

TEMA EM DEBATE / ARGUMENT

RESPONSABILIDADE E SAÚDE PÚBLICA/ RESPONSIBILITY AND PUBLIC HEALTH

Floriano de Azevedo Marques Neto^()*

O tema da responsabilidade civil perpassa de modo marcante tanto o exercício das funções públicas (seja na prestação de serviços públicos, seja no cumprimento do seu poder de polícia, se é que ainda podemos tratar separadamente as duas funções) como a prestação das atividades de saúde (responsabilidade médica, hospitalar ou por falhas no controle de endemias). No primeiro caso, estamos diante da responsabilidade objetiva do Estado, consagrada entre nós pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal. No segundo, estamos diante da robusta construção jurisprudencial e doutrinária que vem sendo construída em torno da responsabilidade civil por erro médico ou por falhas no cumprimento das melhores práticas pelos agentes de saúde, no âmbito público ou privado.

Tradicionalmente, a diferença fundamental entre a responsabilidade do Estado e dos particulares dizia respeito à necessidade ou desnecessidade de demonstração de culpa para que fosse imputado o dever de reparar os danos decorrentes de uma eventual falha no cumprimento de suas obrigações (responsabilidade). No campo privado sempre predominou a responsabilidade subjetiva, é dizer, aquela cabível quando existente dolo ou culpa (nas suas variadas modalidades) do agente na conduta da qual viesse a se originar dano a outrem. Já no tocante à ação estatal, no exercício das suas funções, de há muito predomina a responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que faz o Estado responsável pelos danos causados pelos seus agentes independentemente da conduta danosa decorrer de culpa de quem a praticou. É certo que há uma patente diferença prática entre uma e outra destas modalidades de responsabilidade. A responsabilidade subjetiva só acarreta dever de indenizar quando caracterizada a culpa ou o dolo. Já na responsabilidade objetiva estatal basta caracterizar o dano e a relação de causa-efeito entre a conduta do agente público e este malefício para que

(*) Professor Doutor do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *E-mail*: <floriano@manesco.com.br>.

sobrevenha o direito subjetivo do prejudicado à indenização. Contudo, a distinção mais fundamental que se pode perceber diz com os fundamentos de cada qual. E não apenas os fundamentos de direito positivo⁽¹⁾.

São distintos também os pressupostos de uma e outra. Na responsabilidade civil justifica o dever de reparar o dano o fato de que sem uma conduta imputável do agente, o dano inexistiria. Portanto, quem tiver por dolo ou culpa gerado na esfera de direitos de outrem um malefício, terá obrigação de repará-lo. Na responsabilidade objetiva, o dever de reparar não advirá da natureza da conduta ensejadora do dano (participação subjetiva do agente causador), mas da obrigação assumida aprioristicamente de reparar as conseqüências danosas que potencialmente podem advir de uma determinada atividade.

Daí a denominação objetiva (em contraponto à subjetiva), pois independentemente da caracterização específica da conduta do agente (é dizer, irrelevante a demonstração de que o fato danoso poderia ser evitado se o agente houvesse agido sem dolo ou não tivesse concorrido com culpa por ação indevida ou omissão injustificada). A responsabilidade objetiva do Estado por seu turno encontra fundamento ou na teoria do risco, ou na solidariedade social. Na primeira, o dever de reparar os danos decorrentes de atos praticados por seus agentes ou de seus delegatários adviria do risco que o Estado assume por chamar para si a execução de certas atividades. Ao agir como pessoa jurídica de direito público, o Estado assumiria os riscos disso. Compromete-se, então, a reparar os danos decorrentes, direta ou indiretamente, desse fazer. Já pelos argumentos de solidariedade, justificaria o Estado assumir os ônus dos eventos danosos advindos de sua ação o fato de que pressupondo-se que a atuação do Estado se presta a consagrar o interesse público, que se faz para permitir benefícios a toda a coletividade, não seria equânime permitir que os ônus decorrentes da ação estatal (inclusive os eventos indesejados, prejudiciais ou danosos) fossem onerar apenas algum ou alguns particulares. Sendo o dano conseqüência da ação estatal no benefício coletivo, os ônus disso decorrentes deveriam ser repartidos por todos os potenciais beneficiários. Segue daí a assunção pelo Estado do risco objetivo para, de conseguinte, repartir pelo geral da sociedade mediante os mecanismos de financiamento público⁽²⁾.

(1) O fundamento para a responsabilidade civil está no artigo 927 combinado com o artigo 186 do Código Civil que determinam: "Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." "Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." Já a responsabilidade objetiva do Estado encontra, como já dito, fundamento no § 6º, do artigo 37, da Constituição onde se lê: "§ 6º 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".

(2) Não se descure que, historicamente, esta construção acabou servindo de mecanismo de regressividade haja vista a estrutura distorcida de tributação e os óbices do acesso à justiça o que acabou por fazer beneficiárias tradicionais da responsabilidade objetiva as parcelas mais aquinhoadas da sociedade (aquelas que têm mais condição de exigir a responsabilidade estatal), justamente aquelas que, proporcionalmente, concorrem menos para o financiamento dos encargos estatais.

Discute-se se a responsabilidade objetiva abarcaria também a omissão do Estado entendida como aquela negação no exercício das funções que por Lei ou pela Constituição estejam a seu cargo. A recusa ou a falta em exercer as funções públicas justificaria ou não a responsabilização do Estado? A morte de uma criança por não atendimento na rede pública faria advir o dever do Estado indenizar a família vitimada? Aquele que for vítima da violência urbana poderia exigir do poder público a reparação pelos danos materiais ou morais impingidos por um meliante argumentando que o crime só é possível por falha na segurança pública? Ou ainda, o acometimento de um indivíduo por uma intoxicação alimentar num estabelecimento regular de repasto ou pela ingestão de um medicamento, que tem efeitos colaterais e que não poderia ser liberado para a comercialização, fazem aplicável a responsabilidade objetiva do Estado. Estas questões ainda estão a merecer maior reflexão doutrinária.

Reflexão que se mostra ainda mais atual quando se nota que no âmbito dos serviços de saúde, o tema da responsabilidade vem tomando contornos interessantíssimos.

De um lado, mesmo no campo dos serviços de saúde privada, tem crescido a linha de objetivação da responsabilidade médica (sempre que exercida de forma não individual apta a caracterizar atividade de profissional liberal⁽³⁾) ou hospitalar. Marcadamente baseado na teoria do risco (que, como vimos, enseja a responsabilização por decorrência da assunção dos efeitos que podem ser gerados pelo simples exercício de uma atividade, independentemente da incúria ou da imperícia com que ela é executada), cresce o entendimento — forte em alguma jurisprudência — de que aqueles que se dispõem a exercer a atividade de saúde, sejam médicos, cirurgiões, gestores de clínicas ou hospitais, assumem o risco da lida com a vida humana e, portanto, podem ser responsabilizados por falhas neste fazer, ainda que alheios à culpa. É neste sentido que vem caracterizada a responsabilidade objetiva à luz do Código de Defesa do Consumidor⁽⁴⁾, lembrando-se que lá está expressamente consignada a responsabilidade objetiva do prestador de serviços, inclusive os serviços de saúde.

De observar que há dois outros aspectos a tornar complexo o tema da responsabilidade no setor de saúde.

Primeiro, temos a caracterização toda peculiar do setor de saúde na Constituição⁽⁵⁾. Definido como um serviço público⁽⁶⁾ (ou de incumbência esta-

(3) *Vide* § 4º, art. 14, CDC.

(4) O artigo 14 do CDC determina que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços.

(5) A este respeito ver meu Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005.

(6) CF: “Artigo 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”.

tal), o setor de saúde foi desenhado na Carta com uma configuração toda peculiar. De um lado, pelo fato de que os serviços de saúde prestados em caráter público são de execução direta do Estado (organizados no âmbito do Sistema Único de Saúde — SUS), facultada nesta seara a participação da iniciativa privada apenas em caráter complementar (art. 199, § 1º, CF) e fora do regime de delegação previsto no art. 175 da CF. De outro lado, prevê-se a dualidade de regimes, franqueando-se aos particulares, a par do setor de saúde pública (SUS), a exploração dos serviços de saúde em caráter suplementar e em regime privado. No que toca à responsabilidade, surge o problema de saber até que ponto os particulares prestadores de serviços de saúde (em caráter complementar ou suplementar) seriam abarcados, para além das regras do CDC, pela responsabilidade objetiva prevista no já citado art. 37, § 6º, CF. Se bem é verdade que não se aplica a eles a condição de concessionários ou permissionários (delegatários dos serviços públicos de natureza econômica de que trata o art. 175, CF), também é verdade que estes particulares não deixam de ser prestadores de serviços públicos (tomada aqui a acepção de serviços públicos em caráter amplo, englobando os de cunho econômico e os assim chamados serviços sociais do Estado), no caso dos prestadores em caráter complementar de forma mais nítida. Já no que toca aos que prestam serviços de saúde em caráter suplementar, também poderiam ser enquadrados nesta condição, haja vista que não estão a realizar uma atividade meramente privada (quando não por outra razão pelo fato de que suprem a ausência do Estado, tanto que atuam em caráter suplementar de uma atividade considerada de relevância pública — cf. art. 197, *caput*, CF).

Além da discussão sobre os limites da aplicação da responsabilidade objetiva do Estado para todas as atividades de saúde, prestadas por entes públicos ou privados — em regime de serviço público ou como atividade suplementar de relevância pública —, o tema da responsabilidade toma características ainda mais complexas quando lembramos que por sobre a prestação dos serviços de saúde (atividade prestacional do Estado), emerge uma outra função pública de caráter regulatório ou de poder de polícia. Trata-se da função pública de vigilância sanitária, tal como referida no art. 200, incisos I, II e VI da CF. Assim sendo, independentemente de quem atua no setor, remanesce para o poder público o poder-dever de controlar, normatizar e fiscalizar (em suma, regular) as atividades dos que atuam no segmento. E dessa atividade regulatória (função pública ou serviço público em sentido amplo⁽⁷⁾), diante das falhas ou insuficiências do poder público, pode também advir a responsabilização do Estado. Algo que assume alguma gravidade quando vemos as fragilidades do agir estatal nesta seara e o vulto dos danos que podem advir destas falhas.

(7) A este respeito ver meu: A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

É em torno destes temas que giram os artigos que seguem que, se bem é verdade que não se terá facilmente resposta para as questões acima colocadas, certamente a leitura dos textos permitirá um grande avanço no sentido de obtê-las.

REFERÊNCIAS

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

_____. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005.