

REGIME JURÍDICO E LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Silvio Guidi

Advogado, mestre em direito administrativo pela PUC-SP

Resumo: O presente artigo se volta a apresentar o regime jurídico ao qual a prestação de serviços públicos de submete, bem como a diferenciação desse regime em relação ao dos serviços de saúde prestados pelo terceiro setor e fomentados pelo Estado. Tal apresentação tem como objetivo nortear a estruturação do polo passivo das ações de responsabilidade civil que objetivam a indenização por danos causados quando da prestação desses serviços de saúde.

Palavras-chave: serviço de saúde – prestação pública – prestação pelo terceiro setor – defeito na prestação – dano – ação - responsabilidade civil – formação – polo passivo

1. Introdução

Não se engane, esse não é um artigo sobre processo civil. Isso significa que haverá, daqui em diante, um texto que apresentará as várias formas de prestação de serviços públicos de saúde e o respectivo regime jurídico que sobre elas incide. E será a partir dessa identificação que o texto indicará quem pode ou não compor o polo passivo de uma ação judicial civil que pretenda a reparação por danos causados quando da prestação de serviços de saúde (ação de responsabilidade civil). Ou seja, para compreender como o polo passivo da ação pode ser formado, a identificação do regime jurídico incidente sobre a relação prestacional é tão importante quanto à identificação de quem causou o dano.

A finalidade do texto não é só acadêmica (hipotética). O texto irá apresentar qual o posicionamento atual e predominante do Judiciário sobre a legitimidade passiva de prestadores de serviços de saúde nas ações de responsabilidade civil. O fim por trás dessa análise é o de verificar se: (i) o posicionamento judicial está consolidado; (ii) o comportamento do Judiciário é coerente com o regime jurídico incidente sobre as relações prestacionais de serviços de saúde.

2. Brevíssimas noções essenciais sobre a responsabilidade civil do Estado

O avanço no pensamento desse artigo exige a apresentação de algumas premissas, ainda que de forma breve e resumida. A primeira dessas premissas é a noção de

responsabilidade civil do Estado, que será apresentada a partir de um rápido contexto evolutivo.

Sabe-se que a formação do Estado não coincidiu com sua responsabilização por danos derivados das ações ou omissões que ele ou seus agentes cometiam. Os primeiros passos daquilo que poderia se chamar de Estado conviveram com a teoria da não responsabilidade estatal. Confirmada por algumas máximas como “the king can do no wrong”, essa teoria afastava do Estado qualquer dever de indenizar e, por consequência, o direito de ser indenizado, ainda que flagrantemente tivesse agido o Estado de forma comissiva ou omissiva e, dessa maneira, tivesse causado dano a terceiro.

Com a evolução do Estado, que avança para o modelo de estado de direito, ainda que numa formatação liberal, passa-se a admitir a responsabilidade estatal por meio da teoria do “faute du service”. Trata-se de admitir a responsabilização do Estado toda vez que este: não agir, agir de forma insuficiente ou com atraso. Sob a perspectiva do pensamento atual, tal formatação de responsabilidade carrega a noção subjetiva, já que impõe a necessidade de demonstração de culpa do Estado, como elemento essencial à responsabilização.

Após outros passos evolutivos, em que a sociedade caminha de um estado de direito liberal para um modelo de estado democrático de direito, surge uma modificação na teoria da responsabilização civil estatal, vindo a prevalecer a

formatação objetiva de responsabilidade. A principal marca dessa forma de responsabilização civil é o afastamento da necessidade do elemento culpa para a demonstração da responsabilidade. Assim, o dever estatal de indenizar os danos derivados de suas ações ou omissões ilícitas¹ é encontrado por meio da demonstração: (i) da existência do dano; (ii) da existência do ato ilícito praticado pelo Estado (comissivo ou omissivo); (iii) do nexo de causalidade entre ambos.

No Brasil, a teoria da responsabilização objetiva do Estado, em razão de ato ilícito, é encontrada por meio de interpretação da própria CF (artigo, 37, §6º).

3. A evolução da prestação de serviços públicos de saúde

A segunda premissa desse artigo é encontrada na evolução da prestação dos serviços públicos de saúde no Brasil. Em boa medida, essa prestação seguiu a evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado. Não que haja uma coerência lógica ou proposital nesse compasso. No entanto, é possível constatar o seguinte: ao passo em que o regime jurídico pátrio intensifica a relação entre cidadão e Estado, no que concerne a prestação de serviços de saúde, também caminha de forma a objetivar a forma de apuração

1 Os danos causados por ações lícitas do Estado também podem ser objeto de responsabilização. O tema, que não será abordado nesse trabalho pode ser estudado e aprofundado *in*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo. Malheiros, 2016, p.1027 e seguintes.

da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos cidadãos em decorrência de suas ações omissivas e comissivas quando do exercício da atividade pública.

Tal como ocorreu em um número significativo de Estados, a prestação de serviços de saúde passou a ser inserida como objeto do direito positivo a partir da construção do Estado Providência.² A contar desse fato social, pelo qual o Estado passou a se preocupar com a existência digna do cidadão, iniciou-se a inserção de normas jurídicas voltadas a impor à Administração o dever de prestar serviços de saúde aos cidadãos. No Brasil, a primeira atuação estatal voltada à saúde pública surge com a Lei Eloy Chaves,³ que, junto a outras normas que a sucederam, regulamentou as “Caixas de Assistência e Pensão (CAPs) criadas por grupos específicos de trabalhadores de determinadas empresas, sob a forma de seguro social, adotado no resto do mundo à época”.⁴ Com o avanço do tempo, surgiram Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), os quais passaram a agregar categorias profissionais como um todo, ao invés de funcionários de determinada empresa. Esses institutos foram unificados em 1966, por meio do Decreto n. 72 e incorporados ao Instituto

2 Sobre a evolução dos modelos de estado, sugere-se a consulta de: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. Parecer sobre concessão de serviço público. Natureza jurídica da remuneração paga pelos usuários. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

3 Que nada verdade é o Decreto n.4.682/1923.

4 MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.90.

Nacional de Previdência Social (INPS). Até aqui, a atuação estatal na prestação de serviços públicos de saúde era praticamente inexistente, cuidando o Estado de estimular tal prestação no ambiente privado.

Em 1975, é criado o Sistema Nacional de Saúde, por meio da Lei n. 6.229. É o primeiro momento em que se registra a preocupação do legislador com a saúde coletiva e da população, independentemente de vínculos laborais ou profissionais. São assumidos compromissos genéricos e programáticos, como a elaboração de planos de combate a epidemias e de prestação de serviços de saúde às pessoas. Mas é somente com a promulgação da CF que o direito à saúde é reconhecido como um direito social do cidadão (art. 6º). A viabilização do exercício desse direito,⁵ também de acordo com a CF (art. 196), passa a ser obrigação do Estado. Tal obrigação deve ser concretizada (art. 198 da CF) por meio de ações (atividades não prestacionais) e serviços (atividades prestacionais) públicos.

E é também na CF que surge, já se disse, a formatação da apuração objetiva da responsabilidade civil do Estado. Conectada com as obrigações de garantir o exercício do direito à saúde⁶ está a obrigação de reparar o dano derivado de ações ou serviços.

5 Para saber mais sobre a diferença entre atividades e serviços, consulte: FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

6 Diz-se garantir o direito ao exercício, porque se o cidadão não quiser exercê-lo, serão raras as hipóteses em pode ser obrigado.

4. As formas de prestação de serviços públicos de saúde

É certo que é plenamente possível o Estado ser responsabilizado por atividades não prestacionais voltadas à garantia do exercício do direito à saúde (ações de saúde), como por exemplo as ações de vigilância sanitária no controle de insumos farmacêuticos que podem ser comercializados no país. Entretanto, o presente artigo irá se dedicar à análise de responsabilidade pela prestação de serviços públicos de saúde. Isso porque, enseja maior número de dúvida, pois se trata de atividade prestacional, cuja delegação ao privado é possível, à luz do artigo 175 da CF. Daí que a complexidade para identificação de quem pode ou não compor o polo passivo de ações judiciais pela responsabilidade civil estatal é muito maior quando se está a falar em prestação de serviços públicos. É que, nessas hipóteses, é possível identificar uma pluralidade de sujeitos na cadeia ativa prestacional (públicos e privados), o que não ocorre nas ações públicas não prestacionais, pois indelegáveis. Ou seja, para a finalidade prática, o operador do direito irá se deparar, na maioria das vezes, com danos derivados da atividade pública prestacional dos serviços de saúde do Estado.

Feito esse recorte, é interessante observar que as normas que disciplinam a prestação de serviços de saúde no direito positivo brasileiro estão no topo da cadeia hierárquica. O conteúdo constitucional já traz uma série de normas que permite desenhar, com um bom grau de precisão, o ambiente da prestação dos serviços públicos de saúde. Há

aquela prestação de serviços de competência estatal, que se volta ao dever do Estado em atender ao direito social de saúde dos cidadãos. Essa atividade pode ser realizada direta ou indiretamente (inclusive por meio de particulares), mas sempre dirá respeito à competência estatal de garantir a saúde da população. Há outra espécie de prestação de serviços de saúde, que não se volta à garantia social do direito à saúde, mas sim à exploração privada. Ou seja, a CF (artigo 199)⁷ cria outro ambiente de prestação de serviços de saúde, mediante exploração privada, a serem disponibilizados à população.

Aqui já se revela o primeiro cuidado necessário quando da aplicação ou da interpretação das normas que regulam a prestação de serviços de saúde. É fundamental localizar se se está diante do regime de direito público ou privado. Um tem essência de função pública para atender ao direito social; outro é embasado na livre iniciativa de atividade econômica e, apesar de ter como escopo o atendimento à saúde do indivíduo, não diz respeito ao atendimento do direito social. O regime jurídico constitucional fornece, portanto, ambientes normativos distintos para a solução de demandas envolvendo a prestação de serviços de saúde. Fundamental, ainda, não confundir a hipótese em que o privado faz as vezes do Estado na prestação de serviços públicos de saúde com aquele que presta saúde na formatação privada.

7 Artigo 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Com base no conteúdo constitucional, é possível estabelecer duas formas distintas de prestação de serviços: a pública e a privada. Ocorre que a própria CF permite a participação privada, *complementar* à pública, como instrumento de auxílio na consecução do dever estatal de garantir o direito dos cidadãos à saúde (§1º do artigo 199). Assim, há: (I) a saúde pública, executada diretamente pelo Estado e voltada a garantir o direito do cidadão à saúde; (II) a saúde pública complementar, executada por particular em nome do Estado, e também voltada a garantir o direito do cidadão à saúde; (III) a saúde privada, executada por particular com o fim de prestar a atividade com ou sem finalidade econômica.

No âmbito da prestação pública complementar, é possível que o Estado delegue a titularidade da prestação dos serviços públicos. Tal autorização se dá, já se disse, pela própria norma constitucional (art. 175), que permite que a delegação ocorra pela via da concessão ou da permissão.⁸ Ainda de acordo com CF (novamente pelo *caput* do art. 199), é possível identificar que as condições que objetivam permitir ou conceder a prestação de serviços públicos de saúde ao privado pode ser instrumentalizadas por meio do contrato (nas hipóteses em que visar a auferir lucro pela prestação) ou do convênio (nas hipóteses em

8 Saiba mais sobre as diferenças entre concessões e permissão consultando a Lei nº 8.987/95. Doutrina relevante sobre o tema pode ser encontrada *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.134.

que não visar a auferir lucro pela prestação).⁹ Assim, o privado poderá ser titular da prestação de serviços públicos de saúde, mediante delegação, viabilizada por meio de concessão ou de permissão e instrumentalizada por meio de contrato ou convênio.

5. Compreendendo a natureza jurídica da prestação de serviços de saúde pelo terceiro setor

A terceira e última premissa desse artigo é a identificação da atuação do terceiro setor, quando presta serviços de saúde. Vive-se hoje, no ambiente jurídico e político da saúde, uma forte tendência ao fomento, o qual pode ser definido como a “ação da Administração com vistas a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos”.¹⁰ Ao fomentar essas atividades, como a prestação de serviços de saúde gratuitos, o Estado acaba satisfazendo o interesse público por via alternativa. É que, incentivando essa forma de prestação, a demanda pelo serviço público de saúde diminui. Assim, a concentração de esforços públicos acaba sendo mais eficiente para a boa prestação do serviço público.

9 Para saber mais sobre diferenças e peculiaridade de contratos e convênios, sugere-se a seguinte leitura: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: RT, 2014, p.467 e seguintes.

10 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.24.

Mas, o que é importante desde logo deixar claro, é que o fomento a serviços privados e gratuitos de saúde não se confunde com a atuação complementar da iniciativa privada na saúde pública. Apesar disso, tal fomento pode ser decisivo para o bom desempenho dos serviços públicos de saúde.

Terceiro setor e fomento são temas muito presentes na agenda jurídica. Estão situadas no terceiro setor aquelas entidades que não visam ao lucro e realizam atividades que promovam a evolução da sociedade. No jargão popular, essas instituições ficaram conhecidas como *organizações não governamentais* (ONGs). Trata-se de uma descrição bastante ampla, o que demonstra que o terceiro setor abrange um “vasto campo não uniforme na realidade”.¹¹

As ONGs revelam a preocupação de certos setores da sociedade com o bem-estar social. É que, por mais entusiasmada que seja a promessa de que o Estado será o grande provedor da sociedade, verdade é que a mão estatal não consegue atender a todas as necessidades individuais e coletivas. Nesse ambiente, começa uma mobilização social altruísta, voltada a suprir essa lacuna.¹² Assim, por exemplo, se não há acesso à saúde, a sociedade se mobiliza e cria uma pessoa

11 LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: RT, 2014, p.78.

12 Para Leonardo, não há dúvidas “de que o desenvolvimento desse espaço de atuação denominado terceiro setor, por maiores críticas que a expressão possa merecer, tem efetiva ligação com uma recomposição da relação entre o público e o privado após a retração do âmbito de atuação estatal na crise do Welfare State”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: RT, 2014, p.79).

jurídica que adquire materiais hospitalares e contrata médicos para assistir àqueles que, por inúmeras razões, não conseguem acessar serviços médico-hospitalares. Essa organização (que ultrapassa os limites do mero voluntariado, pois parte da criação de uma pessoa jurídica voltada à assistência ou ao desenvolvimento, formalizando as ações altruísticas) é deveras interessante ao Estado, que passa a contar com parceiros importantes para cumprir suas missões. Por essa razão, o Estado deixa de ser mero expectador desses movimentos sociais, passando a estimulá-los.

Certamente, no Brasil, o fomento ao terceiro setor não é capaz de isentar o Estado de realizar atividades que a própria CF alocou em sua esfera de competência. Assim, enquanto viger o regime jurídico atual, o Estado continuará como o único sujeito sobre o qual recai o dever de garantir o exercício do direito à saúde do cidadão. Entretanto, parece evidente que, quão mais pessoas e organizações sociais se dispuserem a oferecer à comunidade serviços de saúde suficientes, menor será a atuação estatal em favor da garantia do direito à saúde do indivíduo. Diante dessa constatação, natural que o Estado passe a fomentar o terceiro setor.

Há várias maneiras de o Estado fomentar atividades do terceiro setor. Na saúde, são comuns as seguintes formas: (i) o fomento econômico, que ocorre “mediante determinadas vantagens patrimoniais que são outorgadas em favor daquelas pessoas ou entidades que cumprem ou

se propõe a prestar”¹³; (ii) o fomento por meios reais, que consiste na “prestação ou dação de coisas ou serviços da Administração aos particulares, sem encargos para estes”,¹⁴ a bem de facilitar a atividade social do privado e; (iii) o fomento realizado por meio de “isenções e imunidades tributárias, redução de alíquotas, remissão, anistia, diferimento e fixação de prazos excepcionais para recolhimento de tributos”¹⁵. Por meio dessa tríade de incentivos, entidades do terceiro setor recebem verba e bens estatais (móveis e imóveis) para prestar serviços de saúde, além da imunidade tributária.

A análise acerca da pertinência do fomento reflete-se na Lei n.4.320/1964 (art. 16). Por meio dela, a concessão de subvenções “visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica”. Ou seja, reconhece a norma que o fomento implica a perda orçamentária. Entretanto, o ganho supera esse déficit, seja de forma indireta, com um incremento no ambiente social, seja de forma direta (porque se fosse o Estado quem tivesse de promover a ação fomentada, o gasto seria maior).

13 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.36.

14 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.37.

15 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.37.

Dito tudo isso, é preciso compreender que, quando se fala em atividade do terceiro setor fomentada, está-se no ambiente de atividades privadas, ainda que fortemente estimuladas e reguladas pelo Estado. Portanto, no que diz respeito à prestação de serviços de saúde, essas atividades estão fora do ambiente dos serviços públicos, ainda que sua execução auxilie enormemente a atividade pública.

Por isso, quando, por exemplo, a Lei das Organizações Sociais n. 9.637/1998 anota que as entidades qualificadas como organizações sociais firmarão contratos de gestão com a Administração Pública “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades”,¹⁶ não se pode compreender esse ajuste como vinculado à saúde pública complementar, mas sim, como um contrato de fomento. O mesmo se pode dizer da Lei n. 9.790/1999 (Lei das OSCIPs), segundo a qual o termo de parceria deve ser “assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público.”¹⁷

Por tudo isso, e ao que interessa ao presente artigo, nas hipóteses em que houver dano derivado de serviços de

16 Artigo 5º da Lei n.9.637/1998.

17 Conteúdo do artigo 9º da Lei n.9.790/1999.

saúde prestados por entidades do terceiro setor, cuja prestação é incentivada por contrato de fomento, não há de se falar em responsabilidade do Estado, tampouco em aplicação da teoria da responsabilidade civil do Estado. Em razão disso, não se encontra no regime jurídico norma que admita a reponsabilidade, solidária ou subsidiária, do Estado, quando proposta ação judicial que objetive a reparação de dano em decorrência da prestação de serviços de saúde. Ainda, não se identifica no regime jurídico a proibição de ajuizamento de ação em desfavor do agente causador do dano, em vista da inexistência de atividade pública.

6. Uma conclusão parcial sobre a legitimidade para composição do polo passivo nas ações judiciais de responsabilidade por danos derivados da prestação de serviços de saúde

Apresentadas essas três premissas, é possível avançar no tema, enfrentando o conteúdo do §6º do artigo 37 da CF, já com enfoque na prestação de serviços públicos de saúde. A redação da norma constitucional é a seguinte: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A interpretação da norma, dentro do enfoque proposto, pode ser a seguinte:

O Estado, quando prestar diretamente serviços públicos de saúde, responderá pelos danos que, por seus agentes, causar; o privado, prestador de serviços públicos de saúde, também responderá pelos danos causados por seus agentes. A norma deixa claro que, se o dano for causado por prestadores privados de serviços públicos, o Estado não irá ser responsabilizado. E isso faz todo o sentido, pois, com a delegação, há a transferência da titularidade da prestação do serviço público.¹⁸ Além disso tudo, a norma constitucional orienta que é o Estado quem responde pelos danos causados por seus agentes, o que significa que a responsabilização pessoal do agente público só pode ocorrer em ação de regresso, movida pelo Estado em seu desfavor, sendo sempre necessária a comprovação de culpa (em sentido amplo). A última conclusão parcial, vinculada ao terceiro setor, é que, como tais serviços não são públicos, não poderá o Estado responder por danos causados quando dessa prestação.

Com base na interpretação acima, a composição do polo passivo de uma ação judicial de responsabilidade civil, movida por cidadão que buscou a prestação de serviços públicos de saúde e sofreu dano derivado dessa atividade

18 Valiosa é a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas”. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33.ed. São Paulo. Malheiros, 2016, p.709. Para compreender tal diferenciação, recomenda-se a seguinte leitura: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13.ed. São Paulo: RT, 2009, p.369-370.

pode ser a seguinte: (i) se a prestação do serviço se deu diretamente por um ente estatal (União, estados, Distrito Federal ou municípios), a ação deve ser movida contra esse ente; (ii) se a prestação do serviço se deu indiretamente pelo Estado, por entidade pública descentralizada, cuja titularidade da prestação se transferiu (autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista), o polo passivo será composto somente por essa entidade; (iii) se a prestação se deu de forma indireta pelo Estado, por meio de pessoa jurídica de direito privado, permissionária ou concessionária de serviço público (entidades privadas com ou sem finalidade lucrativa), a ação será movida contra essa pessoa jurídica.

Duas observações ainda restam: (i) o agente público causador do dano não irá compor o polo passivo da ação; (ii) os prestadores de serviços de saúde não públicos, mas gratuitos, cuja atuação é fomentada pelo Estado, não respondem civilmente pelos danos cometidos com base no §6º do art. 37 da CF, mas sim como base na responsabilização civil (arts. 186, 187, 927 e seguintes do Código Civil).

7. A perspectiva do Poder Judiciário sobre a legitimidade para formação do polo passivo nas ações judiciais de responsabilidade por danos derivados da prestação de serviços de saúde

A conclusão parcial do item acima buscou ser somente coerente. Trata-se de interpretação semântica da norma.

Nada impede que outro intérprete chegue à conclusão diversa, desde que também coerente. Mas a pragmática do direito não pode ser inocente a ponto de sustentar teses com premissas meramente interpretativas, ainda que embasadas na melhor doutrina (especialmente aquela interpretação vocalizada pelo advogado da parte em ação judicial). A prática jurídica impescinde da análise do comportamento jurisprudencial, de forma a estimar (com maior ou menor grau de precisão, mas nunca com certeza), se a pretensão a ser deduzida em juízo (embasada na interpretação da norma) será julgada procedente.

Dito isso tudo, vem, a pergunta: como o Poder Judiciário vem aplicando a norma do §6º do art. 37 da CF? A busca por essa resposta decorrerá de outras três perguntas adiante apresentadas.

7.1 Qual a posição do Judiciário sobre a composição do polo passivo nos danos causados por delegatário (permissionário ou concessionário) de serviços públicos de saúde?

A posição jurisprudencial sobre esse assunto é antiga. Em 2003, o STJ firmou entendimento pelo qual o delegatário “ainda que exerça atividade concedida pelo Estado, responde em nome próprio pelos seus atos, devendo reparar os danos ou lesões causadas a terceiros”.¹⁹

19 QO no REsp 287.599/TO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/09/2002, DJ 09/06/2003, p. 165.

Certamente, pode-se aventar a responsabilidade subsidiária do Estado, mormente nas hipóteses de falência do delegatário. Também nesse sentido se manifestou o STJ.²⁰ Mas, adverte a Corte, que tal responsabilidade só “tem início no momento em que se configurou a responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, *in casu*, a falência da empresa concessionária”.²¹ Ou seja, em termos práticos, pela orientação do STJ, uma ação judicial de responsabilidade civil somente poderia ser ajuizada em desfavor do delegatário e do Estado, na hipótese daquele não deter, comprovadamente, condições econômicas de indenizar. Ausente tal condição a ação deve ser proposta exclusivamente em desfavor do delegatário.

7.2 É possível que o polo passivo da ação judicial seja composto exclusivamente pelo agente público causador do dano? É possível haver litisconsórcio passivo entre o Estado (ou o delegatário) e o agente público causador do dano?

Esse questionamento ganha contornos especiais nas ações de responsabilidade civil por dano causado na prestação de serviços de saúde. É que, nesses casos, o cidadão que sofre dano (ou mesmo sua família, na hipótese de óbito) tem uma tendência revanchista, praticamente vingativa. Ou seja, afligir aquele que lhe casou dano e tão ou mais

20 REsp 1135927/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/08/2010.

21 *Idem*.

importante do que a reparação financeira. Em razão disso, muitos dos pacientes ou familiares desejam, antes da condenação do Estado, a do profissional da saúde.

A busca pela responsabilidade direta de agente público (também conhecida como responsabilidade *per saltum*) já foi tema de enfrentamento no STF. No julgamento do RE 327904,²² a Suprema Corte compreendeu que o conteúdo constitucional do §6º do art. 37 revela uma dupla garantia “uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular”. Dessa forma, pela compreensão do STF, há um direito do agente público de, no exercício de sua função pública, não sofrer ações judiciais de pessoas que sofreram danos derivados dessa atividade pública. Ou seja, nas palavras do acórdão, pelos danos derivados do exercício da função, o agente público não responde “como uma pessoa comum”.

Já segundo o STJ, “a presença do agente público no polo passivo da lide induz a formação de litisconsórcio meramente facultativo (art. 46 do CPC), sendo, por isso, lícito

22 RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78.

ao juiz, por critérios de economia e celeridade processuais, determinar a exclusão daquele preposto da relação processual, sem qualquer prejuízo para o ente público, que continua detendo ação de regresso”.²³ Essa posição do STJ pode deixar certa margem de dúvida, na medida em que, sendo o litisconsórcio facultativo, poderia aquele que sofreu o dano ingressar com ação somente contra o Estado, mas também somente contra o agente causador do dano. Essa dúvida, entretanto, parece vir sanada por outro julgado do STJ,²⁴

23 REsp 1215569/AL, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014.

24 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MORAIS. INDEPENDÊNCIA DAS AÇÕES PROPOSTAS CONTRA O ENTE OU ENTIDADE PÚBLICA E A AÇÃO DE REGRESSO. INTERESSE PROCESSUAL QUE SE MANTÉM MESMO QUANDO AFASTADA EVENTUAL RESPONSABILIDADE DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO. RETORNO DOS AUTOS QUE SE IMPÕE PARA JULGAMENTO DA AÇÃO CONTRA O CONSELHO PROFISSIONAL, QUE RESPONDE OBJETIVAMENTE POR SEUS ATOS. 1. Ação de indenização por danos morais em razão de conduta de médico que divulgou informações sigilosas de procedimento administrativo em tramitação no Conselho Profissional ao qual encontrava-se inscrito, a qual restou julgada improcedente, ensejando a extinção, pelo juízo a quo, de outra ação proposta diretamente contra a citada autarquia, por perda de objeto, sob a seguinte fundamentação: “a responsabilidade imputada ao réu decorre exclusivamente da alegada conduta culposa do médico Antônio Carlos Bastos Gomes, de modo que, tendo sido julgada improcedente a ação contra este, não há como condenar o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul; (...) o réu CREMERS não pode ser condenado no presente feito porque, tendo sido absolvido o médico, a quem o autor imputou os fatos pelos quais responsabiliza o CREMERS, ficaria inviabilizada a ação regressiva contra o causador direto dos alegados danos.” (fls. 312) 2. A propositura de ação de responsabilidade civil aforada pelo particular contra o autor do fato causador do dano não afasta o direito à ação para demandar contra o ente público, que responde objetivamente pelos danos causados a terceiros. 3.

que manifestamente se vale do precedente do STF acima

A responsabilidade civil do Estado objetiva nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, não se confunde com a responsabilidade subjetiva dos seus agentes, perquirida em ação regressiva ou em ação autônoma. 4. Extrai-se da Constituição Federal de 1988 a distinção entre a possibilidade de imputação da responsabilidade civil, de forma direta e imediata, à pessoa física do agente estatal, pelo suposto prejuízo a terceiro, e o direito concedido ao ente público de ressarcir-se, mediante ação de regresso, perante o servidor autor de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa. 5. Consecutivamente, essas ações não geram coisa julgada prejudicial, umas em relação às outras, e a fortiori, não autorizam a extinção terminativa dos feitos. 6. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no seguinte sentido, verbis: No tocante à ação regressiva, asseverou-se a distinção entre a possibilidade de imputação da responsabilidade civil, de forma direta e imediata, à pessoa física do agente estatal, pelo suposto prejuízo a terceiro, e entre o direito concedido ao ente público, ou a quem lhe faça as vezes, de ressarcir-se perante o servidor praticante de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa. Em face disso, entendeu-se que, se eventual prejuízo ocorresse por força de agir tipicamente funcional, não haveria como se extrair do citado dispositivo constitucional a responsabilidade per saltum da pessoa natural do agente. Essa, se cabível, abrangeria apenas o ressarcimento ao erário, em sede de ação regressiva, depois de provada a culpa ou o dolo do servidor público. Assim, concluiu-se que o mencionado art. 37, § 6º, da CF, consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; [...] A Min. Cármen Lúcia acompanhou com reservas a fundamentação. (RE 327904/SP, rel. Min. Carlos Britto, 15.8.2006 - RE-327904 - Informativo 436) 7. A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva (...)), sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexa causal: também denominado nexa de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consecutivamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido

citado (RE 327904) para garantir o direito de ação contra o Estado, ainda que o mérito de ação tenha sido julgado improcedente em processo anterior, movido em desfavor do agente público.

Assim, o posicionamento das cortes superiores é também no sentido de que a ação judicial de responsabilidade civil por danos causados na prestação de serviços públicos deve ser movida em desfavor do Estado ou de quem lhe faça as vezes, não sendo possível ação autônoma contra o agente público, tampouco litisconsórcio entre o agente e o Estado.

adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa. (José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, 12ª Edição, 2005, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, páginas 497-498) 8. In casu, prospera o entendimento exposto no voto divergente da apelação, que prevaleceu na Corte de origem ao dar provimento ao apelo do autor, in verbis: "(...) Cabe ao ente público avaliar a oportunidade, a pertinência da ação de regresso. O funcionário não responde diretamente ao particular, pois não pratica ato pessoal, mas sim como agente da Administração. Em outra hipótese, o lesado, como cidadão, pode até desejar que o funcionário culpado efetue o ressarcimento à União pelo dano indenizado por esta. No entanto, isso não afasta a necessidade de demandar contra o ente público e se assim desejar, incluindo o funcionário mediante causa de pedir específica. O que houve no caso em tela, foi um erro da ação aforada pelo particular contra o Conselheiro do Conselho Regional de Medicina, enquanto pessoa física. Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação para determinar a remessa dos autos ao juízo a quo para que após a instrução do feito profira outra sentença." 9. Recurso Especial desprovido, divergindo do Relator porque as ações de indenização principal e a de regresso possuem objetivos distintos, sendo independentes entre si, razão pela qual mantenho incólume a ordem de realização de novo julgamento, determinando-se o retorno dos autos à instância a quo, consoante explicitado no voto da apelação supratranscrita. (REsp 976.730/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 04/09/2008).

7.3 Em ações de responsabilidade civil, os tribunais afastam a teoria da responsabilidade objetiva do Estado nas hipóteses de prestação de serviços públicos pelo terceiro setor?

A pesquisa jurisprudencial feita para esse trabalho não encontrou posicionamento das cortes superiores sobre o tema, o que revela que a matéria ainda deve ser objeto de amadurecimento e consolidação. Já no âmbito das cortes estaduais, foram encontrados precedentes interessantes, que mantêm a aplicação da teoria da responsabilidade do Estado, mesmo quando o serviço de saúde é prestado por entidade do terceiro setor.

No voto 8071,²⁵ o TJSP entendeu que “a celebração de convênio com Organização Social para administração de hospital público do Estado e prestação de serviço de saúde, por meio do sistema único de saúde – SUS, não afasta a responsabilidade do titular do serviço público pelo serviço prestado pelo conveniado”. Segue o acórdão anotando que, ainda que as cláusulas contratuais transfiram a responsabilidade à entidade do terceiro setor para a prestação dos serviços, tal dispositivo “não possui o condão de afastar a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros, sobretudo porque a ele incumbe a obrigação de zelar pela qualidade da prestação de serviço

25 TJ-SP-APL:00441745320068260562SP0044174-53.2006.8.26.0562, Relator: Marcelo Berthe, Data de Julgamento: 09/11/2015, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/11/2015.

público confiada às organizações sociais”.²⁶

A compreensão do precedente paulista permite concluir que o TJSP não só entende que a prestação de serviços de saúde por entidade do terceiro setor se configura como prestação de serviço público (indo de encontro com à interpretação feita no item 5 desse artigo), mas também que o Estado é legítimo para figurar no polo passivo da ação, conjuntamente com o prestador do serviço (o que parece colidir com os precedentes do STJ apresentados no item 7.1). A justificativa para tal interpretação é a de que o Estado segue como titular da prestação do serviço pública (não somente titular do serviço), ainda que a prestação seja feita por terceiro, eleito pelo próprio Estado. Ademais, compreende a Corte paulista que o dever de fiscalizar a prestação do serviço executada por entidade do terceiro setor legitima o Estado a figurar no polo passivo da ação de responsabilidade civil por dano na prestação de serviços de saúde.

O TJRJ já se posicionou sobre tema. Em ação de responsabilidade civil movida somente em desfavor do

26 Esse posicionamento parece estar consolidado na Corte paulista. É o que se extrai dos seguintes precedentes: TJ-SP - AI: 21079358020148260000 SP 2107935-80.2014.8.26.0000, Relator: Edson Ferreira, Data de Julgamento: 23/01/2015, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 23/01/2015; TJ-SP - AI: 21819456120158260000 SP 2181945-61.2015.8.26.0000, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 20/10/2015, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 23/10/2015; TJ-SP - AI: 20407233720178260000 SP 2040723-37.2017.8.26.0000, Relator: J. M. Ribeiro de Paula, Data de Julgamento: 19/09/2017, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/09/2017.

Estado, por dano ocorrido na prestação de serviços de saúde executada por organização social, a corte fluminense entendeu pelo descabimento da presença da entidade do terceiro setor no polo passivo da ação. Ao fundamentar tal posição, o TJRJ anotou que “nas hipóteses em que há contrato de gestão, a Administração mantém a titularidade do serviço público, delegando ao gestor, tão somente, sua execução, segundo critério discricionário, mediante juízo de conveniência e oportunidade. Logo, tratando-se de serviço público (saúde) persiste a responsabilidade objetiva do Município sobre os agentes delegados, ou seja, aqueles que atuam em seu nome”.²⁷ Por meio de tal fundamento, o acórdão indeferiu a pretensão do município réu de denunciar à lide a entidade do terceiro setor.

Aqui, mais uma vez, o precedente afasta a premissa de que a atuação do terceiro setor, por meio de contrato de gestão, não configura serviço público, divergindo do posicionamento anotado no item 5 desse trabalho. Ademais, tal como o TJSP, entende que a teoria da responsabilidade objetiva do Estado legitima a presença estatal no polo passivo da ação de responsabilidade civil. A diferença entre tais posicionamentos é a de que, enquanto o TJSP admite a presença de terceiro no polo passivo da ação, na condi-

27 TJ-RJ - AI: 00560297520178190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 6 VARA FAZ PUBLICA, Relator: BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO, Data de Julgamento: 23/11/2017, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/11/2017.

ção de litisconsorte passivo, o TJRJ, ao considerar a efetiva prestação de serviço público, compreende incabível o litisconsórcio entre titular do serviço (Estado) e titular da prestação, devendo somente entidade estatal figurar no polo passivo da ação, ainda que ela não tenha sido a efetiva prestadora do serviço que causou dano.

Finalmente, é de se destacar o posicionamento do TJPR. O caso envolvia ação de responsabilidade civil movida por cidadão em desfavor de município, em razão de dano causado na prestação de serviços de saúde executada por entidade do terceiro setor. O juiz de primeiro grau extinguiu a lide, decidindo pela ilegitimidade estatal. A Corte paranaense reformou a decisão de primeiro grau, argumentando que o contrato de gestão “não tem o condão de retirar”²⁸ a legitimidade do município para “figurar no polo passivo da lide”. Para o TJPR a prestação executada pela entidade do terceiro setor é direcionada “para o Sistema Único de Saúde – SUS”. Conclui o voto que “a transferência da prestação do serviço de saúde a Organização Social, por meio de contrato de gestão, não altera a natureza pública do mesmo”. Por isso, o Município, “na qualidade de cogestor do SUS, deve responder por eventual má prestação dos serviços de saúde, ainda que haja contrato de gestão entre o ente público e organização social de saúde, como ocorre no caso em tela”.

28 TJ-PR - APL: 12885979 PR 1288597-9 (Acórdão), Relator: Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, Data de Julgamento: 12/05/2015, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1566 18/05/2015.

A posição do TJPR revela que, em boa medida, a jurisprudência das cortes estaduais de justiça vai ao sentido de: (i) compreender que a prestação de serviços de saúde por entidades do terceiro setor, derivados de contratos de gestão, configura-se como serviço público; (ii) que o Estado responde pelos danos que essas entidades causam quando prestam tais serviços; (iii) há pequena oscilação em relação à possibilidade ou não de litisconsórcio passivo, entre a entidade estatal e a do terceiro setor.

8. Conclusão

O presente artigo objetivou demonstrar o regime jurídico a que se subsumem os contratos que delegam a terceiros a prestação de serviços públicos de saúde, diferenciando-o do regime ao qual os contratos de fomento que o terceiro setor ajusta com o Estado. A partir da interpretação desse regime, chegou-se a uma conclusão parcial, pela qual as entidades estatais que delegam a terceiro a prestação de serviços públicos de saúde não devem compor o polo passivo de ação de responsabilidade civil, nas hipóteses em que o dano foi causado pela prestação privada de serviços públicos de saúde. Além disso, alegou-se a impossibilidade de litisconsórcio passivo, nas ações de responsabilidade civil por dano derivado da prestação de serviços públicos de saúde, entre o Estado (ou o delegatário de serviço público) e o agente causador do dano.

Após tal conclusão parcial, avançou-se para a análise do comportamento jurisprudencial do tema. Em tal análise, embasada no posicionamento das cortes superiores, as conclusões parciais foram mantidas. Ou seja, ações judiciais de responsabilidade civil por dano derivado da prestação de serviços públicos de saúde devem ser interpostas em desfavor da entidade causadora do dano (Estado ou delegatário), não se admitindo, ordinariamente, o litisconsórcio entre ambos, tampouco a presença do agente causador do dano no polo passivo da ação.

Entretanto, ao se analisar o comportamento jurisprudencial atinente à prestação de serviços de saúde pelo terceiro setor, viu-se a inexistência de precedentes das cortes superiores sobre o tema. Além do mais, viu-se que os precedentes judiciais estaduais compreendem essa prestação como serviços públicos de saúde, aplicando a teoria da responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de judicialização dessas relações. Entretanto, mesmo aplicando tal teoria, há posicionamento judicial admitindo o litisconsórcio passivo entre Estado e prestador.

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas.** São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10.ed. São Paulo: RT, 2014.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos.** São Paulo: RT, 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13.ed. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 33.ed. São Paulo. Malheiros, 2016.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.