o que importa dizer que somente o Ministério Público pode promover a persecução criminal dos crimes que não dependem da iniciativa da vítima para tanto, como é o caso da concussão (art. 316 do Código Penal), delito correspondente à dupla cobrança, aqui mencionada:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Decorrente desse postulado, outro que corresponde ao brocardo latino que diz ser o Ministério Público detentor da opinião sobre o delito: *opinio delicti*. Isso quer dizer que o Estado delegou ao Ministério Público a grave missão de exarar juízo de valor sobre as condutas, promovendo a sua adequação aos tipos penais respectivos, ou seja, cabe exclusivamente ao Ministério Público considerar ou não qualquer conduta crime e iniciar a necessária ação penal.

O Ministério Público é o titular do direito de ação nos processos em que a *res in judicium deducta* versa sobre crimes de ação pública. Cumpre-lhe, assim, provocar a atividade jurisdicional, para que seja apreciada e decidida uma pretensão punitiva devidamente deduzida na acusação que é objeto de denúncia. Segundo bem esclarece Pontes de Miranda, o Ministério Público ‘promove, pede, impetra, litiga’. (MARQUES, 1997, v. 2, p. 50).

É verdade que esse conceito sobre o fato, qualificando-o como delito, é um conceito provisório, pendente de confirmação durante a instrução judicial e na sentença final. Essa confirmação é corolário do exercício do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente consagrados e sem os quais não se legitima uma sanção penal. As garantias processuais assinaladas não se contrapõem ao exercício da ação penal, porque

essa tem como consequência o simples fato de sujeitar o indivíduo a responder processo criminal, sem prejuízo para seu direito de liberdade. Assim, fato é que cabe exclusivamente ao Ministério Público decidir, após a fase investigatória, se existem indícios suficientes de autoria e materialidade de delito, no sentido de justificar a sujeição do agente a processo criminal. Não pode o órgão de controle administrativo do SUS podar o exercício dessas funções, mesmo que conclua pelo arquivamento na esfera administrativa.³ Se, ainda que em tese, a conduta investigada puder corresponder a ilícito penal, há de existir informação do acontecido ao Ministério Público, para que ele delibere sobre a repercussão do fato na seara criminal, sob pena de se negar resposta estatal a fato que teve repercussão em mais de uma esfera do Direito, subtraindo-se do Ministério Público o poder-dever de exercer seu mister.

Não parece que a orientação predominante seja a de dar conhecimento ao Ministério Público, ao contrário, a inexistência de norma legal determinando a ciência do Ministério Público tem impedido que providências outras sejam tomadas fora da esfera administrativa, justificando-se a inércia ministerial pelo desconhecimento da existência do fato, o que há de ser mudado pela conscientização dos serviços de auditoria, pela maior proximidade que deve existir entre o controle interno do SUS e o Ministério Público e, talvez, uma providência de *lege ferenda*, no sentido de se instituir obrigação legal a comunicação de instauração de processo administrativo sobre fato criminal no âmbito do SUS.

6 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, podemos salientar, sucintamente, que o SUS, então, pode ser entendido como um sistema composto por um conjunto de unidades que realizam ações e prestam serviços relacionando-se entre si, sempre sob a inspiração do fim maior de realizar a saúde, exigindo-se, para tanto, que detenham comandos espraiados e atentos a uma orientação comum que garanta a coesão das unidades componentes.

O envolvimento das diversas esferas da Federação na administração dos serviços de saúde, bem como na gestão dos recursos financeiros necessários, contando-se, ainda, com a eventual participação suplementar do particular,

³ De fato pode acontecer, como é o caso, de um mesmo fato produzir efeitos em duas ou mais ordens do Direito, a que se dá o nome de *múltipla incidência*. Não de existir consequências jurídicas acordes com a esfera do Direito que foi tangenciada pelo ilícito. Essas consequências são dotadas de certa independência, visto que em nosso sistema jurídico vige o princípio da separação das jurisdições, com a possibilidade excepcional de cumulação dessas, ou seja, de julgamento e produção de todos os efeitos decorrentes do fato na jurisdição penal, mas apenas no que toca ao direito de reparação da vítima, oriundo do dano civil ou administrativo que emerge do crime (FELIPETO, 2001, p. 37-48).

denota a complexidade que envolve a atividade do SUS e torna premente um trabalho de controle e fiscalização.

Os Conselhos de Saúde são a expressão da participação popular na administração dos serviços de saúde, uma expressão da democratização da administração da saúde pública. Pode-se dizer que, de uma forma geral, a missão dos conselhos é a de deliberar e fiscalizar as atividades do SUS, exercendo o denominado *controle social*.

Os Conselhos de Saúde, o Tribunal de Contas e, eventualmente, o Ministério Público exercem o controle externo do SUS. Os conselhos têm o papel de apreciar os relatórios de gestão financeira, sem prejuízo de perquirirem por alguma irregularidade pontual. Os Tribunais de Contas têm a missão de fiscalizar os gastos públicos e os recursos do SUS geridos e gerados pelos entes da administração pública que, portanto, constituem recurso público sujeito à apreciação das Cortes de Contas. E, por último, o Ministério Público que, diante de notícia de mau trato da coisa pública ou vulneração dos princípios reitores da saúde pública, pode instaurar procedimento investigatório e tomar providências cabíveis, judiciais ou não (art. 129, III, da CF/88).

O controle interno do SUS é exercido pelos órgãos componentes dos entes federados, por sistemas de auditorias instituídos também no âmbito desses entes. A missão do controle é de dupla fiscalização, proporcionando uma aferição da efetividade do serviço, de modo a viabilizar ajustes de cunho de gestão e em outra ponta proporciona a percepção de ilícitos que reclamam uma atuação administrativa ou judicial de correção, sob o ponto de vista da coerção penal.

A dupla cobrança é a denominação que se convencionou vulgarmente a empregar para descrever a cobrança *por fora* efetuada por médico ou agente vinculado aos serviços do SUS pela realização de procedimentos médicos ou gastos com insumos usados para o tratamento, percebendo-se a retribuição pecuniária do SUS e também do paciente-usuário, portanto dupla retribuição, em razão do mesmo fato.

A dupla cobrança corresponde ao delito de concussão (art. 316 do CP) e é competente a Justiça comum estadual para seu julgamento, uma vez que o delito em apreço tutela secundariamente o patrimônio particular, lesado por uma cobrança indevida, já que o pagamento por parte do SUS é revestido de legalidade, em face de sua obrigação decorrente do princípio da universalidade. Na concussão protege-se secundariamente o interesse privado que não se desagrega do crime do art. 316 do CP, porquanto subjacente a necessidade de tutela da moralidade administrativa.

Os serviços de auditoria, exercendo o controle interno do SUS, têm fundamental importância na constatação e apuração de ilícitos penais, uma vez

que são os que normalmente primeiro tomam contato com o possível crime.

O Ministério Público é o detentor do monopólio da ação penal e do juízo de valoração sobre a conduta criminosa, para fim de iniciar a ação penal, de modo que as notícias de crime veiculadas na esfera administrativa não podem ser arquivadas sem que haja expressa manifestação do órgão ministerial.

Os órgãos que exercem o controle interno do SUS e o Ministério Público guardam uma certa distância que impede um trabalho harmônico. É medida de urgência trabalhar a sintonia entre todos, com uma aproximação, visando à troca de informações e, até que se estude providência legislativa, no sentido de se obrigar dar conhecimento ao Ministério Público da investigação sobre ilícito que possa ser também criminal, como forma de se reverter o quadro de impunidade reinante no âmbito do SUS.

Referências Bibliográficas

BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e rotinas de funcionamento dos Conselhos de Saúde no Sistema Único de Saúde do Brasil. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Programa de Apoio ao Fortalecimento de Controle Social no SUS. *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 177-191.

BRASIL. Ministério da Saúde. Transferência de recursos do Ministério da Saúde ao Município de Belo Horizonte. Disponível em: <<http://portalweb02.saude.gov.br/aplicacoes/transferencias/transfer.cfm>>. Acesso em: 21 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 13.325-SP. Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara de São José dos Campos-SJ/SP. Suscitado: Juízo de Direito de Paraibuna-SP. Relator: Cid Flaquer Scartezini. Brasília, 3 de fevereiro de 1997. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 560-562, maio 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 15.427-MG. Impetrante e paciente: Waldir Facure Júnior. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 17 de maio de 2001. *Diário de Justiça da União*, 03 set. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus nº 8.174-RS. Recorrentes: Wilson Aita e outro. Recorrido: Tribunal Regional Federal

da 4ª Região. Relator: Min. Edson Vidigal. Brasília, 18 de fevereiro de 1999. *Diário de Justiça da União*, 22 mar. 1999.

CONILL, Eleonor Minho. Epidemiologia e sistemas de saúde: fundamentos históricos e conceituais para uma discussão sobre o acompanhamento de direitos na prestação de serviços. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Programa de Apoio ao Fortalecimento do Controle Social no SUS. *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 109-130.

COUTTOLENC, Bernard François; ZUCCHI, Paola. *Saúde e cidadania*. Disponível em: <http://ids-saude.uol.com.br/SaudeCidadania/ed_10/03_01_02.html>. Acesso em: 16 mar. 2003.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES NETO, Laerte Vieira. *Aspectos penais do Sistema Único de Saúde – SUS*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/doutrinaNacional/12527>>. Acesso em: 20 mar. 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 210675-5 – Comarca de Barbacena. Apelante: Aristides Pinheiro. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais PJ 1 V CR. Relator: Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. Belo Horizonte, 19 de abril de 2001. *Minas Gerais: Órgão do Poder*

res do Estado de Minas Gerais, 4 maio 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Recurso em sentido restrito nº 79.388-6. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: Dietrich Rupprecht Seyboth e outro. Relator: Des. Carlos Hoffman. Curitiba, 12 de agosto de 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.