

**Processo nº E-14/13568/2008**

Ementa: Responsabilidade civil do estado. Óbito ocorrido após atendimento em casa de saúde privada, conveniada do Sistema Único de Saúde. Ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro arguida em sede de contestação. Recomendação de pagamento de indenização emitida por Organismo Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: ausência de caráter cogente, sem prejuízo da obrigação política e/ou moral de seu cumprimento, mediante avaliação realizada no exercício da autotutela. Precedente da Procuradoria Geral do Estado. Inviabilidade jurídica de seu atendimento se, no caso concreto, o exercício da autotutela não resultar no reconhecimento da responsabilidade do estado, ressalvadas as hipóteses de condenação judicial de improvável reversão ou transitada em julgado.

Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos,

Trata-se de consulta submetida a esta Especializada por determinação da Exma. Sra. Procuradora-Geral, em que se discute o eventual atendimento a recomendação de organismo internacional de proteção dos direitos humanos, concernente a indenização por danos materiais e morais decorrentes de óbito no âmbito do Sistema Único de Saúde, *vis-à-vis* a existência de processo judicial em que se debate a responsabilidade civil do Estado do Rio de Janeiro, ainda sem decisão de mérito.

Proceda-se, primeiramente, a brevíssimo relatório da situação do processo.

**I – DO RELATÓRIO.**

No ano de 2003, ADRIANO TEIXEIRA DA CONCEIÇÃO, em nome próprio e representando sua filha ALICE DA SILVA PIMENTEL TEIXEIRA, ajuizou ação indenizatória, com pedido de tutela antecipada, em face do Estado do Rio de Janeiro e do Município de Belford Roxo/RJ. O processo recebeu, à época, o nº 2003.001.015774-2 (atualmente, é identificado pela numeração única 0015253-21.8.19.0001) e tramita perante o Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado. Formou-se o processo administrativo nº E-14/03944/2003.

Na referida ação, postulam os Autores o pagamento de pensão mensal para ALICE DA SILVA PIMENTEL TEIXEIRA, até que esta complete a maioridade, bem como o pagamento de indenização por danos materiais e morais a ambos. Trata-se de companheiro e filha de ALYNE DA SILVA PIMENTEL, que teria falecido em decorrência de complicações advindas de abortamento de feto no sexto mês de gestação, que,

segundo relatado na exordial, poderiam ter sido impedidas. A vítima foi atendida na Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória de Belford Roxo, posteriormente na Casa de Saúde e Maternidade XV de Agosto e por fim, no Hospital Geral de Nova Iguaçu, onde veio a falecer. Alega-se, em síntese, negligência das equipes médicas que atenderam a vítima e a responsabilidade objetiva dos réus, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição.

Em sede de contestação, o Estado do Rio de Janeiro alegou a sua ilegitimidade passiva, uma vez que as unidades hospitalares em que foi atendida a vítima não integram a rede estadual de saúde – as duas primeiras são privadas, vinculadas ao SUS, ao passo que a última é um hospital federal. No mérito, assinalou que se trata de hipótese de responsabilidade subjetiva, porquanto omissiva e relacionada com a falha no serviço público (*faute du service*). Destaca-se, ainda, a ausência de demonstração dos danos materiais alegados e, na eventualidade da condenação em danos morais, a observância da proporcionalidade e a vedação do enriquecimento sem causa.

Atualmente, o processo se encontra em fase instrutória. Apresentado o laudo pericial, as partes se manifestaram a respeito do mesmo e a perita judicial prestou novos esclarecimentos. O Juízo determinou a citação do Município de Nova Iguaçu/RJ, por carta precatória.

No mês de novembro de 2007, MARIA DE LOURDES DA SILVA PIMENTEL, mãe de ALYNE DA SILVA PIMENTEL, representada pelo Centro de Direitos Reprodutivos e Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, apresentou ofício perante o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (em inglês, *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, doravante na sigla CEDAW), da Organização das Nações Unidas (ONU), alegando violação dos seus direitos à vida e à saúde. Na condição de gestante, teria sido vítima de negligência médica e frustrada no acesso à assistência obstétrica de qualidade, direitos previstos na *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* da ONU. Aponta, ainda, demora excessiva no fornecimento da prestação jurisdicional.

A República Federativa do Brasil foi instada a pronunciar-se. Em julho de 2008, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República solicitou informações à Procuradoria Geral do Estado, por meio do Ofício nº 513/2008-GAB/SEDH/PR, que inaugura o presente processo administrativo (E-14/13568/2008), em especial sobre a demora no término da ação. Em resposta, a PGE/RJ esclareceu que o feito vinha sendo impulsionado por seus Autores, a quem caberia dar andamento ao feito, e que a PGE/RJ havia apresentado defesa tempestiva. Relatou, ainda, a situação do processo à época.

Em outubro de 2011, novo ofício da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (Ofício nº 349/2011-GAB/SEDH/PR) comunica que o CEDAW, após a análise do caso, emitiu recomendação no sentido de que “o Brasil deveria, dentre outras medidas, promover reparação adequada, inclusive compensação financeira, à família da vítima, proporcional à gravidade das violações ocorridas”. Diante disso, são expendidas as seguintes considerações:

“Tendo em conta a referida recomendação e com base na disposição do Estado brasileiro em reconhecer sua culpa no caso em tela, esta Secretaria de Direitos Humanos sugere seja buscada solução amistosa para o caso. A negociação de um acordo para a pronta indenização da família da vítima constituiria importante gesto do Brasil no sentido de reafirmar seu compromisso político com a proteção dos direitos humanos e com o cumprimento de decisões internacionais na matéria, além de resultar em processo menos oneroso para o Estado brasileiro, especialmente à luz do enfraquecimento [*sic*] da argumentação do Estado nesse caso.”

Anexaram-se aos autos as cópias da manifestação do Estado brasileiro perante a CEDAW em agosto de 2008 e a tradução oficial do pronunciamento final da CEDAW (CEDAW/C/49/D/17/2008), emitido em 10 de agosto de 2011 e referente a Sessão nº 49, ocorrida de 11 a 29 de julho de 2011. Neste último documento, a CEDAW recomenda a reparação civil dos familiares de ALYNE DA SILVA PIMENTEL, a saber, sua mãe MARIA DE LOURDES DA SILVA PIMENTEL e ALICE DA SILVA PIMENTEL TEIXEIRA (há relato de que esta teria sido abandonada por seu pai) e considera que a vítima sofreu tratamento discriminatório em razão de sua condição socioeconômica e pela circunstância de ser afrodescendente.

O feito foi, então, encaminhado à Procuradoria de Serviços Públicos para análise e parecer. A pedido do subscritor do presente, a douta Chefia, acolhendo o argumento de que a complexidade do caso demandaria análise por prazo superior ao regimental, concedeu prorrogação de 30 (trinta) dias.

É o sucinto relatório.

## II – DA QUESITAÇÃO FORMULADA.

Submetem-se a exame, então, os quesitos formulados nos seguintes termos:

- a) Eventual recomendação de pagamento de indenização por Corte Internacional à República Federativa do Brasil vincula o Estado do Rio de Janeiro?
- b) Não tendo o Estado do Rio de Janeiro praticado atos que deram origem aos danos, pode ele ser compelido a indenizar a vítima, sob o fundamento da solidariedade decorrente do SUS?
- c) Em existindo ação judicial em que se discute o dever de indenizar do Estado, tendo sido alegada a ilegitimidade passiva para a demanda, poderia o Estado transacionar para fazer acordo e pagar indenização à parte?

Estas as questões a responder. Entendo pertinente assinalar que a análise se restringe aos quesitos submetidos a exame, de modo que não se cuidará da gravidade do fato em si ou de quaisquer considerações a respeito de eventual tratamento discriminatório que eventualmente tivesse sido infligido à vítima, porque, ainda que relevantes sob a perspectiva da CEDAW, em nada alterariam as conclusões a que se chegará. Especificamente quanto à questão da duração do processo judicial, tem-se como certo que a mesma exhibe caráter acidental para o exame da questão de fundo, razão pela qual, ainda que brevemente mencionada adiante, não merecerá aprofundamento.

Passo a opinar<sup>1</sup>.

## III – DA EVENTUAL COGÊNCIA DAS RECOMENDAÇÕES EMITIDAS POR ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE A ESFERA JURÍDICA DO ESTADO-MEMBRO. PRECEDENTE DA PGE/RJ.

Antes de quaisquer considerações, há que se recordar precedente relevante no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, consistente no *Parecer nº 01/08-LRB*<sup>2</sup>, da lavra do eminente Procurador do Estado LUÍS ROBERTO BARROSO, aprovado pela Exma. Sra. Procuradora-Geral do Estado (cópia integral nestes autos<sup>3</sup>). Do “Visto” apostado ao mencionado parecer pela d. Chefia do Órgão Central do Sistema Jurídico do Estado, destacam-se, para os fins desta manifestação, as seguintes conclusões, *verbis*:

“a) O Estado do Rio de Janeiro *deve* cumprir as *decisões* da Corte Interamericana de Direitos Humanos e *pode* cumprir as *recomendações* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, independentemente do resultado dos inquéritos e ações criminais e ações civis em curso ou finalizados no Estado; b) O Poder Executivo estadual pode determinar o pagamento de indenizações, tendo como fundamento as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos independentemente de lei, com base na autotutela da Administração Pública, que inclui o poder de recompor a ordem jurídica violada;” (grifos do original)

No caso vertente, cuida-se de outro órgão, qual seja, o CEDAW, que, por sua vez, foi constituído no âmbito da Organização das Nações Unidas, conforme a Convenção

<sup>1</sup> O presente parecer beneficiou-se da pesquisa elaborada pelos estagiários Tamirys Bernardi e Yuri Fernandes, a mim subordinados na Procuradoria de Serviços Públicos, bem como do levantamento de referências bibliográficas pelo serviço da Biblioteca Marcos Juruena Villela Souto.

<sup>2</sup> In *Revista de Direito da Procuradoria Geral nº 65*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

<sup>3</sup> Obtida em <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=463811>, em 28 de junho de 2012.

sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinada pela República Federativa do Brasil em 1980, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983 – posteriormente revogado pelo Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, com retirada de anteriores reservas – e promulgado pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

Ainda assim, é de se entender que as considerações ali tecidas são plenamente aplicáveis ao caso em apreço, dispensando-se, s.m.j., maiores digressões teóricas, para o que se remete ao aludido Parecer, haja vista a sua percuciência.

Com efeito, trata-se de *recomendação* emitida por Comitê da ONU, que, de igual forma, zela pelo cumprimento de normas de Direito Internacional concernentes a direitos humanos – especificamente, de proteção dos direitos da mulher em face da discriminação de gênero. Portanto, como *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (onde está a mesma razão, está o mesmo direito), há razão suficiente para que se reconheça a mesma solução jurídica para este caso, qual seja, a de *inexistência de caráter cogente, do ponto de vista estritamente jurídico, na recomendação da CEDAW*.

Seria possível afirmar-se, por outro lado, que, não obstante o caráter meramente persuasivo das recomendações da CEDAW, subsistirá o dever político e moral de sua observância, sendo certo que poderão consistir no fundamento para o pagamento de indenizações, se a Administração Pública assim concluir *no exercício da autotutela*.

Como se sabe, a *autotutela* é o dever/poder genérico da Administração Pública de rever seus atos quando inconstitucionais ou ilegais. É conhecida a formulação constante do Verbete nº 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, assim redigido:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Em praticamente idêntico sentido dispõe o art. 80 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, *verbis*:

Art. 80 - A administração pública tem o dever de anular os próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, bem como a faculdade de revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados neste caso os direitos adquiridos, além de observado, em qualquer circunstância, o devido processo legal.

Logo, a reparação civil de danos pela Administração Pública, ainda que no exercício de autotutela, não poderá considerar somente a recomendação de organismos internacionais de proteção dos direitos humanos como a CEDAW, mas também – e

sobretudo – o seu próprio reconhecimento da efetiva existência da responsabilidade civil do Estado em cada caso concreto.

Em outras palavras, e *numa perspectiva estritamente jurídica, abstraída de considerações políticas*, não se haverá de seguir recomendações de comitês internacionais de defesa dos direitos humanos, no sentido do pagamento de indenizações a quem quer que seja, quando, no próprio juízo que, forçosamente, requer o exercício da autotutela, não se vislumbrar a existência dos elementos constitutivos da responsabilidade civil do Estado.

Note-se bem que essa é uma percepção que também se infere do próprio Parecer nº 01/08-LRB, quando o eminente parecerista, o Procurador do Estado e constitucionalista LUÍS ROBERTO BARROSO, afirma:

“[...] O que parece importante é a concessão de indenização contar – como ocorre com os atos administrativos em geral – com *elementos suficientes para sua justificação*. Justificação que pode perfeitamente *incluir* as recomendações da Comissão [Interamericana de Direitos Humanos, naquele caso]. [...]” (Os grifos são acrescentados.)

Quer-se dizer que *a recomendação de reparação civil emitida por Comitê da ONU, muito embora seja relevante* (e, portanto, possa ou até mesmo deva também ser considerada), *não pode ser o único nem o principal fundamento para o pagamento de indenização*. É indispensável que a própria Administração Pública vislumbre, no impositivo exercício de autotutela, que se afiguram presentes, no caso concreto, os elementos caracterizadores da responsabilidade civil do Estado, quais sejam: o *dano*, a *conduta de agente público* (ou de quem lhe fizer as vezes), o *nexo causal* entre ambos e, ainda, na hipótese de se tratar de responsabilidade subjetiva, o *dano* ou a *culpa*<sup>4</sup>.

Evidentemente, trata-se de perspectiva que toma em linha de conta a fase do processo judicial nº 0015253-21.8.19.0001, no qual, à data de emissão deste parecer, ainda não havia sido prolatada sentença. Em outras palavras, a verificação da responsabilidade civil do Estado pela própria Administração Pública, em autotutela, seria despicienda se houvesse decisão judicial definitiva, transitada em julgado, que a reconhecesse (e que fosse insuscetível de desconstituição por ação rescisória) ou, ainda que se cuidasse de decisão não definitiva, a Procuradoria Geral do Estado concluísse no sentido do inviabilidade de recurso ou da improbabilidade de reversão do provimento jurisdicional em

<sup>4</sup> É bem de ver, a esse propósito, que o multicitado Parecer nº 01/08-LRB refere-se a dois casos relacionados com a questão da segurança pública, em morte ocorrida durante operação policial em determinada comunidade e em execução sumária. Ambos os casos diziam com obrigação atribuída à Administração Pública Estadual, na forma do art. 144, §§ 4º e 5º, da Constituição de 1988. Tratando-se de competência material do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, poder-se-ia, no exercício da autotutela, reconhecer a falha no agir administrativo e, portanto, o dever de indenizar. Foi como então se procedeu.

sede recursal, situação esta em que, por deliberação do Procurador-Geral do Estado, poderia ser dispensada a interposição de recurso<sup>5</sup>.

Ocorre que, no caso em apreço, ainda que se tratasse, em tese, de responsabilidade civil objetiva – prescindindo, pois, da demonstração de dolo ou culpa do agente –, não se configura a responsabilidade do Estado, haja vista a *ausência de conduta de agente público estadual*, comissiva ou omissiva, que tenha causado o dano à vítima: como se demonstrará adiante, a conduta danosa, se houve, foi praticada por particular em nome próprio ou mesmo por agente público *federal* e não do Estado.

Nessa linha de raciocínio, a ausência de conduta de agente público importará, necessariamente, a ilegitimidade passiva para figurar no feito. Para que se o demonstre, é necessário explorar, em tópico próprio, a responsabilidade estatal pelos atos dos entes privados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. É o que se fará a seguir.

#### IV – DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Como é cediço, o art. 196 da Constituição Federal estabelece a responsabilidade estatal relativamente à saúde, tanto no que diz com a sua disciplina e fiscalização, quanto à própria prestação dos serviços públicos correspondentes. Quanto a este último ponto, o art. 197 admite que o Estado proceda à prestação direta, por intermédio de terceiros ou, ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado. O que parece, em princípio, uma redundância do texto constitucional traduz-se, segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO<sup>6</sup>, na previsão de dois regimes distintos jurídicos, quais sejam: o regime de direito público, aplicável aos serviços públicos prestados pelo diretamente pelo Estado ou por terceiros, e o regime de direito privado, que se aplica à atividade econômica de oferta de serviços de assistência à saúde.

Os serviços públicos de saúde se submetem ao art. 198 da Constituição da República, que enuncia, *verbis*:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

<sup>5</sup> Não se ignora que foi submetida à CEDAW a questão da delonga na tramitação da ação indenizatória, que, segundo consta de seu pronunciamento, teria agravado a situação dos familiares da vítima e, em particular, de sua filha. Muito embora o tema pudesse suscitar, *em tese*, a avaliação de eventual responsabilidade civil do Estado por ato ou omissão do Poder Judiciário, à luz do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, a questão, decerto controvertida, não foi objeto da consulta e, salvo melhor juízo, foi debatida no âmbito da CEDAW em caráter acidental, com o fito de permitir a superação da exigência de prévio esgotamento das instâncias internas para a provocação das organizações internacionais de proteção dos direitos humanos. A respeito, v. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>6</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 105154, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pciCntd=12799>>. Acesso em: 31 maio de 2012.

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Esta é a sede constitucional do Sistema Único de Saúde – SUS, pautado, como se observa, por princípios setoriais de indiscutível relevância, como a *regionalização* e a *descentralização*. A repartição de competências entre os três níveis de poder (federal, estadual e municipal) é claramente orientada, tanto em sede constitucional como legal, pelo princípio da *subsidiariedade*<sup>7</sup>, de tal modo que a prestação dos serviços públicos de saúde caberá, primeiramente, aos *Municípios*; se, no entanto, for insuficiente a capacidade do poder local de prover os serviços públicos, atraída estará a competência dos *Estados*; por seu turno, a eventual incapacidade do poder regional redundará na atribuição da *União* para oferecer os serviços de saúde.

Com efeito, a Constituição Federal, conquanto estabeleça a competência comum em matéria de saúde pública (art. 23, II), fixa, no art. 30, VII, o dever primeiro das Administrações Municipais, *verbis*:

Art. 30. Compete aos Municípios: [...]

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

No mesmo sentido, o art. 7º, IX, “a”, da Lei nº 8.080/90 dispõe, em textual:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...]

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

No que concerne à atuação do particular na prestação de serviços de saúde pública, o SUS congrega unidades de saúde mantidas pelo Estado ou por particulares, como autoriza o art. 199, § 1º, da Constituição de 1988, em textual:

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

<sup>7</sup> Sobre o princípio da subsidiariedade, confira-se TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Exsurge da dicção constitucional que o Estado pode valer-se de entidades privadas – preferencialmente desprovidas de fins lucrativos – para a prestação dos serviços públicos de saúde<sup>8</sup>. No entanto, assim se dará apenas em caráter complementar, isto é, quando insuficiente a rede pública de saúde para o atendimento das necessidades coletivas. É como dispõe a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que disciplina o SUS. *In verbis*:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). [...] § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

[...]

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Evidente, pois, que, quando deficiente a prestação do serviço público de saúde pelo Estado, é juridicamente viável a atuação do particular, que, nesse caso, não é um *delegatário stricto sensu* do Estado – pelo menos, não se cuida de uma delegação em moldes tradicionais do art. 175 da Constituição Federal<sup>9</sup>: existe, por óbvio, uma relação de *cooperação voluntária*<sup>10</sup>, de *parceria*, cuja finalidade é a de *ampliar* a oferta dos serviços de saúde para além daqueles fornecidos pela rede pública. Contudo, não soa incorreto afirmar que, ainda que seja confiada ao desempenho do parceiro particular sem que haja uma delegação típica, ainda se trata de *serviço público*, na medida em que não se exclui a titularidade do Estado, de índole constitucional expressamente estabelecida<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Renuncia-se nesta sede, porquanto irrelevante para a resposta às questões formuladas, o exame da natureza jurídica do vínculo entre o Estado e os particulares que integram o SUS, a saber, se se trata de contrato administrativo ou de convênio. Sobre o tema, confira-se MARQUES NETO, Público e privado no setor de saúde, cit.

<sup>9</sup> Nesse sentido, v. MARQUES NETO, Público e privado no setor de saúde, cit..

<sup>10</sup> Cf. MARTINS, Wal. *Direito à Saúde: Compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 146.

<sup>11</sup> Utiliza-se aqui a concepção restrita de *serviços públicos* adotada por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, que os conceitua como “as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade” (cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 257).

Quando os serviços públicos de saúde são prestados por particulares, estes permanecem gratuitos para a população, sendo remunerados pela Administração Pública, à qual se vinculam mediante contrato ou convênio, como preceituam os arts. 24 e seguintes da Lei nº 8.080/90:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

A prestação do serviço público de saúde por particulares enseja a discussão a respeito da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por agente privado que se integra ao SUS. O entendimento majoritário na doutrina é no sentido da *responsabilidade subsidiária do Estado* quanto aos atos praticados pelas entidades do Terceiro Setor<sup>12</sup>, quando estas desenvolvem parcerias com a Administração Pública (normalmente, sob a forma de convênios, sem prejuízo da utilização de outras modalidades de acordos). Confira-se, por todos, o magistério de RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *verbis*:

“No entanto, à falta de norma específica, a responsabilidade do Estado, nesse caso, deve ser considerada, em regra, subsidiária por algumas razões a seguir apontadas.

<sup>12</sup> A expressão *Terceiro Setor*, de uso consagrado, designa as entidades privadas sem fins lucrativos, dentre as quais se destacam os *serviços sociais autônomos* (o chamado “Sistema ‘S’”), as *Organizações Sociais (OS)* as *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Coletivo (OSCIP)* e as *fundações de apoio*.

Primeiramente, porque o Terceiro Setor é formado por pessoas que têm autonomia e personalidade jurídica própria, devendo responder primariamente por seus atos. A responsabilidade solidária, lembre-se, não se presume (art. 265 do Código Civil). Em segundo lugar, pode-se aplicar, por analogia, o art. 70 da Lei nº 8.666/93, que fixa a responsabilidade primária do contratado por danos causados a terceiros. Isso porque, especialmente em relação às 'OS' e às 'OSCIP', os instrumentos jurídicos da parceria (contrato de gestão e termo de parceria), como já frisado, possuem a natureza jurídica de convênio. Por essa razão, a norma citada pode ser aplicada na atuação do Terceiro Setor por força do estabelecido no art. 116 da citada Lei, que manda aplicar aos convênios, no que couber, as disposições da Lei de licitações e contratos.

Apenas na eventual hipótese de ausência ou equivocada fiscalização estatal das atividades desenvolvidas no âmbito da parceria, poderia se falar em responsabilidade primária do Poder Público. Como se está diante de omissão imputável ao Poder Público, a responsabilidade, em que pese à controvérsia clássica sobre o tema, deveria ser analisada sob o prisma subjetivo (*culpa in vigilando*). [...]”<sup>13</sup>

Especificamente quanto à responsabilidade do Estado pelos atos praticados pelos particulares integrantes do SUS, leciona WAL MARTINS, em textual:

“Como já dissemos no caso de execução de atividades dirigidas a serviços de relevante interesse público (que se fossem prestados pelo Estado seriam classificados como serviço público), estas entidades o fazem em nome próprio, logo, na ocorrência de dano causado a terceiro, advindo da prestação do serviço, as entidades responderão pelo dano causado por seu agente ou representante, na modalidade *responsabilidade objetiva* por analogia à hipótese prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, pois independentemente da ocorrência de desclassificação dos serviços de públicos para relevante interesse público, por serem prestados por pessoa jurídica de direito privado, qualificadas como OS ou OSCIP, entendemos não ser este fator capaz de minimizar a importância que a tais serviços foi atribuída pela Carta Magna.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 2. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 323.

Em apertada análise, ao Estado caberá a responsabilização na modalidade *subsidiária*, ou seja, apenas se os bens da entidade não forem suficientes para adimplir a reparação ou indenização pelo dano causado a terceiro, pelos seguintes fundamentos: a execução de atividade dirigida a serviço de relevante interesse público quando feita por OS ou OSCIP não exclui o dever de execução pelo Estado, assim a execução por estas entidades terá natureza complementar e não excludente; como já dissemos, a responsabilidade pública fundamenta-se em princípios de justiça social, notadamente *no princípio da justiça distributiva* que tende a evitar qualquer dano injustificado e não equitativamente distribuído entre todos os administrados (*princípio da solidariedade social ou dos recursos sociais*).”<sup>14</sup> (Os grifos são do original.)

Em resumo, portanto, tem-se que:

1. a prestação dos serviços de saúde pública compete primordialmente aos Municípios, cabendo aos Estados a atuação em face da insuficiência dos serviços municipais para atendimento das necessidades da população;
2. o SUS é composto pela rede pública de saúde e, em caráter complementar, por entidades privadas, preferencialmente sem fins lucrativos, que serão remuneradas pelo Poder Público mediante contrato ou convênio;
3. as entidades privadas vinculadas ao SUS são objetivamente responsáveis pelos danos causados a terceiros, cabendo a responsabilidade do Estado apenas em caráter *subsidiário*.

Impõe-se, então, acrescentar uma consequência importante das afirmativas acima enumeradas: *o ente público que será subsidiariamente responsabilizado pelos atos praticados pelo particular vinculado ao SUS será somente aquele com o qual esse particular mantém o vínculo, independentemente da sua natureza e do grau de formalização*<sup>15</sup>. Com efeito, estabelecido – formal ou informalmente – o vínculo entre o particular que presta os serviços de saúde e um dos entes públicos integrantes da federação, que se encarrega de o remunerar, compete-lhe fiscalizar o adequado

<sup>14</sup> MARTINS, *Direito à Saúde: Compêndio*, p. 147-158.

<sup>15</sup> Como bem observa FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO (Público e privado no setor de saúde, cit.), a formalização dos vínculos entre os particulares e o Poder Público no âmbito do SUS ainda é um dos grandes desafios da Administração Pública. Nas palavras do autor, “[...] Boa parte dos serviços prestados por particulares ainda se encontra lastreada tão somente no hábito e em meras prestações contábeis, sem um vínculo jurídico formal que estabeleça as condições da prestação, os direitos e deveres de cada uma das partes e os demais condicionamentos que devem recair sobre tal atividade, de importância capital para o Estado. [...]”.

cumprimento dos termos da avença e o dispêndio correto dos recursos públicos que transfere ao parceiro privado. Em síntese, o dever de vigilância quanto à adequada prestação dos serviços públicos de saúde é do ente público a quem o particular se vincula<sup>16</sup>.

A razão é simples: a transferência de recursos a parceiro privado, para fins de complementação do SUS, pressupõe o reconhecimento, pelo ente público, de sua competência para a prestação direta do serviço. A Administração Pública não pode confiar a particular a prestação de serviço que não é de sua competência.

Por conseguinte, se a Administração Pública comete ao parceiro privado o desempenho de serviço público de sua competência, assume, ainda que em caráter subsidiário, a responsabilidade pelos danos causados pelo particular a terceiros. Todavia, como visto acima, a responsabilidade será sempre *subjéctiva*, porquanto indispensável a verificação da *culpa in vigilando* para que se lhe imponha o dever de indenizar, distintamente do que ocorre com o parceiro privado, cuja responsabilidade será *objectiva*.

Pois bem. No caso em apreço, a vítima ALYNE DA SILVA PIMENTEL foi atendida pelas seguintes instituições de saúde: (i) Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória de Belford Roxo, (ii) Casa de Saúde e Maternidade XV de Agosto e (iii) Hospital Geral de Nova Iguaçu. Este último é um hospital integrante da *Administração Pública Federal*; os demais, por seu turno, são *instituições privadas, à época vinculadas ao SUS, mas sem nenhum vínculo com o Estado do Rio de Janeiro*.

Não pode haver dúvida, portanto, que *nenhuma responsabilidade poderá ser imputada ao Estado do Rio de Janeiro*, na medida em que as instituições de saúde que atenderam a vítima ALYNE DA SILVA PIMENTEL não integram a Administração Pública Estadual e com ela não mantinham vínculo de qualquer natureza, formal ou informal. Não competia ao Estado do Rio de Janeiro, portanto, fiscalizar, na específica qualidade de *delegante lato sensu* do serviço público de saúde, a sua regular prestação, pelo que não se lhe pode imputar, em nenhuma hipótese, *culpa in vigilando*.

Um hipotético reconhecimento de responsabilidade civil do Estado no caso examinado envolveria, forçosamente, a adesão à tese não apenas da solidariedade entre o Estado e o ente privado vinculado ao SUS, como a solidariedade entre os entes federados. Porém, a tese é inadmissível, pois a solidariedade não se presume, como assinalado, em sede doutrinária, por RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA (v. *supra*), sendo certo que não há previsão legal de solidariedade no caso vertente. Ademais, se a atribuição de responsabilidade civil ao ente público ao qual as instituições de saúde acima referidas se vinculam – que não é o Estado do Rio de Janeiro, seja ele qual for – dependeria de prova da *culpa* (vez que se trata de responsabilidade *subjéctiva*), é de meridiana clareza, *a fortiori*, que, mesmo num contexto de solidariedade entre União, Estados e Municípios, claramente

<sup>16</sup> Sem prejuízo, por óbvio, da atuação das entidades reguladoras legalmente competentes para a fiscalização do atendimento da disciplina normativa própria da atividade, como, por exemplo, da ANVISA em matéria de vigilância sanitária.

dissonante do que estabelece a Lei nº 8.080/90, far-se-ia indispensável que se demonstrasse a culpa da Administração Pública Estadual, o que seria inviável no caso em apreço.

Logo, *seria imperativo arguir a ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro no processo judicial nº 0015253-21.8.19.0001*, como bem fez a Procuradoria Geral do Estado em sede de contestação. Não se trata de mero argumento retórico de defesa em juízo: simplesmente não há fundamento legal para que se reconheça a sua pertinência à relação jurídica na qual, eventualmente, tenha surgido o dever de prestar a indenização postulada naquele feito. Portanto, *a realização de transação que importe o pagamento de indenização aos autores da ação em referência será, nesta fase processual (em que ainda não foi proferida sentença de mérito) flagrantemente ilegal*.

Permita-se, no entanto, fixar novamente a ressalva da superveniência de decisão judicial de mérito que reconheça a responsabilidade civil do *Estado do Rio de Janeiro* e, mediante avaliação da Procuradoria Geral do Estado, conclua-se no sentido da improbabilidade de reversão do provimento jurisdicional em sede de recurso ou mesmo de ação rescisória, caso já transitada em julgado. Nessas remotas hipóteses, a prévia alegação de ilegitimidade passiva não obstará à celebração da transação, que, de todo modo, deverá submeter-se à prévia autorização do Governador do Estado, nos termos do Decreto n.º 41.919, de 19 de junho de 2009.

## V – DAS CONCLUSÕES

Em virtude do acima exposto, são atingidas as conclusões a seguir enumeradas, que vão ao encontro dos quesitos formulados na consulta:

- a) como já consignado em precedentes da Procuradoria Geral do Estado, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO *pode* cumprir recomendação de indenização emitida por organismo internacional de proteção dos direitos humanos, *se e somente se* for reconhecida a sua responsabilidade civil pelo dano ocorrido:
  1. pela própria Administração Pública, no exercício da autotutela, ou
  2. por força de decisão judicial exarada pelo Poder Judiciário, seja:
    - i. definitiva, transitada em julgado (e insuscetível de desconstituição por ação rescisória) ou
    - ii. não definitiva, quando a Procuradoria Geral do Estado concluir no sentido do inviabilidade de recurso ou da improbabilidade de reversão do provimento jurisdicional em sede recursal, situação esta em que, por deliberação do Procurador-Geral do Estado, for dispensada a interposição de recurso;
- b) considerando que a disciplina jurídica do Sistema Único de

Saúde é pautada pela *descentralização* e pela *subsidiariedade* e *não* estabelece a solidariedade entre o Estado e os particulares conveniados, *não* pode o *Estado do Rio de Janeiro* ser compelido a indenizar vítima de dano causado pelos agentes de instituição privada de tratamento de saúde ;

c) a alegação de ilegitimidade passiva do *Estado* obsta, em princípio, à realização de transação que importe o pagamento de indenização à parte contrária, ressalvada a hipótese de já haver decisão judicial de mérito que reconheça a responsabilidade civil do *Estado* e, mediante avaliação da Procuradoria Geral do Estado, conclua-se no sentido da improbabilidade de reversão do provimento jurisdicional em sede de recurso ou mesmo de ação rescisória, caso já transitada em julgado. Assinale-se, ainda, que uma eventual transação deverá ser precedida de autorização do Governador do Estado.

Este o parecer, *sub censura*. À consideração superior.

Rio de Janeiro, 2 de julho de 2012.

FELIPE DERBLI C. BAPTISTA  
Procurador do Estado

### VISTO

**VISTO.** Por estar de acordo, **aprovo** o Parecer nº 05/2012-FDCB-PSP, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. FELIPE DERBLI C. BAPTISTA, que, a pedido de V. Ex.ª, analisou aspectos relacionados à postura a ser adotada pelo Estado, frente à recomendação de organismo internacional de proteção de direitos humanos, relativa a indenização por danos morais e materiais decorrentes de óbito no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). A questão demandava, em paralelo, que fosse analisada com observância de sua repercussão para a ação judicial que a originou, ainda sem decisão de mérito - a qual, sob o argumento da solidariedade do art. 196, CF/88, pretendia a responsabilização civil deste ente (em razão de dano causado por entidades privadas vinculadas ao SUS e por um hospital federal) e restou por ele rechaçada mediante a alegação de ilegitimidade passiva.

Pretendia-se, assim, investigar se: (i) eventual recomendação de pagamento de indenização feita por Corte Internacional à República Federativa do Brasil vincula o Estado do Rio de Janeiro; (ii) seria possível compelir o Estado a indenizar vítima de danos havidos no âmbito do SUS, sob o fundamento da solidariedade decorrente de tal

sistema, uma vez que este ente não tenha concorrido para a ocorrência daquela lesão; (iii) na eventualidade de uma ação judicial pela qual se pretenda responsabilizar civilmente o Estado, poderia este transacionar para a realização de acordo, efetuando pagamento de indenização à parte, uma vez que já tivesse arguido sua ilegitimidade passiva no feito.

O parecerista concluiu, a respeito da questão formulada, que:

a) o Estado não se vincula ao cumprimento de eventual recomendação de pagamento de indenização que venha a ser emitida por organismo internacional de proteção dos direitos humanos. Entretanto, pode atendê-la, facultativamente, “se e somente se for reconhecida a sua responsabilidade civil pelo dano ocorrido”, quer pela própria Administração Pública, no exercício de sua autotutela, quer por força de decisão judicial - quando já definitiva e transitada em julgado ou mesmo quando, embora não definitiva, não seja passível de interposição recursal em decorrência de dispensa de tal medida, após deliberação do Procurador-Geral do Estado; o Estado não pode ser compelido a proceder à indenização de vítima de danos causados por agentes de instituição privada de tratamento de saúde que, em caráter complementar, participa do Sistema Único de Saúde, sendo certo que sua responsabilidade civil quanto a tais fatos é majoritariamente entendida como subsidiária. A uma, porque a disciplina jurídica do SUS não estabelece a solidariedade entre o Estado e os particulares a ele conveniados e, como cediço, não se presume a responsabilidade solidária. A duas, porque tais entidades, em sendo pessoas jurídicas de direito privado que detêm autonomia e personalidade próprias, respondem primária e objetivamente por atos causados a terceiros, quer à luz do CC/02, quer por força da lei 8.666/1993; a realização de transação, no caso concreto em questão, que culminasse no pagamento da indenização pleiteada nos autos da ação judicial supracitada, que, ainda sem decisão de mérito, já restou rechaçada pelo Estado mediante a arguição de sua ilegitimidade passiva, mostrar-se-ia ilegal, ante a inexistência de fundamento legal a embasar qualquer responsabilidade civil deste ente. Primeiramente, porque a ela se sobrepõe a responsabilidade objetiva da instituição privada cujos agentes causaram o dano apontado. Secundariamente, porque hipotética responsabilização subsidiária da Administração Pública por atos praticados por particular vinculado ao SUS poderia recair, tão somente, ao ente público a que tal entidade privada se vincula. Estaria ressalvada, de qualquer modo, a realização de transação decorrente de decisão judicial definitiva ou de decisão judicial não definitiva sobre a qual se opere dispensa de recurso - a depender

de deliberação do Procurador-Geral do Estado neste sentido e de autorização do Governador do Estado.

Para o caso concreto, estou de acordo com as conclusões apresentadas nos itens “a”, “b” e “c” do Parecer que ora aprovo.

Com efeito, tal como já assentado em precedentes desta Procuradoria, diferentemente do que ocorre com as decisões exaradas por organizações internacionais de proteção dos direitos humanos, as recomendações por elas emitidas filiam-se ao juízo facultativo do ente político, que, por sua vez, pode ou não acatar a medida aconselhada ou mesmo adotar a mesma providência por outras vias - submetendo-se a decisão judicial ou mesmo valendo-se da autotutela da Administração Pública. Nada obstante, não havendo embasamento jurídico e legal a justificar a responsabilização do Estado por lesões provocadas por agentes de entidade privada vinculada ao Sistema Único de Saúde e conveniada a outro ente político, realmente não há que se lhe imponha qualquer indenização por tais fatos - do que também decorre, naturalmente, a inviabilidade de o Estado efetuar transação voltada ao pagamento da indenização pretendida, nos autos do caso concreto que originou a presente consulta.

Em razão do acima exposto, aprovo integralmente os fundamentos e as conclusões da Parecer nº 05/2012-FDCB-PSP.

Submeto o tema e decisão à elevada apreciação de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 03 de julho de 2012.

**FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro  
Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos

## VISTO

**Visto.** Aprovo o bem lançado Parecer nº 05/2012 - FDCB, da lavra do ilustre Procurador do Estado FELIPE DERBLI C. BAPTISTA, devidamente chancelado pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos FLÁVIO DE ARAUJO WILLEMANN, que orientou a conduta do Estado do Rio de Janeiro frente à recomendação de organismo internacional de proteção de direitos humanos, relativa a indenização por danos morais e materiais decorrentes do óbito da Sra. ALYNE DA SILVA PIMENTEL no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A questão foi examinada considerando a existência de ação judicial - ainda sem decisão de mérito - que pretende a responsabilização do Estado do Rio de Janeiro

em razão de dano causado por entidades privadas vinculadas ao Sistema Único de Saúde (SUS) e por um hospital federal, ao argumento da solidariedade prevista no art. 196 da Constituição Federal,

Como bem alertado pelo parecerista, a defesa do Estado do Rio de Janeiro na referida ação que pretende imputar a sua responsabilização, alegou, em sede contestação, a sua ilegitimidade passiva, na medida em que as instituições de saúde que atenderam a vítima não integram a Administração Estadual e com ela não mantinham vínculo de qualquer natureza, formal ou informal. Não competia ao Estado do Rio de Janeiro fiscalizar a sua prestação, pelo que não se lhe pode imputar nem mesmo *culpa in vigilando*.

Concluiu o parecerista, na linha dos precedentes da Procuradoria Geral do Estado (Parecer nº 01-08 - LRB) que diferentemente do que ocorre com as decisões exaradas por organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, as recomendações por ela emitidas fillam-se ao juízo facultativo do ente político, que, por sua vez, pode ou não acatar a medida aconselhada ou mesmo adotar a mesma providência por outras vias - submetendo-se a decisão judicial ou valendo-se da autotutela da Administração Pública.

No caso ora em exame, não há embasamento jurídico e legal a justificar a responsabilização do Estado do Rio de Janeiro por atos praticados por agentes de entidade privada vinculada ao Sistema Único de Saúde e conveniada a outro ente público (União), do que decorre, no momento presente, a inviabilidade do Estado em efetuar transação voltada ao pagamento da indenização pretendida, mormente quando se sabe que a ação judicial não foi julgada nem mesmo na primeira instância.

À Casa Civil, para ciência da orientação fixada, tudo com vistas a que Ofício nº 10/12 da Secretaria de Direitos Humanos (fls. 28/29), órgão da Presidência da República, seja o mais brevemente respondido.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 2012.

**LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES**  
Procuradora-Geral do Estado