

**CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
UNIFACISA - FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MAYARA VILARIM PEREIRA DOS SANTOS

**A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PELA REDE PRIVADA E A
RESPONSABILIDADE CIVIL DO SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**CAMPINA GRANDE-PB
2021**

MAYARA VILARIM PEREIRA DOS SANTOS

**A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PELA REDE PRIVADA E A
RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
Científico – A prestação dos serviços de saúde
pela rede privada e a responsabilidade civil sob
a ótica do Código de Defesa do Consumidor.
Área de Concentração: Propedêuticas
Orientador: Prof.º da UniFacisa Antônio Pedro
Netto.

Campina Grande - PB

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

(Biblioteca da UniFacisa)

XXXXX

Último sobrenome do autor, Nome do autor.

Título do artigo e subtítulo, se houver / Nome completo do autor do artigo. – Local de publicação,
Ano.

Originalmente apresentada como Artigo Científico de bacharelado em Direito do autor (bacharel –
UniFacisa – Centro Universitário, Ano).

Referências.

1. Primeira palavra-chave retirada o resumo. 2. Segunda palavra-chave retirada o resumo. 3. Terceira
palavra-chave retirada o resumo I. Título...

CDU – XXXX (XXX) (XXX)

MAYARA VILARIM PEREIRA DOS SANTOS

**A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PELA REDE PRIVADA E A
RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico – A prestação dos serviços de saúde pela rede privada e a Responsabilidade Civil sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa – Centro Universitário

APROVADO EM _____ / _____ /
BANCA EXAMINADORA:

Prof.º da UniFacisa, Antônio Pedro Netto.

Orientador

Prof.º da UniFacisa, ...

Examinador

Prof.º da UniFacisa, ...

Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, por ter me dado saúde e forças para não desaninar durante toda a realização deste projeto de estudo.

Por conseguinte, meus agradecimentos a todos que de alguma forma contribuíram no processo de elaboração deste trabalho, em especial:

Aos meus Pais, Veridenes Vilarim e Moisés Vilarim, por todo apoio não apenas nessa finalização, mas por toda ajuda ao longo da minha graduação. Vocês são meus maiores exemplos de força.

Ao meu irmão Matheus Vilarim que foi meu companheiro nessa jornada final, me escutando e auxiliando em todos os momentos difíceis.

Ao meu namorado Edson Silva, meu companheiro e maior incentivador, compreendendo meus momentos de cansaço e acreditando mais em mim do que eu mesma.

À todos os meus colegas de curso, com quem aprendi, cresci e vivi momentos extraordinários.

Por fim, aos meus amigos e pessoas que de alguma forma torceram por esse momento.

À todos, minha gratidão e sincero amor.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	6
2.	DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	8
2.1	A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL.....	8
2.2	A COMPETÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE	10
2.3	A DESCENTRALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	13
3.	DOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADO AO ESTADO NA SUA AÇÃO DIRETA E INDIRETA	13
3.1	O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
3.2	A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DO ESTADO.....	15
3.3	A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO.....	16
4.	DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NO SERVIÇO PÚBLICO.18	18
4.1	ORGANizações SOCIAIS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	18
4.2	NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO ENTRE O CIDADÃO E AS ORGANizações SOCIAIS SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	20
4.3	A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OSS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE	21
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
6.	REFERêNCIAS	26

A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PELA REDE PRIVADA E A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Mayara Vilarim Pereira dos Santos*¹

Antônio Pedro Netto**

RESUMO

A concretização do direito à saúde por meio da atividade estatal demanda uma série de estudos, em especial no que se refere a participação privada na prestação dos referidos serviços públicos. É neste sentido que a responsabilidade nos casos de erro médico ainda se encontra em discussão. Entretanto, em 2016 o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela responsabilidade objetiva por omissão quando se trata do Estado. O objetivo desta pesquisa, primeiramente, foi demonstrar em que momento o direito à saúde se tornou um direito social no âmbito dos direitos fundamentais. Ainda, a pesquisa procurou abordar os posicionamentos no tocante ao tema da responsabilidade civil, objetiva e subjetiva. Além disso, teve o intuito de destacar quais os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais recentes acerca da temática da responsabilidade civil do Estado por omissão, bem como a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado na prestação de saúde complementar, com enfoque para as organizações sociais de saúde, integrantes do terceiro setor regulamentadas pela lei federal nº 9.637/98. A pesquisa realizada está enquadrada como estudo exploratório. Para atingir a finalidade deste estudo realizou-se uma revisão bibliográfica, com pesquisa do tipo qualitativa, ou seja, coletando informações e permitindo ao público maior conhecimento sobre a temática. A pesquisa terá como método de abordagem o método indutivo, ou seja, observará as transformações ocorridas, partindo de entendimentos jurisprudenciais, posições doutrinárias e as disposições legislativas. Por fim, quanto aos seus objetivos, a pesquisa foi apresentada baseada nos métodos de abordagem analítico-descritivo pois tomou como base fatos atuais para entender melhor sobre o assunto e o que o âmbito jurídico entende por esse viés.

Palavras-chaves: Direito à saúde. Poder Público. Responsabilidade Civil. Complementação Privada. Terceiro Setor. Organizações Sociais.

* Graduanda do Curso Superior de Direito. Endereço eletrônico: mayaravilarim@gmail.com.

** Professor Orientador. Graduado em Direito, pela Universidade Docente do Curso Superior de Direito da disciplina de Direito Internacional da UNIFACISA. Endereço eletrônico: antoniopedronetto@gmail.com.

ABSTRACT

The realization of the right to health through state activity requires a series of studies, especially with regard to private participation in the provision of these public services. It is in this sense that the responsibility in cases of medical error is still under discussion. However, in 2016 the Federal Supreme Court has already ruled on strict liability for omission when it comes to the State. The objective of this research, first, was to demonstrate when the right to health became a social right within the scope of fundamental rights. Still, the research sought to address the positions regarding the subject of civil liability, objective and subjective. In addition, it aimed to highlight the most recent doctrinal and jurisprudential positions on the theme of State civil liability for omission, as well as the responsibility of private law legal entities in the provision of complementary health, with a focus on social organizations of health, members of the third sector regulated by federal law No. 9,637/98. The research carried out is framed as an exploratory study. In order to achieve the purpose of this study, a bibliographical review was carried out, with qualitative research, that is, collecting information and allowing the public to have greater knowledge about the subject. The research will approach the inductive method, that is, it will observe the changes that have occurred, starting from jurisprudential understandings, doctrinal positions and legislative provisions. Finally, as to its objectives, the research was presented based on the analytical-descriptive approach methods as it was based on current facts to better understand the subject and what the legal sphere understands by this bias.

Key – words: Right to health. Public Power. Civil responsibility. Private complementation. Third sector. Social Organizations.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde é garantia de todo e qualquer cidadão e é dever do Estado prestar o serviço de forma eficiente e o mais célere possível a assegurar qualidade de vida. Quando tratamos das disposições legislativas do Brasil, interessante mencionar que Constituição Brasileira de 1988 foi o documento que elevou o direito à saúde para o âmbito dos direitos sociais, também conhecidos como direitos de segunda geração. Nesse sentido, o presente estudo tem o propósito de analisar o direito fundamental de saúde a todos e o dever correlato do Estado diante disso. Para tal, será feita uma análise quanto a responsabilidade civil, especificamente referente as entidades privadas e, também, ao próprio Estado como assegurador dos direitos fundamentais.

A partir do momento que a Constituição de 1988 passou a prever a possibilidade das instituições privadas participarem do SUS de forma complementar, tendo como preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, se percebeu o quanto essa modalidade de auxílio

daria agilidade na prestação do serviço, e a partir dos anos 1990 essas parcerias começaram a se intensificar.

Acontece que quando o serviço de saúde era prestado pela rede pública, a responsabilização civil recaia em regra sobre o Estado, porém, os serviços de saúde passaram cada vez mais a serem prestados pela rede privada. Apesar desse auxílio privado, importante destacar que quem regulamenta, fiscaliza e, principalmente controla toda a rede de saúde brasileira, seja ela pública ou privada, é o governo.

Sendo assim, é de grande visibilidade que os casos envolvendo o serviço de saúde tem se intensificado, a mídia e o próprio judiciário sendo bombardeado de notícias e problemas envolvendo erros hospitalares, na maioria deles, devido a falta de atendimento médico por ausência destes ou devido a própria utilização inadequada dos recursos, mesmo sendo o direito à saúde garantido constitucionalmente.

Assim, esta proposta de pesquisa visa analisar a responsabilidade das instituições privadas prestadoras de serviço público quando este serviço venha a causar danos ao indivíduo, verificando a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor quando a prestação do serviço de saúde é disposta pelas organizações sociais sem fins lucrativos.

A problemática norteadora da pesquisa se baseou em verificar a responsabilidade das instituições privadas prestadoras do serviço público de saúde quando essa relação entre cidadão e organização social sem fim lucrativo for caracterizada como uma relação de consumo. Ademais, este projeto de estudo tem por fim verificar qual o tipo de responsabilidade do Estado nestes casos e o quanto isso tem refletido na situação atual de saúde que nos encontramos.

Dessa forma, é preciso entender o poder social da proposta de estudo, mais especificamente, a importância de uma saúde digna, de qualidade, eficaz, que está intimamente ligada ao direito à vida, uma vida com dignidade, princípio basilar do nosso Estado Democrático de Direito consoante dispõe artigo 1º da Carta Magna.

Por fim, o desenvolvimento e o debate acadêmico do tema se apoiam na necessidade de se voltar olhares à realidade do serviço de saúde a que estamos sujeitos e consequentemente voltar nossos olhares aos cidadãos que possam restar prejudicados frente a má prestação dos serviços do Estado e a atividade prestada pela rede privada. Socialmente, o trabalho se dispõe a contribuir para a divulgação do conhecimento científico a respeito do tema devido a grande atuação desregulada das entidades do terceiro setor, o que consequentemente, necessitam de atenção dos seus usuários e muito mais do Estado em relação a essa modalidade de prestação de serviço.

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde foi elevada à categoria de direito social apenas quando da promulgação da Constituição Federativa de 1988. Além disso, o texto constitucional passou a prever não apenas o direito à saúde, mas também consolidou na Carta, a saúde como um direito de todos e como dever do Estado, ou seja, destacando o fato de que a mesma deveria ser de acesso universal e com igualdade.

É neste sentido que se pode afirmar que o direito à saúde está atrelado àquilo que o texto constitucional chama de dignidade da pessoa humana. Reconhecido como um fundamento da República Federativa, ela depende de um leque de condições e direitos para ter plena aplicabilidade e um desses requisitos de existência digna é a saúde do cidadão.

Sendo assim, a busca pela garantia do direito à saúde se deve ao fato desse ser essencialmente um direito fundamental do homem, considerando-se que a saúde é um dos principais componentes da vida.

2.1 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL

Os direitos fundamentais visam assegurar ao ser humano um mínimo de dignidade na sua sobrevivência e na de sua família. Assim, Masson (2016, p. 190) afirma que “os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual, mas também porque implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos (liberdade positiva) bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

A previsão da saúde como direito social está nas disposições do artigo 6º do diploma constitucional brasileiro. Além disso, podemos visualizar no mesmo diploma legal, a previsão desse direito e sua acessibilidade, mais uma vez nos artigos 196 e 200. Em todos eles, o texto constitucional evidencia o direito à saúde como direito fundamental do ser humano e, nesse sentido, como um dever do Estado de prestação e aplicabilidade imediata. Ou seja, a condição de bem-estar do indivíduo, como requisito de uma vida digna, é também direito pertencente a ele, vejamos:

Art. 6. 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. (Grifos do autor)

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 doenças e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Grifos do autor)

Neste sentido, verifica-se que os direitos sociais conforme disposição do referido artigo dependem em todo da atuação do Estado, é a partir da prestação positiva deste, ou seja, de suas políticas públicas que se buscará qualidade e melhoria de vida.

Diante disso, podemos citar o pensamento do Ministro Celso de Mello em um dos julgados do Supremo Tribunal Federal, que caracteriza esse direito como um direito subjetivo inalienável, merecendo a transcrição:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que as razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Constitui bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, publicado 02/02/2007).

Tão somente com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS) no ano de 1946, foi que a saúde passou a ser visualizada como um direito individual de bem-estar. Porém, no Brasil, após disposição constitucional, o direito à saúde ganhou destaque e regulamentação com a promulgação da Lei nº 8.080 de 1990 – Lei Orgânica da Saúde – que regulamenta e traz todas as diretrizes do SUS – Sistema único de Saúde. Este, como grande precursor de acessibilidade à saúde, trabalha sob três pilares: oferecer, proteger e recuperar.

Assim, necessário entender que o Direito à Saúde será um conjunto de normas jurídicas que regulam a atividade do poder público destinada a proporcionar à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social, segundo artigos 2º e 3º, parágrafo único, da Lei 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde, que adota o conceito da Organização Mundial da Saúde.

Logo, o direito em tese não será apenas um direito básico tutelado pela Carta Magna do Brasil, mas também pela legislação infraconstitucional, a exemplo também da Lei Orgânica de

Seguridade Social (Lei 8.212/91) e, ainda, por vários documentos jurídicos de repercussão internacional relativos aos direitos humanos, como a Carta Internacional de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de janeiro de 1991.

2.2 A COMPETÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE

A Constituição Federal estabeleceu, em seus artigos 23 e 196, a responsabilidade pela saúde na modalidade de responsabilidade solidária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Pode-se depreender da leitura que todos os âmbitos federativos terão responsabilidades e para que isso aconteça na prática serão necessários divisão da atividade em órgãos públicos para tal, como é por exemplo o caso do Ministério da Saúde quanto se trata do âmbito da União ou das Secretarias de Saúde ou Órgão Equivalente no âmbito tanto dos Estados e do Distrito Federal e também em relação aos Municípios.

É neste sentido, que a Constituição estabeleceu a organização das competências, sendo elas de responsabilidade comum quando nos referirmos a atividade administrativa conforme a disposição do artigo 23, inciso II. Por sua vez, quando tratarmos de competência legislativa, mais uma vez, a responsabilidade será de forma concorrente, é o que dispõe o artigo 24, inciso XII. Em se tratando desta última, será de responsabilidade da União legislar sobre normas gerais e aos Estados legislar de forma suplementar. Quanto ao Município, este poderá legislar sobre assuntos apenas de interesse local.

Em relação a função que compete aos Estados, uma das suas funções será descentralizar o serviço aos Municípios, mas além disso, deverá acompanhar e avaliar a forma como esse serviço está sendo prestado. Ou seja, pode-se dizer que o Estado presta apoio técnico e financeiro aos Municípios.

Apesar da legislação disciplinar a prestação dos serviços de saúde como atividade a ser organizada pelos entes estatais, possibilitou-se à iniciativa privada atuar no mesmo setor,

inclusive autorizando a atuação de empresas constituídas sob finalidade lucrativa. Assim, aqueles não estiverem dispostos a se submeterem ao serviço de saúde prestado pelo próprio Estado poderão optar pelos serviços fornecidos pela rede privada, conforme o contido no artigo 197 e 199, parágrafo primeiro, da Constituição, cuja transcrição merece destaque:

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.

Portanto, segundo disposição do referido artigo, autoriza-se a atuação de terceiras pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, como podemos citar as clínicas particulares, os próprios hospitais de âmbito privado e também dos planos de saúde que prestam o serviço mediante uma contraprestação. Trata-se assim do conceito de saúde suplementar que neste caso é financeira pelos usuários.

Salienta-se que as instituições que prestam o serviço de saúde na modalidade complementar estarão atuando sempre sob as diretrizes do Sistema Único de Saúde. Por sua vez, quando tratamos da saúde na modalidade suplementar, os princípios aplicados serão os do direito privado, tendo em vista que em nada terá vínculo com a atuação pública, atuando sob sua conta e risco.

2.3 A DESCENTRALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Embora a responsabilidade pela saúde esteja sob a atuação conjunta dos entes federados, a atuação do setor privado nessa área também é possível conforme bem exposto no tópico anterior. Nesse sentido, verifica-se que as inovações legislativas não encontraram soluções capazes de atender as necessidades de todas as pessoas que dependem do serviço público (BRASIL, 2006). Acontece que com o desenvolvimento social e o consequente aumento nas demandas, o serviço público passou a discutir mecanismos que continuassem assegurando quantidade, qualidade e custo dos serviços, colocando em prática as parcerias com o âmbito privado.

Neste viés, com vistas a garantir a efetividade da atuação pública, passemos a analisar a forma de organização administrativa em relação a suas atividades com base em dois processos: a desconcentração e descentralização.

Quando tratamos da desconcentração dos serviços significa dizer que este serão realizados pelos órgãos que fazem parte da mesma pessoa jurídica. Em contraposição, quando tratamos do instituto de descentralização dos serviços, estes serão executados por outra pessoa. É assim que a União poderá transferir a execução de determinada atividade para outra pessoa, o particular, que ocorrerá por outorga legal ou por colaboração.

Por sua vez, em caso de descentralização por Outorga, o exercício se dá pela Administração Indireta, que transfere por meio de lei a titularidade e execução do serviço, para uma entidade autárquica, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Em se tratando da descentralização por Colaboração ou Delegação, a transferência é tão somente da execução do serviço público à pessoa jurídica de direito privado, por meio de um contrato ou ato administrativo unilateral, de forma que o Poder Público conserva a titularidade, podendo se verificar isso por meio de uma autorização, concessão e permissão.

Assim, como visto anteriormente, a Constituição Federal prevê a prestação de saúde por meio da iniciativa privada, vinculação esta que se dá por meio de contrato de direito público ou via de convênio e desde que seguidas as diretrizes do Sistema Único de Saúde, conforme expressa previsão do texto constitucional.

Quanto aos meios de vinculação com o poder público no setor da saúde, a Constituição Federal faz referência aos “contratos de direito público” e aos “convênios. Porém, existem alguns outros mecanismos de parcerias na Administração Pública como é o caso dos consórcios públicos, os contratos de gestão firmados com as organizações sociais, os termos de parceria firmados com as organizações da sociedade civil de interesse público, entre outros.

Em relação aos vínculos previstos para a atuação privada, vejamos primeiro o que depreende sobre os convênios. Quando tratamos do conceito de convênios, estes serão considerados como ajustes de colaboração, ou seja, as partes se unem para a obtenção de uma finalidade em comum, no caso em questão, pública. Porém, destaca-se que no momento da promulgação da Constituição de 1988, só existia, e por isso só foi previsto assim, uma modalidade de ajuste, qual seja o convênio regulamentado pelo Decreto 93.872/1986 e posteriormente disciplinado pelo art. 116 da Lei 8.666/1993, a chamada Lei de Licitações.

Por conseguinte, atualmente, além dos ditos Contratos Administrativos, estão também na linha dos contratos as chamadas Parcerias Público-Privadas (PPP's). As PPP's foram instituídas pela Lei Federal 11.079/2004. Essa modalidade de vínculo se dá por meio do que se

chama de concessão pública, que poderá surgir em duas espécies: a concessão administrativa e a patrocinada. Mas, no âmbito dos serviços de saúde a celebração de contratos é pela modalidade de concessão administrativa, onde a integralidade dos custos do serviço é arcada apenas pelo Poder Público.

Ocorre que, como dito anteriormente, a gama de vinculações com a administração atualmente é bem mais abrangente, novas modalidades de parceria foram surgindo, como é o caso da Lei 9.637/1998 (contratos de gestão), Lei 9.790/1999 (termos de parceria) e Lei 13.019/2014 (termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação).

Apesar de serem pessoas de direito privado, quando se vinculam ao Estado, para todos os fins, serão consideradas instituições-organismos do SUS e se submetem consequentemente a todas as suas diretrizes, princípios e objetivos, notadamente a gratuidade, integralidade e universalidade.

Por conseguinte, destaca-se que as parcerias no setor da saúde conforme expressa disposição do artigo 199, § 1º, darão preferência as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Essas entidades inserem-se em um grupo denominado de “terceiro setor”, ou seja, um conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem finalidade lucrativa, que desenvolvem atividades ou prestam serviços de interesse público.

Ademais, não existem um controle específico quanto à essa descentralização, o que acaba permitindo que essas entidades privadas prestem assistência à saúde nos diversos níveis de complexidade. Por esse motivo, qualquer atividade de saúde, por expressa previsão do artigo 197 da Constituição Federal, possui relevância pública, devendo, portanto, estar submetida ao controle e fiscalização do Poder Público.

Assim, o texto da Constituição Federal organizou a atuação do Estado com vistas a garantir que o serviço de saúde fosse efetivamente prestado, observando entre outras coisas, a integralidade do atendimento e a igualdade quanto à acessibilidade.

3. DOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADO AO ESTADO NA SUA AÇÃO DIRETA E INDIRETA

A fim de garantir saúde à população, estão entre os deveres do Estado a promoção de políticas públicas para a redução do risco de doenças, a vigilância sanitária, a construção de hospitais, criação de postos de saúde, entre outras.

Acontece que segundo o dispositivo 195 da Constituição Federal, além do supracitado, por ser considerada uma atividade de interesse e relevância pública, também é função primordial a regulamentação e fiscalização desse serviço, que estará sob guarda do Poder Público, ou seja, é um dever constitucionalmente atribuída à Administração Pública sua proteção e garantia.

3.1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O conceito e o ideal de responsabilidade estão atrelados ao fato de alguém ter praticado algo e responder perante o ordenamento jurídico. Além disso, quando tratamos do sentido etimológico da palavra responsabilidade, esta denota a ideia de contraprestação.

Segundo disposição do artigo 186 do Código Civil, para que reste configurada a responsabilidade serão necessários a existência de alguns pressupostos, são eles: uma ação, um dano, seja ele patrimonial ou moral, e o nexo de causalidade. Sendo assim, diante de uma lesão para poder pleitear seu direito à reparação seria imposto como requisito a comprovação de que o dano resultava do mau funcionamento do serviço, bem como a culpa por parte do Estado.

GONÇALVES (2019, pág. 64) expõe que “sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido”. Assim, ocorrido um dano por uma conduta comissiva ou omissiva, surge o dever de reparação.

Entretanto, a teoria da culpa foi superada e o direito moderno consagrou a teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal. De forma equivalente, as disposições do artigo 43 do Código Civil expressam que a responsabilidade do ente público também será objetiva. Nesta, não persiste mais a existência de culpa relacionada ao fato danoso para que haja uma responsabilidade. Assim, preponderantemente, a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva incidirá sobre os atos praticados pelo Estado, para tanto, necessário será a comprovação tão somente da existência de um nexo causal entre o fato e o dano.

Entretanto, admite-se a exigência da comprovação de dolo ou culpa para o direito de regresso do Estado contra o agente. Ou seja, quando se trata da relação entre o Estado e o agente público, a responsabilidade será subjetiva.

Conforme leciona CARVALHO (2017, pág. 339), “a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das prestadoras de serviço público não depende de comprovação

de elementos subjetivos ou ilícitos, baseando-se, somente em três elementos”. Ou seja, quando se refere aos três elementos, trata-se dos institutos da responsabilidade objetiva supramencionados e dispostos no Código Civil.

Os pensamentos ao redor da teoria da responsabilidade objetiva do Estado deram origem a três novas subteorias, são elas: a teoria da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, as quais passaremos a analisar individualmente.

A primeira teoria, a da culpa administrativa dispõe que a obrigação de o Estado indenizar será tão somente da ausência objetiva do serviço público em si, ou seja, sem serviço público, surge o evento danoso. Por conseguinte, a segunda teoria, a do risco administrativo dispõe que basta tão só evento danoso com nexo de causalidade à atuação Administração, ou seja, o fato injusto decorrente de ação ou omissão de um agente público. E, por último, a teoria do risco integral em que a Administração responde exacerbadamente por dano causado, embora o terceiro tenha culpa exclusiva. Esta teoria não foi aceita ou sequer aplicada no ordenamento.

Por fim, destaque-se que a prevalência no ordenamento brasileiro será da denominada Teoria do Risco Administrativo, em que para que haja configurada responsabilidade/obrigação de reparação por parte do Estado, quando o dano for causado por seus agentes, necessário será um dano concreto e nexo causal entre a ação do Estado e o prejuízo sofrido pelo cidadão. E, só desaparecerá essa responsabilidade quando não estiver presente algum dos seus requisitos, são os casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DO ESTADO

Conforme o exposto, a responsabilidade civil objetiva será caracterizada pela irrelevância de se comprovar a existência de culpa do agente ou do serviço. Presentes os requisitos da condição de responsabilidade, suficiente para que surja o dever de indenização.

Ocorre que essa conduta que ocasiona um dano aos particulares poderá ser de forma comissiva ou omissiva. Neste viés, quando o fato é oriundo de uma conduta comissiva, os danos são decorrentes de uma conduta culposa ou não. A responsabilidade do Estado será objetiva, conforme exposto no tópico anterior, caracterizada pelos elementos: fato administrativo, nexo de causalidade e dano efetivo. Portanto, o elemento que define a responsabilidade como objetiva é a prestação de um serviço público, independentemente de quem o faça.

Outrossim, diante da atuação direta e lesiva por parte do Estado, será aplicada a responsabilidade objetiva pela conduta que seus agentes assim tiverem, desde que configurada a falha ou a deficiência na prestação do serviço médico.

3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO

No tocante ao requisito da conduta, existe, ainda, um ponto de essencial relevância e que desperta profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais: a abrangência da responsabilidade objetiva aos atos omissivos da Administração.

Assim, a Responsabilidade Civil do Estado ocorre quando o Estado tinha o dever legal de agir, porém se omitiu, causando danos a alguém.

É neste sentido que passaremos a analisar: naqueles fatos em que a conduta omissiva do Estado também foi determinante no resultado de danos ocorridos; até onde a omissão do Estado é responsável pelo evento danoso. Conforme os ensinamentos de Carvalho Filho (2020, p. 1050):

nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal: se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presente estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.

Ademais, a responsabilidade do Estado pela sua conduta omissa já tem sido sede de discussão jurisprudencial. Entendido que diante de uma prestação inadequada ou de conduta estatal omissiva, surge o dever de indenização. Desde já vejamos o entendimento de alguns tribunais sob o tema:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES NA REDE PRIVADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. CIRURGIA URGENTE. NEGATIVA ADMINISTRATIVA E GRAVIDADE DO QUADRO CLÍNICO DA PACIENTE. COMPROVAÇÃO. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO: OMISSÃO ESTATAL, NEXO DE CAUSALIDADE E DANO CONSTATADOS.** DEVER DE REPARAÇÃO RECONHECIDO. DESPROVIMENTO RECURSAL. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A **responsabilidade do Estado é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo**, respondendo a Administração Pública pelos danos que seus agentes, nessa condição, causarem a terceiros. A referida atuação

administrativa engloba não apenas a conduta comissiva do ente federativo, mas, também, a omissiva. Incidência do art. 37, parágrafo 6º da CF/88. 2. É dever do Poder Público o resarcimento ao paciente por despesas médico-hospitalares realizadas na rede privada nos casos em que houve negativa administrativa no Sistema Público de Saúde, notadamente na hipótese de quadro clínico grave que demande o imediato atendimento particular em decorrência da falha do serviço na rede pública. Precedentes do STF. 3.Apelo conhecido e desprovido. Sentença confirmada. ACÓRDÃO ACORDA a 3^a CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por uma de suas turmas julgadoras, por unanimidade, em conhecer do recurso de apelação, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, parte integrante deste. Fortaleza, 26 de outubro de 2020. (TJ-CE - AC: 00147818420178060035 CE 0014781-84.2017.8.06.0035, Relator: ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, Data de Julgamento: 26/10/2020, 3^a Câmara Direito Público, Data de Publicação: 26/10/2020) (Grifos do autor)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – PROCEDIMENTO COMUM – REPARAÇÃO DE DANOS – SERVIÇO PÚBLICO – ERRO MÉDICO – PROCEDIMENTO OBSTÉTRICO - PARTO NORMAL – CIRCULAR DE CORDÃO UMBILICAL – FALTA DE MONITORAMENTO DA FREQUÊNCIA CARDÍACA DO FETO – ANOXIA NEONATAL GRAVE – SEQUELAS NEUROLÓGICAS IRREVERSÍVEIS - FALHA DO SERVIÇO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO ADMINISTRATIVA E O RESULTADO DANOSO – DEVER DE INDENIZAR EXISTENTE. 1. A responsabilidade civil do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou "falta de serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. 2. Illegitimidade passiva ad causam dos agentes públicos. Aplicação do entendimento assentado no julgamento do Tema nº 940 do STF. Extinção do processo, sem resolução de mérito (art. 485, VI, CPC). 3. **Falha na prestação de atendimento médico-hospitalar em estabelecimento sob gestão de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos de saúde. Entidade conveniada do Município prestadora de serviços no SUS.** Falta de monitoramento da frequência cardíaca do feto durante a realização de procedimento obstétrico de parto normal. Anoxia neonatal grave e sequelas irreversíveis. Falha no atendimento médico constatada pela prova pericial. **Existência de nexo causal entre a omissão administrativa e o resultado danoso. Dever de indenizar existente.** 4. Dano moral evidente. Redução da indenização fixada na sentença para valor considerado razoável e compatível com as características do caso. Pensionamento vitalício devido desde a data do fato danoso tendo em vista tratar-se ilícito extracontratual e as graves sequelas sofridas pela parte. Valor da pensão mantido, afastada a compensação com benefício de natureza assistencial (LOAS). Reexame necessário, considerado interposto, acolhido, em parte. Recurso da autora provido. Recursos dos réus providos, em parte. (TJ-SP - AC: 10033675920168260291 SP 1003367-59.2016.8.26.0291, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 22/09/2021, 9^a Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 22/09/2021) (grifos do autor)

Verificando o teor da ementa transcrita, percebe-se que os tribunais optaram pela aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, em razão da omissão administrativa, enquanto fiscalizador do serviço.

No mesmo sentido, entende o Supremo Tribunal Federal:

Por ofensa ao art. 37, § 6º, da CF/88, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, entendendo

não ter havido erro médico, ou seja, a culpa subjetiva do agente, mantivera a improcedência de ação de indenização por danos causados em razão de cirurgia realizada em hospital público por equipe médica composta de funcionários do Estado. Tratava-se, na espécie, de recorrente que, em razão de sequela permanente decorrente de procedimento cirúrgico - perda da visão do olho esquerdo em razão de cirurgia para correção de desvio do septo nasal -, ingressara com ação de indenização dos danos causados, em face do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, sob o fundamento da responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º). Considerou-se que, sendo caso de responsabilidade objetiva, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a intervenção cirúrgica, não havendo, na espécie, qualquer elemento que indique ter a vítima concorrido para o evento danoso. Entendeu-se, ainda, que o risco cirúrgico não exime o Estado, no âmbito da responsabilidade civil objetiva, do ressarcimento à vítima. Precedente citado: RE 178.806-RJ (DJU de 30.6.95). (Supremo Tribunal Federal. 2º Turma. Recurso Extraordinário n. 217389. Rel. Min. Néri da Silveira. Votação unânime. Diário da Justiça 24/05/2002.)

Nestes casos, entendeu-se pela desnecessidade de comprovar nexo subjetivo que envolva culpa ou dolo do agente estatal para que se impute a responsabilidade de ressarcimento ao Estado. Comprovado o evento lesivo causado pelo agente no exercício de sua função, cabível será a reparação.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NO SERVIÇO PÚBLICO

Concluída a ideia de que a saúde é direito fundamental garantido a todos pela Constituição Federal, passemos a analisar o aspecto da responsabilidade por erro médico no serviço público prestado pelas organizações sociais sem finalidade lucrativa. Sendo assim, nesses casos de quem seria a responsabilidade quando a organização venha a lesar tal garantia fundamental?

4.1 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

As organizações sociais (OS), já citadas anteriormente, se encontram dentre as chamadas entidades paraestatais, entes privados que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa sob interesse social.

Nesse sentido, importante salientar que o título de organização social é uma qualificação que é intitulada a uma pessoa jurídica de direito privado. Quando assume essa condição, ela recebe uma função por meio da delegação, como exposto mediante contrato de gestão.

As Organizações Sociais são reguladas pela Lei n. 9.637/1998, onde prevê as limitações de sua atuação à determinas área, quais sejam: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Diferentemente dos procedimentos licitatórios previstos pela Lei 8.666/93, após qualificada como organização social, a entidade privada estará habilitada a participar dos chamados processos de seleção por meio do Chamamento Público, onde serão analisadas as propostas e feita a eleição da que melhor atende ao interesse público.

A Lei de Licitações supracitada traz por expresso em seu artigo 24, inciso XXIV, a dispensa dos procedimentos de licitação em relação as organizações sociais. A dispensa também já foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923/DF.

Ainda sobre as organizações, também é objeto de discussão a natureza jurídica de sua vinculação, que são os contratos de gestão. Neste sentido, a doutrina tem entendido que houve um equívoco na definição. Com base no que leciona Di Pietro (2020, pág. 707), a figura do contrato de gestão se aproxima muito mais dos convênios, merecendo a transcrição:

Mesmo em se tratando de contrato de gestão ou de desempenho entre entidade da Administração Indireta e o Poder Público, a natureza efetivamente contratual do ajuste pode ser contestada, tendo em vista que a existência de interesses opostos e contraditórios constitui uma das características presentes nos contratos em geral e ausente no contrato de gestão, pois é inconcebível que os interesses visados pela Administração Direta e Indireta sejam diversos. É incontestável que a sua natureza se aproxima muito mais dos convênios do que dos contratos propriamente ditos.

Assim como a previsão das metas a serem atingidas, veja-se que nos dois modelos de vínculo com o Poder Público, haverá a transferência de recursos e a exigência quanto a prestação de contas.

O contrato de gestão, portanto, terá os mesmos elementos da figura do Convênio pois possuem interesse comum, o bem social e o atendimento aos direitos fundamentais do indivíduo enquanto cidadão. Diferente do que se vê na figura do contrato que está vinculado a ideia de “terceirização” da atividade fim do Estado, o que não se pode afirmar quanto a descentralização da saúde.

Expostos os dois institutos, convênio e contrato, pode-se depreender que o convênio, portanto, tem a qualificação de um acordo entre partes, que autoriza e disciplina a transferência de recursos financeiros para a prestação do serviço público e que diante disso os contratos de gestão terão natureza jurídica de convênio por ter maior proximidade com esse modelo de vínculo.

4.2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO ENTRE O CIDADÃO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE SOB A ÓTICA DO CDC

Para que se apliquem as normas do Código de Defesa do Consumidor, far-se-ia necessário que o consumidor seja destinatário final do serviço contratado ou adquirido, conforme predetermina o art. 2º, da Lei nº 8.078/90, senão vejamos:

“Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço **como destinatário final.**” (grifos do autor)

É preciso salientar que se está defendendo aqui a teoria majoritária acerca da definição de *consumidor*, qual seja, a Teoria Finalista. Teoria defendida pela maioria dos doutrinadores e fartamente aceita em sede jurisprudencial, é esta a definição que o próprio CDC adotou no art. 2º.

Ainda nesse sentido, passemos a analisar quem seria o fornecedor do serviço. Na definição do Código de Defesa do Consumidor, o Estado enquadra-se no conceito de fornecedor. O art. 3º do CDC, ao definir fornecedor, dispõe:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, destaque-se que a própria lei inclui a pessoa público no rol dos fornecedores. Não somente, ainda, inclui também todos aqueles que em nome da administração pública prestam os serviços públicos, ou seja, o próprio ordenamento reconhece a condição do Estado como fornecedor de serviços.

O próprio artigo 22 do CDC inaugura no âmbito da legislação consumerista a ideia de que o Estado também se enquadra no conceito de fornecedor no momento em que ele presta serviços públicos. Veja o dispositivo:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Mister se faz compreender que os serviços públicos, sejam eles prestados pelo Estado ou por uma outra pessoa jurídica privada, estarão sempre sob a tutela do Estado e

consequentemente, subordinados às normas e princípios da administração pública, o que nos leva a concluir pela responsabilidade civil independente de culpa por parte do poder público.

Ademais, não é porque algum tipo de serviço público não esteja sendo pago diretamente que não será abrangido pelas regras do CDC, pelo fato de que o serviço público não pode ser considerado totalmente gratuito, todos são criados, mantidos e oferecidos por meio da receita advinda da arrecadação dos tributos.

Portanto, o Estado como um fornecedor de serviços está sujeito às normas consumeristas, e isso, consequentemente, atribui a ele deveres próprios dos fornecedores e garante aos consumidores uma maior proteção aos serviços por ele prestado.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS “OSS” NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

Tramitam no Poder Judiciário diversas ações que visam indenizar vítimas de erros médicos/hospitalares, de diversos graus de intensidade. Mas, necessário que se teça comentários sobre a responsabilidade civil das Organizações Sociais que tem se tornado cada vez mais gestoras de hospitais públicos, qual natureza da responsabilidade, se objetiva, se subjetiva que essas entidades possuem frente ao cidadão em caso de erros médicos. Muitos, inclusive, falam de uma possível responsabilidade solidária entre o ente particular e o ente estatal.

No caso da saúde pública, a gestão de muitos hospitais públicos tem ficado inteiramente a cargo das Organização Social de Saúde (O.S.S.), sendo elas responsáveis pela contratação de médicos e enfermeiros, compra de equipamentos, insumos e de tudo mais que seja necessário ao funcionamento do serviço.

O parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal enuncia:

§ 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.

Sendo assim, segundo a disposição do artigo, percebe-se que independente da pessoa jurídica, seja ela pública ou privada, estas responderão pelos danos que vierem a causar. Além disso, pode-se depreender do artigo em questão, portanto, que terá aplicabilidade da norma de

responsabilidade civil, não apenas ao Estado, mas a qualquer que preste o serviço público de saúde.

Contudo, quando o particular atua como prestador de serviços públicos, utilizando de verbas públicas para tanto, o interesse público é tão presente quanto na atuação direta da administração.

Os particulares que prestam serviços públicos com finalidade lucrativa, como no caso das concessionárias e permissionárias, conforme já sedimentado na jurisprudência pátria, como a exemplo do Recurso Especial n. 200000589721, possuem responsabilidade objetiva frente aos danos causados aos usuários e a terceiros, com base na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a atuação de empresas que visam lucro na prestação de serviço público, tendo seu vínculo constituído através de contrato, reveste o usuário do serviço público com a qualidade de consumidor.

Diferentemente, quanto as Organizações Sociais que se vinculam ao poder público através de convênio, portanto, necessário se faz a análise de como será possível caracterizar como relação consumerista aquela entre usuários de um serviço prestado por entidade benficiante.

Sendo assim, reiterados danos causados aos usuários restará configurada a ineficácia da OSS como gestora do serviço e, consequentemente, o descumprimento do contrato de gestão, situação que dá ensejo a fixar olhares desta vez para o ente particular.

Se o Estado responde de maneira objetiva, conforme a teoria do risco administrativo, da Constituição Federal, o ente particular, sem fins lucrativos, que presta serviços públicos por meio de convênio, recebendo orçamento público atrelado à tal atividade, deverá responder também de forma que o particular não fique imune à falhas cometidas na atividade pela qual recebe verbas públicas vultosas, resguardando, assim, o princípio da indisponibilidade do interesse público e impedindo que o Estado use de mais dinheiro público, além do montante já transferido às Organizações Sociais, para indenizar danos ocorridos por falha destas últimas.

Sabe-se que a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, nos termos do art. 14, caput, do CDC, tópico abordado anteriormente.

Podemos depreender dos ensinamentos de CAVALIERI FILHO (2010, pág. 452) que não será necessário a comprovação da culpa do médico empregado para que o hospital seja responsabilizado pelos dados que aquele ocasiona. Senão vejamos:

Pela responsabilidade direta da empresa ou do fornecedor, a atuação do empregado fica desconsiderada; é absorvida pela atividade da própria empresa ou empregador, de modo a não mais ser possível falar em fato de outrem. Responde o fornecedor ou

empregador direta e objetivamente perante terceiro, tendo apenas direito de regresso contra o empregado ou preposto se tiver culpa.

Conclui-se neste sentido que o hospital estará enquadrado como fornecedor do serviço, e na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, sua responsabilidade será regulada pelo que dispõe o artigo 14 do Código do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ante o exposto, independentemente da existência de prova do dano, será o hospital na qualidade de prestador/fornecedor responsável pelo serviço e também pelas informações dadas de forma insuficiente aos pacientes/cidadãos.

Caracterizada a relação sob o viés do CDC, a demanda poderá ser ajuizada diretamente contra o hospital, que por sua vez caso haja a comprovação do erro médico, restará assegurada sua ação regressiva.

Isto posto, a falha na prestação de saúde será caracterizada como defeito do serviço, ou seja, assume a postura de acidente de consumo. Constituída a relação de consumidor e fornecedor, nada mais se faz necessário para que se proceda a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Outrossim, primeiramente, o estudo em epígrafe teve como intuito analisar em que momento surgiu o direito à saúde no ordenamento brasileiro e o processo de construção deste como um direito social a ser garantido a toda a população.

Por conseguinte, foi analisado a responsabilização objetiva do Estado nos diversos casos em que o acesso ao direito fundamental abordado é ineficaz, causando prejuízos ao indivíduo que dele necessita. Nesse mesmo viés, também verificado a responsabilidade das Organizações Sociais diante de erros médicos, enquanto entidade prestadora do serviço público.

Assim, classificado o direito à saúde como direito “de segunda geração/dimensão”, enquadrando-se nos direitos sociais e dependendo de uma atuação positiva do Estado.

Consequentemente, verificou-se que as disposições constitucionais determinam ser o direito à saúde é um serviço de responsabilidade do Estado. Mas, em complementação,

verificou-se a expressa autorização que as entidades privadas também poderão prestar esse serviço, mediante convênio ou contrato, desde que subordinadas à fiscalização do Sistema Único de Saúde.

Ante o exposto, procurou-se verificar qual a posição do ente público nos casos de negligência e/ou despreparo nos seus serviços, sejam eles de forma direta ou indireta. Concluiu-se que a Constituição Federal de 1988 optou pela aplicabilidade da Teoria da Responsabilidade Objetiva com base no risco administrativo a que estão submetidos. Ademais, nesses casos será imputado ao Estado a obrigação de reparar a lesão causada, independentemente de culpa ou dolo.

Entende-se no sentido que a teoria do risco administrativo também será aplicada quando essa atividade for prestada por uma entidade do terceiro setor, tendo em vista que o serviço continua financiado e sob os fundamentos e princípios do serviço público.

Diante os apontamentos, fato é que a principal atividade da administração pública é a prestação de serviços, sendo assim, restou caracterizado o Estado como fornecedor de serviços e, portanto, estando sujeito às regras do CDC, tendo em vista que dispõe do serviço de forma direta ou indireta, como é o caso da saúde complementar, que se afigura conforme exposto apenas como uma parceria, descentralização da atividade, permanecendo a titularidade do serviço com o Poder Público. Ademais, a própria definição do CDC em seu artigo 3º enquadra o Estado no conceito de fornecedor, tendo em vista que os entes federativos atuam na condição de pessoa jurídica de direito público.

É neste viés que fora abordado e reitera-se que embora o serviço seja efetivamente e diretamente prestado por uma entidade particular, o serviço de saúde continua sendo público e sob financiamento do Estado, razão pelo qual o Poder Público também será responsável em caso de erro médico praticado e em ambiente hospitalar, desde que preenchidos os requisitos da responsabilidade.

Também restará caracterizada a responsabilidade da entidade enquanto prestador de serviço, já que devido ao perfil de convênio prestado com o poder público, goza de certa liberdade para contratação de serviços. Portanto, entende-se pela responsabilidade solidariedade do Estado, fornecedor e garantidor do serviço, e da entidade privada enquanto prestadora do serviço público.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 154 p. ISBN 9788522480685.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **SUS: avanços e desafios**. / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2006. 164 p. ISBN 85-89545-07-5

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, artigo 215-A. 07 de dez. 1940. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 out. 2021

BRASIL. **Lei nº.8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2º Turma. Recurso Extraordinário n. 217389. Relatora: Ministra Néri da Silveira. Julgado em 02 abril 2002, votação unanime. Diário da Justiça, Data de Publicação: 24 maio 2002. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, São Paulo, Vol 02070-03, PP 00606.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 29 jun. 2007. Diário da Justiça, Data de Publicação: 01 ago. 2007. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Distrito Federal. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139473/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1923-df-stf>

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 263229 (2000/0058972-1). Relator: Ministro José Delgado. Data de Julgamento: 14 nov. 2000. Diário da Justiça, Data de Publicação: 09 abril 2001. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível

em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000589721&dt_publicacao=09/04/2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 2208 p. ISBN 978-85-97-02497-5.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodvm, 2017. 1216 p. ISBN 978-85-442-1014-7

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 666 p. ISBN 978-85-224-8990-9

CEARÁ. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 00147818420178060035, Relator: ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, Data de Julgamento: 26/10/2020, 3ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 26/10/2020. Disponível em:
<https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111295541/apelacao-civel-ac-147818420178060035-ce-0014781-8420178060035>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1985 p. ISBN 978-85-309-8972-9

FERREIRA, Patrícia. **Responsabilidade civil do estado face às ações de vigilância sanitária em serviços de saúde**. Revista de Direito Sanitário, [S. l.], v. 6, n. 1-3, p. 78-98, 2005. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v6i1-3p78-98. Disponível em:
<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80817>. Acesso em: 4 nov. 2021.

GOMES, Rodrigo. **Organizações sociais de saúde atuam no governo paulista sem fiscalização**. In: Rede Brasil Atual. São Paulo, 2 maio 2018. Disponível em:
<https://www.redebrasilitual.com.br/politica/2018/05/governo-paulista-nao-fiscaliza-contratos-de-organizacoes-sociais-de-saude/>. Acesso em: 16 maio 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 789 p. ISBN 9788553605828

MÂNICA, Fernando Borges. **Participação Privada na prestação de serviços públicos de saúde.** 2009, 306p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MASSON, Nathalia. **Manual Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo. Juspodvm, 2016. 1300 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 1147 p. ISBN 978-85-392-0273-7

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. 1761 p. ISBN 978-85-97-02490-6

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça.** Apelação Cível: 10033675920168260291, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 22/09/2021, 9ª Câmara de Direito Público. Diário da Justiça, Data de Publicação: 22/09/2021.
Disponível em: <https://tj.sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172121914/apelacao-civel-ac-10036785020168260291-sp-1003678-5020168260291/inteiro-teor-1172121934>

ZANATTA, Andrea Mignoni; MICHELIN, Nathana. **A relação de consumo e a responsabilidade civil na prestação de serviços hospitalares:** The relationship of consumption and the civil responsibility in providing hospital services. Perspectiva, Erechim, v. 38, ed. 142, p. 29-38, 17 ago. 2014. Disponível em:
https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_416.pdf. Acesso em: 16 maio 2021