



A MANUTENÇÃO DE LABORATÓRIOS DE ANÁLISES CLÍNICAS POR COOPERATIVA DE MÉDICOS: ANÁLISE DE QUESTÕES ÉTICAS E DA SUA TUTELA CONSTITUCIONAL

*ANALYSIS LABORATORIES CLINICS HELD IN MEDICAL COOPERATIVE:
ANALYSIS OF ETHICAL ISSUES AND IT'S CONSTITUTIONAL PROTECTION*

Cristhian Magnus De Marco

Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Janaína Reckziegel

Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – RJ. Mestre em Direito Público. Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC.

Resumo

O presente artigo objetivou analisar o caso da implantação de laboratórios de análises clínicas próprios por cooperativa de trabalho médico (Unimed) e os problemas que daí emergem em razão da vedação ético-constitucionais de mercantilização da medicina. Metodologicamente, tratou-se de estudo de caso, sendo que a condução central do raciocínio jurídico deu-se dedutivamente. Como resultado da pesquisa bibliográfica e documental realizada, chegou-se à conclusão que está vedada a manutenção de laboratórios de análises clínicas pela cooperativa de médicos, já que existe expressa proibição normativa de interação das atividades médicas com produtos dependentes de seus próprios receituários. Os precedentes judiciais e administrativos existentes, relacionados com o exercício simultâneo da medicina com óticas e farmácias, corroborados por questões tributárias e pela tutela constitucional do direito fundamental á saúde reforçaram o caminho argumentativo do trabalho.

Palavras-chave: Laboratórios. Cooperativa. Ética. Médica. Constituição.

Abstract

This article aims to analyze the case of the implementation of own clinical laboratories for medical cooperative (Unimed) and the complications which arise because of the ethical and constitutional sealing commodification of medicine. Methodologically, this was a case study, and the central conduction of legal reasoning was given deductively. As a result of bibliographic and documentary research conducted, we came to the conclusion that is sealed to maintain clinical laboratories by the cooperative medical, since there is explicit rules prohibiting interaction of medical activities with dependent products of their own prescriptions. Existing judicial and administrative precedents related to the simultaneous practice of medicine with optical and pharmacies, supported by tax issues and the constitutional protection of the fundamental right to health corroborated argumentative way this work.

Key-words: Laboratories. Cooperative. Ethic. Doctor. Constitution.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com base nas normas éticas vigentes e aplicáveis à classe médica, bem como nos mecanismos de tutela constitucional dos bens coletivos, o presente texto tem por objetivo analisar a possibilidade de interação entre o exercício da medicina e a comercialização de produtos laboratoriais de prescrição médica, por intermédio de cooperativa profissional.

O tema tornou-se relevante desde o momento em que as cooperativas médicas brasileiras passaram a promover a instalação de clínicas e laboratórios próprios. Cooperativas médicas se organizam num sistema conhecido como Unimed, cujo objetivo primordial seria a comercialização de Planos de Saúde, assim, a legislação as classifica como Operadoras de Planos de Saúde (OPS). Mas, além deste produto, algumas singulares da Unimed passaram a prestar e comercializar serviços que antes lhe eram fornecidos por terceiros, pessoas físicas e/ou jurídicas especializadas. Com essa mudança, surgiram impasses de ordem ética e jurídica conforme será analisado neste trabalho.

Metodologicamente, o presente artigo enquadra-se como estudo de caso. A finalidade precípua é proporcionar debates e reflexões sobre o seguinte problema: a implementação de laboratórios de análises clínicas pelo sistema Unimed está

juridicamente autorizada no Brasil? Para a consecução do estudo foram analisadas normas primárias e secundárias (constituição, leis, decretos, resoluções, pareceres), precedentes judiciais e administrativos, bem como bibliografias especializadas, aplicando-se, na condução lógica do raciocínio, a clássica metodologia exegética dedutiva.

2. O EXERCÍCIO DA MEDICINA E SUA INTERAÇÃO COM O COMÉRCIO REALIZADO POR ÓTICAS: UMA COMPARAÇÃO HISTÓRICA NECESSÁRIA

Em 1984, a Associação do Comércio Óptico de Santa Catarina encaminhou um Ofício ao Conselho Federal de Medicina. O documento reivindicava o cumprimento das normas éticas e deontológicas aplicáveis aos médicos oftalmologistas, para que estes fossem proibidos de recomendar casas óticas de sua confiança e preferência.

O ofício resultou no Processo Consulta CFM n. 1692/84 (BRASIL, 1986), relatado pelo então conselheiro Carlos Adolpho de Carvalho Pereira, no qual se identificou um impasse ético quanto ao exercício simultâneo da medicina com o comércio de produtos óticos. Para fundamentar o seu voto, o relator invocou o Decreto n. 24.493/34, que regulamenta até a presente data algumas nuances do comércio e das atividades oftalmológicas. O artigo 12 desse Decreto prescreve que: “Nenhum médico oculista, na localidade em que exercer a clínica, nem a respectiva esposa, poderá possuir ou ter sociedade para explorar o comércio de lentes de grau.” (BRASIL, 1934). O texto, de 1934 estabeleceu uma proibição à “esposa” do médico oftalmologista, refletindo um contexto histórico contemporâneo à edição da norma. Ao realizar-se uma interpretação teleológica desse dispositivo, contextualizada para os dias de hoje, é razoável pensar que tal impedimento ético deva alcançar a família do profissional da medicina, notadamente em respeito aos novos conceitos jurídicos de família. Mas, essa interpretação merece um caráter extensivo às participações societárias, seja como quotista ou gestor. Atualmente o uso escuso da personalidade jurídica por meio de empresa, igreja, cooperativa ou sindicato, talvez represente um desafio ainda maior para a persecução de condutas eticamente reprováveis.

O artigo 16 do mesmo Decreto veda a existência de estabelecimento médico no mesmo ambiente comercial da ótica, restrição que é ampliada nos parágrafos primeiro e segundo deste artigo. Assim, infere-se não ser lícito que óticas e médicos

façam indicações recíprocas, ofertando serviços ou condições especiais de preço. (BRASIL, 1934).

Constou, ainda, do parecer, que o Conselho Deliberativo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia aprovou, em 25/11/1978, uma Declaração de Princípios do Médico Oftalmologista, na qual os pares são proibidos de “aceitar emprego, remuneração ou vantagens de casas de ópticas ou estabelecimentos comerciais de artigos oftalmológicos”. No mesmo documento, veda-se ao médico oftalmologista: “exercer atividades em consultórios que apresente qualquer tipo de vinculação próxima ou remota com casa de óptica ou organização que se dedique ao comércio de artigos ou produtos utilizados em oftalmologia.” (BRASIL, 1986).

O Código de Ética da Associação Médica Brasileira, datado de 1953, também já revelava preocupação quanto à interação da medicina com práticas mercantis. Por isso, o parecerista mencionou os artigos 4º e 5º daquele diploma. O artigo 4º afirma ser dever fundamental do médico: “abster-se de atos que impliquem na mercantilização de medicina, e combatê-los quando praticados por outrem.”. E o artigo 5º: “É vedado ao médico: a) utilizar-se de agenciadores para angariar serviços ou clientela; [...] c) receber comissões, vantagens ou remuneração que não correspondam a serviços efetivos e lícitamente prestados;”.

Por fim, o relator do Processo Consulta CFM n. 1.692/84, cita o Princípio XII do Código Brasileiro de Deontologia Médica, bem como infração e deveres que corroboram com a condução do raciocínio e do argumento relacionado à vedação da interação da medicina com o comércio de óticas. No Princípio XII, exorta-se para que o médico se abstenha de atos que se caracterizem como mercantilização da medicina. O artigo 10, do Código, no mesmo sentido, veda a participação do médico na mercantilização da medicina e, no artigo 61, o recebimento ou pagamento de qualquer remuneração, comissão, vantagem ou percentagem “que não correspondam a serviço profissional efetivo e lícitamente prestado, ou receber ou pagar remuneração, comissão ou vantagem por cliente encaminhado ou recebido.”.

Depois de analisar esses dispositivos normativos, a conclusão do parecerista foi assentada nos seguintes termos: “A indicação de ópticas pelos médicos constitui infração ética, só devendo ocorrer em exclusivo interesse do paciente.” Não poderia ser diferente. A interação implicaria em evidente mercantilização da medicina e uma relação promíscua entre a atividade médica e a comercialização de produtos dependentes de receituário.

Esse, portanto, é um precedente administrativo histórico e importante quando se pretende refletir acerca da eticidade condutas médicas. Ele possui ideias postulados principiológicos concernentes a um valor inerente ao exercício da medicina, que é a sua não mercantilização.

3 INTERAÇÃO ENTRE O EXERCÍCIO DA MEDICINA E O COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS: OUTRO PARADIGMA HISTÓRICO IMPORTANTE

Como visto acima, o Conselho Federal de Medicina já havia se manifestado claramente sobre a vedação de qualquer ato tendente à mercantilização da medicina. Não obstante, verifica-se no Portal Médico, *site* do CFM (2016), o encaminhamento de recorrentes consultas sobre o assunto. Com efeito, a discussão passou a abranger também o conflito ético entre o exercício da medicina e o comércio de produtos farmacêuticos.

Em razão disso, a diretoria do conselho aprovou em 26/12/2012 o *Despacho Cejur* nº 001/2012. Tratou-se de uma consulta formulada acerca da possibilidade de médico atuante no exercício da medicina ser também sócio de estabelecimento farmacêutico. Na consulta ficou detalhado que o médico seria unicamente sócio investidor, contando com participação na empresa, mas sem exercer as funções de responsabilidade técnica. (2012)

No bojo do documento (2012), a assessora jurídica do Conselho Federal de Medicina, Ana Luiza Brochado Saraiva M. Porto, emitiu o Parecer n. CFM 09/09 e resgatou o conteúdo das decisões administrativas pretéritas, mostrando as razões das reiteradas decisões do Conselho. A parecerista afirma ter realizado pesquisa na Biblioteca do Conselho Federal de Medicina, encontrando, em especial, o Processo Consulta n. 8.400/05, cujo conteúdo é *leading case* administrativo daquele serviço público federal. No bojo do processo, salientou-se que, conforme o artigo 16, alíneas *g* e *h*, do Decreto n. 20.931/32¹, o profissional da medicina possui impedimentos éticos com relação ao exercício da farmácia. Ou seja, o médico não poderá ao mesmo tempo

¹ O Decreto n. 20.931 de 11 de janeiro de 1932, que regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas, havia sido revogado pelo Decreto nº 99.678, de 1990, mas foi revigorado pelo Decreto de 12 de julho de 1991.

exercer clínica médica e explorar indústria farmacêutica ou o seu comércio. Caso esse profissional possua dupla qualificação, em medicina e farmácia, deverá optar por uma delas, sendo-lhe, portanto, vedado o exercício simultâneo das profissões.

Com essa premissa legal, a conclusão do Conselho foi taxativa: há completa proibição de interação do profissional médico com as atividades de estabelecimentos farmacêuticos, laboratórios e “qualquer outra organização” destinada ao comércio de produtos farmacêuticos. Por fim, registrou-se o processo:

Pelo que foi exposto, pode-se perceber que a vinculação do profissional médico com os estabelecimentos de venda ou fabricação de medicamentos é antiético e ilegal. Essa proibição é tão abrangente que, mesmo em casos onde não se vise auferir lucro, o médico é proibido de associar-se a estabelecimentos farmacêuticos ou afins, salvo se não exercer atividade médica. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Em outro caso analisado pelo Conselho Federal de Medicina este se manifestou sobre consulta formulada pela Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias - Abrafarma, Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Rio Grande do Sul – Sinprofar e Conselho Regional de Farmácia de Minas Gerais - CRF/MG “acerca do caráter deontológico do envolvimento de cooperativa médica com rede de farmácia, ou seja, prática de venda de medicamentos por entidade associada de médicos e por recomendação dos profissionais cooperados.” (1998).

O parecer é oportuno para a análise pretendida neste artigo, uma vez que se refere literalmente à incompatibilidade do exercício da medicina com o recebimento de comissões de laboratório farmacêutico: “não há dificuldade em compreender sua incompatibilidade”. Outros exemplos citados no parecer são: o médico oftalmologista que recebe comissões da ótica que produz o objeto do receituário, o ortopedista que recebe comissão do fornecedor de aparelhos ou próteses, o cardiologista que recebe comissões pela utilização de marca passos em seus pacientes e assim por diante. O Conselho Federal de Medicina asseverou que, além de práticas antiéticas, tais condutas também podem ser caracterizadas como “delitos penais, suborno, crime de concorrência desleal praticado pelas firmas, e eventualmente, conforme as circunstâncias, crime.” (1998). O documento enfrenta também a problemática que tais condutas implicam caso realizada por cooperativa interposta:

... se a associação cooperada de médicos tiver a intenção de auferir lucro, ou como no caso em questão, visa angariar clientela para a venda de planos de

saúde, tem-se a configuração de infração aos preceitos éticos trazidos nos artigos 98 e 99 do CEM, assim como fere aos ditames do Decreto nº 20.931/32, devendo os médicos responsáveis pela direção, gerência ou chefia da cooperativa responder pela atitude antiética praticada. Devem ser punidos também os profissionais da medicina que indicam em suas receitas o estabelecimento farmacêutico ou induzem o cliente a comprar em determinada farmácia. (1998).

De maneira perceptivelmente enfática, nota-se que o Conselho Federal de Medicina busca coibir qualquer forma de mercantilização da medicina. A decisão foi clara ao manifestar a incompatibilidade da manutenção de farmácia por cooperativa de médicos, já que tal situação acarretaria em captação de clientela para o Plano de Saúde mantido pela cooperativa, situação, portanto, considerada antiética e, talvez criminosa.

Todavia, não se desconhece que há decisões judiciais assegurando o funcionamento de farmácias mantidas pelo sistema cooperativo Unimed. Mas, esses precedentes não apreciaram impasse ético incidente quando há efetivamente a comercialização de produtos de prescrição médica com os consumidores que não sejam cooperados ou associados. Ou seja, as decisões judiciais favoráveis aos cooperados foram estabelecidas em argumentos falaciosos e fatos que, em muitas situações, não correspondem com a realidade da prática comercial.²

4 DA ORGANIZAÇÃO COOPERATIVA DE E PARA MÉDICOS: ATOS COOPERATIVOS E ATOS NÃO COOPERATIVOS OU DIMENSÃO SEM FINS LUCRATIVOS E DIMENSÃO MERCANTIL

Diante do que acima foi anunciado, é importante que se analise a premissa principal utilizada nos julgamentos realizados pelo STJ. Segundo ela as cooperativas são entidades sem fins lucrativos e, por isso, os profissionais que a compõem não

² PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. COOPERATIVA MÉDICA SEM FINALIDADE LUCRATIVA. MANUTENÇÃO. FARMÁCIA. FORNECIMENTO. MEDICAMENTOS. ASSOCIADOS. 1. A orientação do STJ é no sentido de que as cooperativas médicas sem fins lucrativos não se sujeitam à vedação contida no dispositivo legal acima mencionado, sendo-lhes permitido manter farmácia destinada a fornecer medicamentos a seus associados por preço de custo. Precedentes: AgRg no Ag 1.090.366/SP, minha relatoria, Segunda Turma, 19/4/2011; AgRg no REsp 1.217.139/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/2/2011 e AgRg no REsp 1.159.510/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/4/2010. 2. Recurso Especial provido. (REsp 1488821/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 28/11/2014). Vide ainda: Resp 611318/GO, 1º turma, Min José Delgado, DJ de 26.04.2004. Resp 640.594/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27/03/2006, p. 165. Rep. nº 875.885/SP Rel. Min Eliana Calmon, DJ de 20/04/2007, p. 339. Resp. nº 862.339/SP, Rel Min Humberto Martins, DJ de 02/70/2006, p. 261. Resp. nº 640.916/MG, Rel Min Castro Meira, DJ de 25/08/2006, p. 320.

teriam atuação direta com as receitas decorrentes de suas atividades.

Porém, a natureza jurídica da cooperativa médica, como instituição sem fins lucrativos, projeta apenas uma dimensão do funcionamento jurídico da pessoa jurídica: cooperativa. A partir do momento em que a cooperativa deixa de “prestar serviço ao associado”, na forma do artigo 4º, da Lei das Cooperativas, ela ingressa numa nova dimensão, pela qual passa a ocupar e disputar um novo espaço público: o espaço mercantil.

Assim, quando a cooperativa passa a prestar serviços a terceiros, na forma de farmácia, laboratório ou clínica, distribuindo a sua receita entre os cooperados, sem dúvida ela desborda da dimensão caracterizada como “sem fins lucrativos”. Ressaltando-se que “lucro”, no contexto cível do direito das sociedades, deve ser entendido num sentido amplíssimo, compreendendo as receitas ou resultados econômicos e financeiros.³

Parece que o Código Civil tentou acomodar essa nova dimensão mercantilista das cooperativas ao prever claramente a distribuição de “resultados” como uma característica das sociedades cooperativas.⁴

Diante disso, deixando-se de lado os eufemismos, a ingenuidade e a ficção legal, a sociedade cooperativa de profissionais médicos atua, na dimensão mercantil, para gerar “resultados” aos seus associados. Se isso desvirtua ou descaracteriza o cooperativismo é tema para outros trabalhos. Deve-se ter em conta que o investimento para a implementação do capital social de uma farmácia, laboratório, clínica ou similar, será sempre proveniente do patrimônio dos seus associados. Logo, na lógica capitalista, o “acionista” empregará seu capital num empreendimento profissional visando os melhores resultados econômicos possíveis.

Mas, como distribuir resultados “proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade”, como prevê o Código Civil. Isso implicaria que cada médico – no caso de farmácias e laboratórios - recebesse proporcionalmente ao volume de medicamentos receitados ou proporcionalmente ao número de exames solicitados.⁵ Essa providência seria de tal forma teratológica que ofenderia o bom

³ Art. 4º, da Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971: As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados [...].

⁴ Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa: [...] VII - distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;

⁵ “Tal ocorre por seu uma estrutura de prestação de serviços, voltada ao atendimento de seus sócios,

senso do homem médio, o razoável.⁶

É certo que a distribuição das receitas terá que ser decidida em assembleia, mas isso não descaracteriza o trato comercial da relação entre o uso do patrimônio cooperativo e a partilha dos haveres. Veja-se que atualmente funcionam farmácias, clínicas, laboratório e hospitais que, além de prestarem serviços aos seus associados e usuários da cooperativa, também atendem à comunidade externa. Assim, atenta a isso, a Receita Federal do Brasil, com base nos artigos 85, 86 e 87 da Lei das Cooperativas⁷ (n. 5.764/1971), denominou a realização de operações com terceiros não associados de “atos não cooperativos”, regulamentando as hipóteses de incidência tributária.⁸

A Fazenda Pública, como se sabe, está legitimamente preocupada com a fiscalização e a arrecadação de tributos, não lhe competindo perquirir acerca dos impasses ético-deontológicos existentes nesses tipos de relação comercial. Com efeito, essa constatação apontada pela Receita Federal do Brasil, quanto à necessidade de pagamento de tributos pela renda auferida pela cooperativa, corrobora a natureza mercantil e remuneratória existente no fato jurídico de distribuição de haveres.

É difícil imaginar que a comercialização de produtos que dependem de receita médica, mesmo que realizada por uma cooperativa, mas cujo ganho financeiro retorna para o “investidor/acionista/cooperado”, seja um negócio “sem fins lucrativos”. A

possibilitando o exercício de uma atividade econômica comum. Visa-se, p. ex., à autodefesa dos produtores de remédios, gêneros alimentícios, livros escolares etc., que põem em comum capital e trabalho, evitando intermediações de terceiros, alheios ao processo produtivo, eliminando o lucro do intermediário. Consequentemente, vendem as mercadorias por preços módicos apenas a seus sócios ou lhes conseguem fundos, repartindo, no final das atividades exercidas, as bonificações proporcionais às operações ou compras feitas por cada membro. Realizam, portanto, operações com seus próprios sócios, que são fregueses, e para quem os resultados são distribuídos, constituindo um reembolso daquilo que, naquelas operações, compete a cada um, sempre atendendo aos deveres assumidos no contrato social (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 867/868)

⁶ A ideia é teratológica, mas já foi cogitada pela Unimed Paulista, conforme se depreende da Consulta n. 26.796/03, Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/2003/25796_2003.pdf. Acesso em 23/06/2015.

⁷ Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.
Art. 87. Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos artigos 85 e 86, serão levados à conta do "Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social" e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos.

⁸ “[...] a MP nº 2.158-35, de 2001, em seu art. 15, § 2º, dispõe que os valores excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS, relativos às operações com os associados, deverão ser contabilizados destacadamente, pela cooperativa, devendo tais operações ser comprovadas mediante documentação hábil e idônea, com identificação do adquirente, de seu valor, da espécie de bem ou mercadoria e das quantidades vendidas. Normativo: Lei nº 5.764, de 1971, art. 87; MP nº 2.158-35, de 2001, art. 15, § 2; PN CST nº 73, de 1975; e PN CST nº 38, de 1980.” (Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipi2013/Capitulo_XVII_SociedadesCooperativas_2013.pdf.)

cooperativa pode não possuir fins lucrativos, porém, o ato que importa em transação comercial com terceiros não cooperados, como bem definido pela Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial nº 1.081.747 - PR (2008/0179707-7), são atos “não cooperativos”, ou, como denominamos acima, atos pertencentes à dimensão mercantil e remuneratória do negócio. Essa característica não foi cogitada nos entendimentos manifestados pelo STJ. Essa corte compreendeu que a implantação de farmácias pela cooperativa seria de uso exclusivo de associados e usuários do Plano de Saúde.

O Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, pacificou a controvérsia quanto à imunidade ou não incidência tributária das cooperativas de trabalho no Recurso Extraordinário n. 599.362-RJ, em voto lavrado pelo Min. Dias Tóffoli. O relator registrou de forma muito importante a sua percepção quanto ao poder de captação de clientela e à atuação econômica das cooperativas no mercado, buscando resultados:

Na hipótese dos autos, a cooperativa de trabalho, na operação com terceiros – contratação de serviços ou vendas de produtos - não surge como mera intermediária de trabalhadores autônomos, mas, sim, como entidade autônoma, com personalidade jurídica própria, distinta da dos trabalhadores associados. [...] Cooperativa é pessoa jurídica que, nas suas relações com terceiros, tem faturamento, constituindo seus resultados positivos receita tributável. [...] Recurso extraordinário ao qual o Supremo Tribunal Federal dá provimento para declarar a incidência da contribuição ao PIS/PASEP sobre os atos (negócios jurídicos) praticados pela impetrante com terceiros tomadores de serviço, objeto da impetração. (BRASIL, 2015).

Fica claro que a cooperativa de profissionais não possui fins lucrativos, todavia, ao atuar no espaço comercial com terceiros e distribuir seus resultados financeiros entre os cooperados, passa a praticar atos não cooperativos que possuem natureza jurídica mercantil, sujeitos à tributação ainda na pessoa jurídica.

5 Do exercício da medicina e a cooperação para gestão de laboratório de análises clínicas:

No Estado de Santa Catarina, assim como em alguns outros Estados da federação brasileira, a Cooperativa de Médicos – Unimed decidiu implantar laboratórios de análises clínicas próprios, para atender “toda a população”; não somente os seus associados ou usuários.⁹

⁹ “O Laboratório da Unimed Grande Florianópolis foi criado para trazer à população da nossa cidade o que existe de melhor em análises clínicas. O projeto foi planejado para proporcionar conforto e segurança no atendimento aos clientes. Com estruturas amplas e modernas, o laboratório conta com

A iniciativa, desta forma, ignorou todos os pareceres e decisões até então editados pelo Conselho Federal de Medicina, órgão máximo que decide sobre a deontologia profissional médica. Como se observou acima, o CFM foi provocado por diversas denúncias e consultas envolvendo a mercantilização da medicina, em razão de sua interação com óticas e farmácias, sendo que os serviços laboratoriais foram citados nos documentos. Por que a implantação de laboratórios deveria receber um tratamento diferente? Depois de debates e pareceres no âmbito do Conselho Federal de Medicina, o Novo Código de Ética Médica, vigente desde abril de 2010, disciplinou expressamente o assunto:

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.

Art. 69. Exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia ou obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional.

Para que a proibição abrangesse toda e qualquer possibilidade de mercantilização da medicina, a nova rega deontológica profissional estabeleceu a cláusula proibitiva aberta para produtos de qualquer natureza que seja destinado à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização por meio de receita médica. Não obstante isso, a política de verticalização dos serviços vinculados à Cooperativa de Médicos, especialmente na sua atribuição pública e regulada de Operadora de Plano de Saúde, tem compreendido não apenas serviços médicos, mas, também, os serviços de fisioterapia, análises clínicas e outros. Não é objetivo do presente texto, analisar os aspectos atinentes ao direito concorrencial e de proteção ao consumidor. Estes elementos demandam observação detalhada que também conduzem questionamentos sérios quanto à possibilidade de venda casada de produtos, domínio do mercado, proteção à confiança legítima e tolhimento da liberdade de escolha do consumidor. De qualquer sorte, qual seria a diferença entre a interação de atividades médicas com os serviços prestados por óticas e farmácias e a interação de serviços

equipe altamente qualificada, oferecendo tecnologia de ponta na análise dos exames laboratoriais. Telefone para agendamento de exames de curvas, coleta domiciliar e mais informações: (48) 3216-8999. Os demais exames não necessitam de agendamento. Conheça os postos de coleta: Trindade, Rio Branco, Estreito, Ingleses, Kobrasol, Barreiros (Anexo ao Hospital).” (UNIMED, 2016). Depois de abrir unidades laboratoriais em todas as localidades acima citadas, a Unimed – Grande Florianópolis reviu sua política de estabelecimento de serviços laboratoriais próprios e encerrou todas essas unidades, como se depreende da mesma *home page* (UNIMED, 2016).

médicos e os serviços de análises clínicas? Certamente nenhuma diferença no que concerne à preocupação ética quanto mercantilização da medicina. Os serviços de análises clínicas encaixam-se no conceito de “produtos de prescrição médica de qualquer natureza”.

E, por tudo o que acima foi exposto, é fácil perceber que o exercício simultâneo da medicina com a obtenção de vantagem (redistribuição de resultados financeiros) proveniente da comercialização de serviços laboratoriais – que decorre diretamente da atividade prescritiva do médico – é uma relação eticamente indesejada para a coletividade.

A possibilidade de amplificação do lucro em razão da influência e da importância que o médico possui no contexto social brasileiro é sempre preocupante. A Unimed de São Paulo deixou patente a possibilidade de ceder a essa tentação ao encaminhar consulta ao CRM, solicitando autorização para que pudesse premiar seus associados pelo volume de indicações que realizasse ao Laboratório da Cooperativa. O CRM foi atento ao risco da depreciação profissional, bem como da fragilidade do cliente/paciente/consumidor:

A indicação de laboratório clínico, bem como de colegas médicos especialistas, ou ainda, de recursos diagnósticos ou terapêuticos, deve basear-se na confiança e qualificação do indicado e nunca em critérios de benefícios pecuniários advindos desta indicação. Tem o médico que alicerçar sua indicação nos parâmetros basilares da medicina que visa o melhor benefício ao paciente, razão maior da prática médica.

No caso em pauta, oferecer ganhos ao cooperado que indicar o laboratório da UNIMED aos seus pacientes, caracteriza grave distorção que pode ensejar reação de outros laboratórios que, por exemplo, podem oferecer percentuais do valor de exame solicitado ao médico assistente, o que convenhamos não é de forma alguma desejável, uma vez que geraria um mercado perverso e incentivo à má prática, com desvio das finalidades da Medicina, que passaria a ser atividade visando apenas ao lucro. Neste sentido, entendo que o critério “utilização do UNILAB” deva ser suprimido. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2003).

Esse argumento foi reforçado, portanto, pelas decisões manifestadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio delas pode-se perceber que a cooperativa de trabalhadores, ao atuar no espaço econômico e comercial em busca de resultado partilhável entre os seus associados, em nada se diferencia das demais pessoas jurídicas que possuem existência distinta de seus

integrantes¹⁰. Por essa razão, tornar-se eticamente condenável, configurando-se em nítida mercantilização da medicina, o ato de valer-se de interposta pessoa cujas quotas são de sua propriedade – cooperativa profissional – para obter-se vantagem econômica com produtos que dependem de receita médica.

6. A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE E DAS RELAÇÕES MÉDICAS

O texto da Constituição brasileira de 1988, em especial seus artigos 6^o¹¹, 196 e seguintes¹², geram grande discussão acerca do âmbito de proteção, ou seja, da amplitude das tarefas e dos direitos que devem ser realizados para que o direito à saúde seja considerado efetivo. Para Sarlet (2012, p. 577) trata-se de saber quais prestações devem ser realizadas pelos poderes públicos, em que medida e a quem. Essas disposições fixam normas que regem todo o sistema de saúde no Brasil, seja para a atuação do poder público, seja para os prestadores de serviços de saúde na esfera privada. Interessa para o presente trabalho alguns aspectos relacionados à regulação da atuação privada na área da saúde.

O artigo 197, da Constituição da República brasileira declara que todas as ações e serviços de saúde são “de relevância pública”, cabendo ao Poder Público regulamentar, fiscalizar e controlar a sua execução. O texto constitucional permite que dele se depreendam os conceitos de saúde complementar e suplementar. A complementar é aquela realizada (preferencialmente) pelo trabalho de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos do artigo 199, da Constituição brasileira. O sistema suplementar deriva do artigo 197 e se concretiza pelas ações e serviços realizados pela iniciativa privada. A regulamentação dessa modalidade deu-se pela Lei 9.961/2000, que criou a Agência

¹⁰ Artigo 20 do Código Civil de 1916 e Artigo 50 do Novo Código Civil.

¹¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. [...]

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e pela Lei 9.656/98, que dispôs sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Não há dúvidas, portanto, que a saúde é um direito fundamental no Brasil. Conforme lição de Alexy (2008, p. 68) uma proposição de direito fundamental é possível quando há uma disposição expressa nesse sentido, no texto constitucional. A realização, direta ou indireta, desse direito, pode ser efetivada tanto por tarefas estatais como por ações e serviços particulares. De todo modo, cabe ao Estado, sempre, atuar no mínimo como regulador das atividades que visam a promoção da saúde, seja ela funcionando, em cada caso, como direito individual ou coletivo.

O dever estatal de realizar um direito fundamental, na classificação de Alexy (2008, p. 442), corresponde a uma ação positiva do Estado, por isso, pode gerar um direito prestacional em sentido amplo. Nesse gênero estão compreendidos os direitos de proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito. Deve-se entender por direitos de proteção aqueles pertencentes a um titular de direito fundamental contra o Estado, para que este o proteja contra a intervenção injustificada de terceiros (ALEXY, 2008, p. 430; SILVA, 2011). O conceito de direitos de proteção interessa ao presente trabalho. Direitos de organização e procedimento são em geral, direitos de participação e a procedimentos razoáveis. Os direitos à prestações em sentido estrito, são aqueles em que o estado entrega imediatamente a prestação ao titular, como um medicamento, por exemplo. Com efeito, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, o Estado brasileiro possui o dever de proteger a dimensão constitucional objetiva, que revela essa valoração concernente ao direito à saúde. Assim, a disciplina ética da atividade médica – protagonista, juntamente com outras profissões, das relações de saúde – deve ser suficientemente normatizada, ou seja, protegida, já que é um bem jurídico coletivo, um princípio constitucional. Caracteriza-se, assim, um direito (prestacional) de proteção direcionado em primeiro plano ao legislador (para edição de leis protetivas) e ao administrador (para regulamentações e ações administrativas), mas sem perder a possibilidade de subjetivação e judicialização. Isso quer dizer que, se não houver uma proteção suficiente por meio da lei ou uma ação administrativa efetiva, ao Poder Judiciário fica atrelado o cumprimento desse direito fundamental.

Não é difícil de perceber, por conseguinte, que a regulamentação profissional da atividade médica, além de estar expressamente sujeita à reserva legal, consoante

dicção do artigo 5º, XIII, da Constituição¹³, também está compreendida, obviamente, tanto na dimensão objetiva quanto subjetiva do texto constitucional, pois todos os serviços de saúde são “de relevância pública”. A suficiência da proteção constitucional, destarte, será verificada pelo critério da proporcionalidade.

A máxima da proporcionalidade caracteriza-se pela análise de três critérios de aferição da intervenção estatal nos direitos fundamentais, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 117). Na discussão aqui proposta, parte-se da liberdade que assegura aos médicos, *prima facie*, qualquer interação do seu exercício profissional com outras atividades econômicas. Isso decorre dos princípios constitucionais de liberdade profissional e da livre iniciativa (artigos 170 e 5, XIII, CRFB). Todavia, na dinâmica conflitiva da otimização dos princípios constitucionais, concebidos com suporte fático amplo, ou seja, realizados de acordo das melhores condições fáticas e jurídicas possíveis, há sempre que se perquirir acerca das restrições incidentes sobre os direitos fundamentais. Nesse caso, tais liberdades encontrarão suas restrições numa intervenção estatal que deverá coibir, de maneira proporcional as práticas profissionais indesejadas, por não se coadunarem com a ideia de otimização do direito fundamental à saúde.

Não se deve permitir que ocorra a mercantilização da medicina, muito menos a degeneração das virtudes profissionais esperadas pela coletividade. Essa axiologia é bastante aceitável por meio da realização de interpretação tópico-sistemática¹⁴ dos valores constitucionais implícitos no direito à saúde. Assim, em razão dos argumentos que anteriormente foram expostos (analogias acerca da interação da medicina com óticas, farmácias e quaisquer produtos decorrentes de prescrição médica, bem como a citação de diversas disposições normativas), é possível concluir-se que uma intervenção estatal destinada proibir a interação da medicina com laboratórios de análises clínicas, por meio de cooperativa profissional, deve ser considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

A adequação é verificada na legitimidade da regulamentação estabelecida por lei e por atos administrativos normativos expedidos por autoridades competentes. A

¹³ XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

¹⁴ “A interpretação [tópico]-sistemática deve ser concebida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, entre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando as antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação.” (FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 276).

necessidade decorre da ausência de outro meio menos gravoso para livrar a medicina dessa interação mercantilizadora indesejada. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito acontece na ponderação dos valores em jogo, soando, de tudo o que até aqui foi dito, evidente que a livre iniciativa e a liberdade profissional não ficam aniquiladas ou afetadas em seu núcleo em razão dessa restrição. Isso quer dizer que a proibição da manipulação de laboratório de análises clínicas por médicos em exercício profissional, por meio de cooperativa de médicos, é razoável e corrobora ainda com os valores constitucionais da função social das atividades econômicas, das profissões e da propriedade. Contudo, a despeito dessa conclusão, até o momento não houve manifestação específica do Conselho Federal de Medicina sobre esse assunto, fato que conduz a solução do caso, por ora, para a sede judicial.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de síntese e conclusão vale reiterar, sem repetição dos tópicos abordados no desenvolvimento deste texto que, diante das fortes manifestações do Conselho Federal de Medicina, quanto à impossibilidade de interação da atividade médica com o comércio de produtos óticos e farmacêuticos, a mesma repulsa deve ocorrer quanto aos serviços de análises laboratoriais.

A gestão de laboratórios por meio de cooperativa de médicos sem fins lucrativos não é suficiente para justificar a grave conexão, influência e interdependência derivada da comercialização de produtos e serviços oriundos de prescrição médica. Ao atuar no mercado como agente econômico em busca de “resultados” para (e de) seus associados, a Cooperativa atua na dimensão econômica e negocial.

Para corroborar essa conclusão, as decisões proferidas pela Ministra Eliana Calmon e pelo Ministro Dias Tóffoli, bem como a orientação da Receita Federal do Brasil, que classificam as operações com terceiros não associados como “atos não cooperativos” – sujeitos à tributação sobre o “ganho” – são mais que suficientes para caracterizar definitivamente tais condutas como “mercantilização da medicina”.

Por fim, a dogmática dos direitos fundamentais revelou acima um procedimento argumentativo bastante esclarecedor, notadamente no que concerne à proporcionalidade da intervenção estatal na atividade profissional e econômica da medicina – proibindo atos que mercantilizam essa atividade por meio de interações

indesejadas – em favor da otimização do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

40% DOS PLANOS DE SAÚDE TÊM REDE PRÓPRIA DE ATENDIMENTO. São Paulo: Revista Veja, 03 fev. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/saude/40-dos-planos-de-saude-tem-rede-propria-de-atendimento/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Processo Consulta Cfm N.º 1692/84 nº PC/CFM/Nº. 09/1986. Rio de Janeiro, RJ, 08 de janeiro de 1986. Rio de Janeiro: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/1986/9_1986.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Consulta nº 469. **Ementa: Cooperativa médica vinculada à farmácia – atitude antiética se visar lucro ou não cumprir as regras cooperativistas – Art. 88 e 89, do CEM e Art. 16, do Decreto Nº 20.931/32 – Impossibilidade de abertura de processo disciplinar ex officio em desfavor de todos os médicos cooperados – responsabilidade do diretor técnico, clínico ou médico em cargo de gerência da cooperativa**. Brasília, 17 set. 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/notasdespachos/CFM/1998/469_1998.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.492, de 28 de julho de 1934. Baixa instruções sobre o decreto n. 20.931, de 11 de janeiro de 1932, na parte relativa á venda de lentes de gráus. **Legislação Informatizada**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24492-28-junho-1934-515812-norma-pe.html>>. Acesso em: 30 maio 2016.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **PORTAL MÉDICO 2010 - 2016 o site do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. CONSULTA Nº 25.796/03. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/2003/25796_2003.pdf. Acesso em 23/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recuso Extraordinário nº 599362, EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Artigo 146, III, c, da Constituição Federal. Adequado tratamento tributário. Inexistência de imunidade ou de não incidência com relação ao ato cooperativo. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 fev. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **DESPACHO SEJUR Nº 001/2012**: Expediente CFM nº 10046/2011. 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/notasdespachos/CFM/2012/1_2012.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Virgílio A. da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011.

UNIMED: Grande Florianópolis. 2016. Disponível em:
<http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=53821&cd_secao=66287>.
Acesso em: 01 jun. 2016.

Recebido em 16/06/2016
Aprovado em 22/08/2016
Received in 16/06/2016
Approved in 22/08/2016