



A Responsabilidade Civil do Estado pelos danos causados por Organizações Sociais na prestação de serviços públicos de saúde

Oswaldo Luís Caetano Senger¹
Cláudia Moraes da Silva
Alex Gomes Seixas

RESUMO: O presente trabalho objetiva discutir o limite da responsabilidade civil do Estado em relação a danos causados a terceiros pelas Organizações Sociais prestadoras de serviço público de Saúde. Levantaremos algumas reflexões quanto à existência ou não de solidariedade entre o Poder Público e essas entidades do denominado Terceiro Setor.

Palavras-chave: responsabilidade civil do estado, danos, serviço público de saúde, Organizações Sociais (OS)

Introdução

A responsabilidade civil do Estado significa o dever de reparação dos danos causados pela conduta estatal, comissiva ou omissiva (1).

O art. 37, § 6º da Constituição Federal e o artigo 43 do Código Civil, preveem que o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, admitindo-se algumas excludentes de responsabilidade, tais como a culpa exclusiva da vítima e o caso fortuito (2).

Como vivemos num estado democrático de direito, a forma encontrada de dividir os ônus e encargos sociais é distribuir por toda a coletividade, as consequências danosas do funcionamento do serviço público.

Impera a teoria do chamado risco administrativo, em que se estabelece a responsabilidade do Estado pelos danos que os seus agentes causem a terceiros. Não se perquire se o agente público causador do dano agiu com dolo ou culpa, a pessoa jurídica de direito público sempre responderá, desde que se estabeleça um nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido. É a denominada responsabilidade objetiva.

Tema de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais estabeleceu-se sobre a responsabilização do Estado pelos atos omissivos. Há autores que entendem que a responsabilidade também seria objetiva, outros entendem que seria subjetiva e, portanto, imprescindível a demonstração de culpa.

¹ Universidade Santa Cecília – Unisantia. E-mail: oswaldo.senger@uol.com.br



Apreciando recentemente a questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

[...]

“as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexu causal entre o dano e a omissão do Poder Público” (STF, 2ª T., ARE 868.610 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26.05.2015).

Fator de destaque na nova ordem constitucional, diz respeito à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.

Tal como as pessoas jurídicas de Direito Público, a empresa pública, a economia mista e os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos estão sujeitos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade civil (3).

Esses prestadores de serviços públicos (art. 175 da C.F.), que responderão objetivamente, não podem ser confundidos com as empresas que executam atividades econômicas (que estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas – art. 173 e § 1º da C.F.). Estas até poderão responder subjetivamente, mas não com base na Constituição Federal (como aquelas), mas sim no art. 12 ou 14 do Código de Defesa do Consumidor ou do art. 927 do Código Civil.

Eventual indenização a ser paga por esses particulares prestadores de serviços públicos, deverá ser suportada com o seu próprio patrimônio. E não o Estado por elas e nem com elas. No máximo, poder-se-ia falar em responsabilidade subsidiária do Estado, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente (3).

Quando o Estado presta serviços públicos na área da saúde, seja diretamente ou através de terceiros, podem ocorrer acidentes de natureza pessoal, que ocasionam danos irreparáveis, às vezes fatais, em virtude de culpa, por imprudência, negligência ou imperícia.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, consoante dispõe o art. 196, da Constituição Federal. O texto constitucional, dispõe, ainda, no art. 197, que as ações e serviços públicos de saúde são de relevância pública, e que a execução desses serviços deve ser feita diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.



Atualmente, a prestação de serviços públicos de saúde por meio de organizações sociais, tem se tornado medida crescente no Brasil. E, com esse novo modelo de gestão, que surgiu com o advento da Lei n. 9.637/98, o Poder Público celebra contrato de gestão com essas entidades, de onde surgem inúmeros debates acerca da responsabilização pelos danos causados a terceiros, se do Poder Público ou a Organização Social, e ainda se há solidariedade entre as referidas pessoas jurídicas.

Este artigo visa a abordagem dessas indagações, e sem pretensão de esgotar a discussão, pretende-se contribuir para que questões desse cunho sejam debatidas de forma mais profunda.

Metodologia

O presente estudo descritivo foi realizado com base em pesquisa bibliográfica com o objetivo de verificar a literatura que versa sobre a responsabilidade civil do Estado na área da saúde e as organizações sociais.

Realizou-se, ainda, pesquisa jurisprudencial na base de dados do Tribunal de Justiça de São Paulo no endereço eletrônico <www.tjsp.jus.br> (acesso em março e abril de 2017), selecionando-se algumas decisões existentes sobre a questão, visando a constatar qual entendimento tende a prevalecer. Foram utilizados como descritores “responsabilidade civil do estado por erro médico”, “indenização por erro médico” e “responsabilidade civil das organizações sociais”, excluindo os recursos que não diziam respeito a pedido de indenização em razão de falha no serviço de saúde prestado por organizações sociais.

Resultados e discussão

A responsabilidade civil do estado na área da saúde

A responsabilidade estatal pelos danos sofridos pelos usuários do serviço de saúde em hospitais públicos, bem como naqueles que têm convênio com o INSS, deverá ser informada pela teoria objetiva, pois se trata de responsabilidade de agente do Poder Público. Esse tipo de responsabilidade só é elidível com prova de caso fortuito ou de força maior ou, ainda, por falta de nexo causal entre o fato e o dano, como no caso de culpa exclusiva da vítima (4).

É objetiva, pois fundada na culpa anônima da Administração ou na falha do serviço médico prestado. Mas não chega a ser considerada como de risco integral. Para o



reconhecimento dessa responsabilidade, deve-se partir do pressuposto da precariedade ou deficiência do serviço prestado, não se admitindo a inversão do ônus probatório do Código de Defesa do Consumidor (4).

Essa responsabilização estatal somente ocorrerá se configurada a falha estatal e identificado como causa do evento danoso reclamado pela vítima ou seus dependentes; a simples lesão incapacitante ou a morte do paciente inserem-se no risco natural do tratamento médico, ainda que prestado por agente do estado, pois também aqui a recuperação do doente ou lesado não deixa e representar uma obrigação de meio e não de resultado; o que se pode admitir, em sede de responsabilidade civil da entidade estatal, é apenas uma presunção de que o agravamento da moléstia ou o perecimento do paciente tenham tido a sua causa na deficiência, precariedade ou emissão do serviço médico-assistencial prestado pelo hospital, a se permitir a contraprova de uma alegada excludente da causa pretendida, no sentido da demonstração de que o dever jurídico do Estado foi razoavelmente cumprido através da prestação de um serviço adequado e compatível; em outros termos, no sentido de que o evento danoso não encontra a sua causa numa pretensa falta do serviço público; a esta causa excludente de responsabilidade acrescentam-se as excludentes do caso fortuito ou da força maior, do fato imputável ao próprio paciente ou a terceiros (4).

Não elide a responsabilidade estatal, em nenhum caso, e principalmente em função do art. 37, § 6º, da Constituição, ter ocorrido o evento danoso em hospital ou estabelecimento conveniado, havendo assim “verdadeira sub-rogação da preposição”: o serviço prestado pelo nosocômio, enquanto conveniado promotor da saúde coletiva, é público (4).

A responsabilidade civil das organizações sociais de saúde (os)

Primeiramente, torna-se necessário fazer breves e sucintas considerações sobre o que vem a ser Organizações Sociais, que podem ser assim definidas como “instituições do setor privado, sem fins lucrativos, que atuam em parceria formal com o Estado e colaboram de forma complementar, para a consolidação do Sistema Único de Saúde, conforme previsto em sua lei orgânica - Lei nº 8080/90 (5) ”.

As Organizações Sociais – OS – surgiram a partir do processo de implementação do Programa Nacional de Publicização, por meio do qual se propôs uma série de medidas



tendentes à modernização e aperfeiçoamento de gestão pública, com o objetivo principal de melhorias na prestação dos serviços públicos e no atendimento ao cidadão.

E essas medidas de modernização do Estado previam a possibilidade de alguns serviços públicos serem executados por meio de parceria entre o Poder Público e pessoas jurídicas de direito privado que atuassem em determinadas áreas de interesse público e pudessem ser habilitadas como gerenciadoras de instituições prestadoras de serviços nas áreas de educação, saúde, cultura, esporte e lazer.

Os defensores desse Programa de Publicização advogavam que certas atividades que não eram exclusivas do Poder Público, mas eram executadas por ele, melhor seriam executadas pelo setor privado.

Nesta esteira, em 15 de maio de 1998 foi aprovada a Lei Federal n. 9.637 criando essa nova figura jurídica (Organização Social – OS), e definindo que pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, seriam qualificadas como organização social.

Essa norma geral, que orienta o processo de criação e habilitação das organizações sociais nas três esferas de governo, após sofrer severas críticas da doutrina e ser impugnada por meio de ADI (ADI 1.923), teve sua constitucionalidade declarada pelo STF em abril de 2015, e atualmente é um modelo de gestão, principalmente na área da saúde de diversos entes federados.

A responsabilidade direta pela administração da unidade de saúde é das Organizações Sociais, mas o serviço de saúde continua sendo público, com os seus bens, mobiliários e equipamentos pertencendo ao Estado.

A relação das OS com o Estado seguirá os termos estabelecidos no contrato de gestão, que é o seu instrumento legal. O vínculo jurídico existente entre elas e o Estado não objetiva a delegação de atividade estatal, mas apenas o fomento de atividades privadas que satisfazem interesses sociais, elas não integram a administração indireta e se distinguem das empresas públicas, autarquias, fundações públicas ou sociedades de economia mista, principalmente no tocante à responsabilidade civil (1).

O primeiro estado brasileiro a admitir essa modalidade de gestão foi São Paulo, por meio da Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998 (São Paulo, 1998), editada um mês após a Lei Federal n. 9.637/98.



Passadas quase duas décadas após a promulgação da lei retromencionada, esse modelo de gestão vem se consolidando na prestação dos serviços de saúde no Brasil, e diversos estados e municípios têm adotado as OS como proposta governamental no setor de saúde.

A título de exemplo, vale citar o Município de Santos, que passou a adotar referido modelo de gestão com a promulgação da Lei n. 2.947, de 17 de dezembro de 2013. E, a partir de então, já foram firmados 2 (dois) contratos de gestão: com a Organização Social Fundação ABC, para a execução dos serviços de saúde da UPA Central; e com o Instituto Social Hospital Alemão Oswaldo Cruz – para a execução dos serviços de saúde no Hospital dos Estivadores.

A responsabilidade do estado pelos danos causados por organizações sociais de saúde

Feitas as ponderações acima, passa-se ao ponto objeto do presente estudo: A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelas OS na prestação do serviço público de saúde.

Então, pergunta-se: Se a responsabilidade direta pela administração da unidade é das Organizações Sociais, mas o serviço de saúde continua sendo público, com os seus bens, mobiliários e equipamentos pertencendo ao Estado, qual a limitação da responsabilidade do Estado, na hipótese de ocorrência de danos causados a terceiros por essas entidades?

Não há consenso acerca da responsabilidade civil das OS. Há entendimento de que a responsabilidade é subjetiva porque as entidades celebram contrato e gestão ou termos de parceria e se propõem ao desempenho de serviço público, existindo, na verdade, interesses comuns e não convergentes.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho (6):

“Em relação às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público, qualificação jurídica atribuída a entidades de direito privado que se associam ao Poder Público em regime de parceria, poderão surgir dúvidas sobre se estariam ou não sujeitas à responsabilidade objetiva. O motivo reside na circunstância de que são elas vinculadas ao ente estatal por meio de contratos de gestão ou termos de parceria, bem como pelo fato de que se propõem ao desempenho de serviço público. Em que pese a existência desses elementos de vinculação jurídica ao Estado, entendemos que sua responsabilidade é subjetiva e, conseqüentemente,



regulada pelo Código Civil. É que esses entes não têm fins lucrativos e sua função é de auxílio ao Poder Público para melhorar o resultado de certas atividades de interesse público e do próprio Estado. Assim, não se nos afigura que esse tipo de parceria desinteressada e de cunho eminentemente social carregue o ônus da responsabilidade objetiva, quando, sem a parceria, estariam as referidas pessoas reconhecidamente sob a égide do Código Civil”.

Para o citado autor, o correto seria responsabilizar o ente federativo que firmou a parceria, porque é o Estado que se sujeita ao risco administrativo.

Há também entendimento de que a responsabilidade é subjetiva, porque a OS é entidade privada de relevância social e presta serviço em nome próprio, sendo que o vínculo com o Poder Público não é de delegação do serviço, mas sim de parceria para a consecução de finalidades sociais, não podendo se sujeitar à aplicação do art. 37, § 6º da CF (1).

Alguns autores entendem que a responsabilidade é objetiva, pois são pessoas jurídicas prestadoras de serviço público (7).

Há os que entendem que a responsabilidade estatal é sempre objetiva nos termos do art. 37, § 6º da CF, e que há a ação de regresso contra a OS (8).

Outros (1) entendem que a responsabilidade é subsidiária, porque a atividade é desempenhada em parceria, que inexistente solidariedade porque esta não pode ser presumida, ou decorre da lei ou do contrato, e inexistente norma legal atribuindo solidariedade ao Estado com os prestadores de serviços públicos; o vínculo jurídico entre o ente estatal e a OS é de convênio, atraindo a incidência do art. 70 da Lei de Licitação – 8.666/93, que fixa a responsabilidade primária do conveniado por danos causados a terceiros, na forma do art. 116 da mesma lei.

Entretanto, o art. 9º da Lei n. 9.637/98, traz regra de responsabilidade solidária do ente estatal se, ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, não comunicar ao Tribunal de Contas da União.

Nessa linha, ao Estado caberia a responsabilização na modalidade subsidiária, ou seja, apenas se os bens da entidade não forem suficientes para adimplir a reparação ou indenização, pelo dano causado a terceiro, se se omitir do dever de fiscalização.

Celso Antônio Bandeira de Mello (9) sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Porém, referido autor pontua que há que se fazer a distinção entre omissão genérica e omissão específica.



Entende-se não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica (10).

Há omissão específica quando o Estado se omitir e criar a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo (3).

Conforme já narrado no decorrer do presente trabalho, a responsabilização solidária do agente fiscalizador deve ser considerada na modalidade objetiva (hipótese de omissão específica), ou seja, ao Estado foi atribuído o dever individualizado de agir, pois constatada ilegalidade ou irregularidade, na utilização de recursos ou bens de origem pública, deverá o agente fiscalizador levar ao conhecimento da autoridade competente.

Neste ponto, se o órgão fiscalizador apurou ilegalidade ou irregularidade na prestação desse serviço público, comunicou aos órgãos competentes, processou ou puniu a organização social, não há que se falar em responsabilidade subsidiária do Estado.

Esse mesmo raciocínio é empregado com relação à inexistência de responsabilidade estatal no pagamento de verbas trabalhistas, objeto de prestação de serviços terceirizados pelo Estado.

No caso, o parágrafo 1º, do artigo 71 da Lei de Licitações (que não permite a transferência do pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais ao Estado, por inadimplemento do contratado), foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADC 16, de 24/11/10.

Deste modo, idêntico raciocínio pode ser empregado ao artigo 9º da Lei nº 9.637/98; ou seja, somente quando houver falha na fiscalização do contrato de gestão ou do termo de parceria é que o Estado poderá ser responsabilizado por danos eventualmente causados por uma organização social e, mesmo assim, somente se o seu patrimônio não suportar a indenização devida ao prejudicado.

Na jurisprudência o tema ainda é muito incipiente, e dos dados coletados constatou-se que embora o debate ainda seja intenso, tende a prevalecer o entendimento de que a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelas organizações sociais de saúde é subsidiária (11).

Conclusão

A proposta governamental de que os serviços de saúde sejam prestados por meio das chamadas Organizações Sociais (OS), é tendência que vem sendo adotada no Brasil.



No entanto, a delegação da prestação dos serviços públicos de saúde não afasta a responsabilidade civil do Estado, que deve responder de forma objetiva imprópria, solidária e subsidiária, no caso de atos comissivos ou omissivos praticados pelas Organizações Sociais enquanto prestadoras dos serviços públicos.

A responsabilidade é objetiva imprópria em razão de o dever de indenizar depender da comprovação da culpa na conduta médica, sendo o Poder Público solidariamente responsável pelo dano causado perante o lesado, mas com responsabilidade patrimonial subsidiária, ou seja, somente será possível atingir o erário caso se esgotem os bens exequíveis da Organização Social prestadora do serviço público, e ainda, assim, se se comprovar que o ente estatal se omitiu do dever de fiscalizar adequadamente os serviços.

Referências

1. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2.ed.rev, atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2014.
2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 11ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016, p. 171/195.
3. FILHO, Sergio Cavaliere. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª Ed. – São Paulo: Editora Atlas. 2015, p. 340/345.
4. CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 5ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 251-252, 255 e 257/58
5. BRASIL. <http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/>. Acesso em: 08 abril 2017.
6. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2016 – p. 587/588
7. FORTINI, Cristina. Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em face de Danos causados a terceiros, publicado na Revista do Curso de Direito do Centro Univ. Metod. Izabela Hendrix, v.4. 2004, p. 13-19.
8. JÚNIOR, José Cretella. O Estado e a obrigação de indenizar. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002, p. 284.
9. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1012/1013
10. CASTRO, Guilherme Couto de. A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.37; apud OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende.



Curso de Direito Administrativo. 2.ed.rev, atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2014, p. 702

11. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Consulta de Processos do Segundo Grau – www.tjsp.jus.br – acesso em março e abril 2017